

Libro homenaje al Profesor Enrique Peñaranda Ramos

Coordinadores:

**Juan Alberto Díaz López, Puerto Solar Calvo,
Leopoldo Puente Rodríguez, Marta Pantaleón Díaz
y Rut Lopera Viñe**



Derecho Penal
y Procesal Penal

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

Coordinadores

JUAN ALBERTO DÍAZ LÓPEZ
PUERTO SOLAR CALVO
LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ
MARTA PANTALEÓN DÍAZ
RUT LOPERA VIÑE



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2026

Primera edición: junio de 2026.

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



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: 144-26-058-6 (edición en papel)

144-26-059-1 (edición en línea, PDF)

144-26-060-4 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3145-6

Depósito legal: M-14003-2026

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



ÍNDICE

	Páginas
PRESENTACIÓN DE LA OBRA	17
UNAS PALABRAS PARA MI DISCÍPULO, POR GONZALO RODRÍ- GUEZ MOURULLO	19
I. TEORÍA DEL DELITO, EN GENERAL	
1. Crisis de la Ley y dogmática creadora. Rafael Alcácer Guirao	23
2. Capacidad de comprender la ilicitud del hecho, maldad humana y psico- patías. Mercedes Alonso Álamo	39
3. ¿Provocación para delinquir o favorecimiento imprudente de delitos no ejecutados? Sobre las consecuencias de la supresión de los especiales elementos subjetivos del injusto en los tipos de consumación anticipada. Alberto Alonso Rimo	57
4. El incremento del riesgo y la responsabilidad penal. Una crítica desde la concepción significativa de la acción (a propósito de lo que no se hizo en la dana). María Luisa Cuerda Arnau	77
5. La relevancia penal de los conocimientos y capacidades especiales. Javier De Vicente Remesal	91
6. Hacia una teoría del hecho punible que supere la doctrina del bien jurí- dico. Sobre los criterios para la racionalización de los procesos de cri- minalización. Bernardo Feijoo Sánchez	103
7. Reflexiones sobre la controvertida viabilidad de la tentativa de los delitos de peligro en el ordenamiento penal español. Alfonso Galán Muñoz	125
8. La relevancia de la metodología teleológica en la construcción del deli- to. Octavio García Pérez	143

	Páginas
9. Emociones motivadoras, razonamiento práctico y Derecho penal: esbozo de tres niveles de análisis. Diego González Lillo	157
10. El dolo: sin el Código penal y su coro de intérpretes. Günther Jakobs ...	173
11. Confianza y Derecho penal. Francisco J. Laporta	185
12. El comienzo de ejecución en la tentativa acabada. Diego Manuel Luzón Peña	197
13. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo, diez años después. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda	221
14. Consideraciones sobre la propuesta de Peñaranda y Pozuelo de modificación del código penal español en materia de concurso de delitos. Francisco Maldonado Fuentes	239
15. Los errores condicionados por trastornos mentales: una conversación inacabada Lucía Martínez Garay	259
16. Grupos de sociedades y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adán Nieto Martín	277
17. Libertad de voluntad, determinismo y responsabilidad moral: estado de la cuestión y consecuencias jurídico-penales. José Manuel Paredes Castañón	289
18. Culpabilidad por el hecho, motivos y estados emocionales. José Milton Peralta	313
19. La culpabilidad como legitimación interna de la pena: reflexiones sobre las fundamentaciones filosófico-políticas y otras tesis de la culpabilidad en el siglo XXI. Mercedes Pérez Manzano	327
20. Reducción del deber objetivo de cuidado y criterios de negación de la imputación objetiva en la acción imprudente de quien cuenta con la aceptación por el perjudicado de la concreta situación de riesgo. Guillermo Portilla Contreras	349
21. Dos reflexiones sobre la teoría de la pena y error de prohibición. Leopoldo Puente Rodríguez	365
22. La responsabilidad penal de las sociedades de auditoría. Eduardo Torres-Dulce Lifante / Miguel Loya	389
23. La ignorancia deliberada: límites de <i>lege lata</i> y una hipótesis de <i>lege ferenda</i> . Vicente Valiente Iváñez	405
24. El error sobre las circunstancias atenuantes. Ana Belén Valverde Cano	419
25. Los actos preparatorios del delito. Ezequiel Vacchelli	441
 II. EN PARTICULAR, LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	
1. Soluciones jurídicas a la participación de extraños en delitos de violencia de género y violencia doméstica. Miguel Ángel Boldova Pasamar	461
2. La comisión de un delito a través de otro: ¿autoría mediata o autor tras el autor? Carolina Bolea Bardon	479
3. El concepto restrictivo de autor: algunas sombras y amenazas y algunas explicaciones diferentes. Miguel Díaz y García Conlledo	493

4. ¿Resulta aplicable el sistema de responsabilidad penal en cascada al discurso de odio punible? A propósito del caso «batallón de castigo» (STS 675/2020, de 11 de diciembre). Víctor Gómez Martín	511
5. Autoría y participación en los delitos de empresa: catálogo de problemas. Juan Antonio Lascurain Sánchez	525
6. La accesoriadad de la participación: una fundamentación normológica. Juan Pablo Mañalich R.	541
7. Autoría y participación en la teoría de la imputación objetiva. Mario Maraver Gómez	559
8. Autoría y participación. Un diálogo con Enrique Peñaranda Ramos desde la concepción significativa del delito. Carlos Martínez-Buján Pérez	577
9. ¿Autoría y participación accesoria? Los epiciclos de la dogmática. Fernando Molina Fernández	595
10. Delegación de funciones, obligaciones de diligencia debida ambiental y grupos de empresas. Raquel Montaner Fernández	633
11. La accesoriadad como componente de acciones supraindividuales. Yesid Reyes Alvarado	651
12. ¿Una posible coautoría <i>intraneus-extraneus</i> en delitos mixtos? Raquel Roso Cañadillas	665
13. La accesoriadad como «factor de limitación de la responsabilidad» en el encubrimiento: las otras accesoriadades. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez	687
14. Problemas de los títulos de atribución de responsabilidad en la empresa. Jesús-María Silva Sánchez	701
15. Criterios jurisprudenciales para la diferenciación entre coautoría, grupo criminal y organización criminal. Laura Zúñiga Rodríguez	713
 III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	
1. Merecimiento y necesidad en la pena retributiva. Alfredo Alpaca- Pérez	729
2. Apuntes sobre las contribuciones de von Hirsch a las teorías de la pena y de su determinación. Gonzalo J. Basso	743
3. Determinación de la pena en el concurso ideal: una propuesta alternativa. Nicolás Cantard Vanni	757
4. La prescripción de las penas cuya ejecución se suspende. Sergi Cardenal Montraveta	775
5. La suspensión condicionada a la participación en programas formativos: una cuestión de género. Vicenta Cervelló Donderis	791
6. ¿Acabar con las dilaciones? (Breves reflexiones sobre la atenuante de dilaciones indebidas). Antonio Del Moral García	807

	Páginas
7. Observaciones sobre las circunstancias agravantes de la parte especial, con especial referencia al artículo 180.1 CP. Antonio Doval Pais/Carmen Juanatey Dorado	823
8. Internet como derecho y su restricción como sanción: tensiones con los principios esenciales del Derecho penal. David Gallego Arribas	837
9. Sobre el fundamento de la circunstancia agravante de cometer el delito por razones de género. Alicia Gil Gil	851
10. La discutible potestad de perdonar. Del indulto a la amnistía. Liborio L. Hierro	867
11. Penas en concurso y sentido punitivo: límites justificativos del principio de acumulación material desde las teorías de la pena. Rut Lopera Viñé	887
12. Las expulsiones penales de extranjeros (arts. 89 y 108 CP) a través de su evolución legislativa. Margarita Martínez Escamilla	901
13. Motivos reprochables, injusto y culpabilidad. Oriol Martínez Sanromà	915
14. La amnistía vista por el Abogado General Spielmann: tres preguntas contrafácticas. Cándido Paz-Ares	931
15. Arrepentimiento y atenuación de la pena. Carlos Pérez del Valle	971
16. Conexiones y diferencias entre las penas y las sanciones administrativas. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz	987
17. Teorías de la pena: tradición y perspectivas. Ricardo Robles Planas	1007
18. Cara y cruz de las sanciones penales. Gonzalo Rodríguez Mourullo	1023
19. La reparación del daño ocasionado a la víctima, o la disminución de sus efectos como circunstancia atenuante genérica. Un análisis sobre su aplicación en la jurisprudencia. M. ^a Ángeles Rueda Martín	1037
20. ¿Prescribe el decomiso? Dulce M Santana Vega / Cristina Cazorla González	1051
21. El Derecho penal como sistema inmunológico. Carlos J. Suárez González	1069
22. Algunas reflexiones a propósito de la participación a título lucrativo en el Código penal español: ¿cláusula de excepción o de cierre del sistema? Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas	1083

IV. PARTE ESPECIAL

1. Una mirada <i>vintage</i> sobre los ciberdelitos. María Acale Sánchez	1100
2. «Reproducción subrogada» como forma de «violencia reproductiva» en el informe de la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias. Especial referencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Ignacio F. Benítez Ortúzar	1116
3. ¿Enriquecimiento sin ingreso? La no realización del gasto debido como forma de beneficio delictivo. Isidoro Blanco Cordero	1132

	Páginas
4. De las falsificaciones a las ultrafalsificaciones: una reflexión sobre las repercusiones penales del fenómeno <i>deepfake</i> . Andrea Bravo Bolado	1150
5. La tutela penal del secreto de empresa tras la Ley 1/2019: una revisión crítica del bien jurídico protegido, el objeto de la acción y los sujetos activos. María del Mar Carrasco Andrino	1168
6. La expresión de causa mendaz como falsedad documental. Ivó Coca Vila	1184
7. Prevaricación en comisión por omisión: un enredo Supremo. Mirentxu Corcoy Bidasolo / Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno	1204
8. Delitos de odio: un análisis del feminicidio en el Código Penal Colombiano. María Camila Correa Florez	1220
9. Suplantaciones de identidad <i>online</i> . ¿Una laguna de punibilidad? Juan Alberto Díaz López	1234
10. Algunas notas sobre el delito de intrusismo. Julio Díaz-Maroto y Villarejo ...	1252
11. El oscuro secreto de la omisión de impedir delitos (o ¿cuánto es 450 menos 195?). Jacobo Dopico Gómez-Aller	1264
12. Hijos conectados, padres ausentes: aproximación penal al abandono digital de menores de edad. Isabel Durán Seco	1284
13. Límites de la protección penal del patrimonio histórico en España: el Convenio de Nicosia y la deficiente tipificación del delito de contrabando de bienes culturales. Patricia Faraldo Cabana	1298
14. Restricciones ideológicas e incondicionales de la libertad de expresión. Juan Luis Fuentes Osorio	1314
15. El cohecho activo como «tentativa de instigación» y «delito preparatorio». Una mirada crítica. Patricia Gallo	1326
16. Lo que abunda sí que daña: problemas concursales del subtipo agravado de estafa por afectar a un «elevado número de personas» (art. 250.1.5.ª CP). Victoria García del Blanco / Jesús Martín Muñoz	1344
17. El delito de represalia por actuación en procedimiento judicial: aproximación a su consideración como delito de obstrucción a la justicia. Marta García Mosquera	1362
18. El trabajo en plataformas: el artículo 311.2.º del código penal, la directiva 2024/2831 y sus precedentes. Ignacio García-Perrote Escartín	1380
19. Corrupción, fraude fiscal y blanqueo: reflexiones a propósito del «Caso la Muela» (STS 1002/2021, de 17 de diciembre). José Luis González Cussac / Caty Vidales Rodríguez	1392
20. Agresiones sexuales y agravante de género: ¿ <i>bis in idem</i> ? Mariona Llobet Anglí	1404
21. ¿ <i>Insider-trading</i> o <i>abus de marché</i> ? Aproximación al injusto del abuso de información privilegiada. Fernando Londoño Martínez	1422
22. Las llaves falsas. Borja Mapelli Caffarena	1440
23. Protección penal del acceso a neurodatos: algunos apuntes sobre su necesaria reconfiguración. Marina Mínguez Rosique	1454
24. El delito de odio en eventos deportivos. Alfonso Morales Camprubí	1468

	Páginas
25. Corrupción y regalos: Cohecho en consideración al cargo o función. Inés Olaizola Nogales	1486
26. Algunas incoherencias en la respuesta jurídico-penal a los atentados contra la intimidad. Pilar Otero González	1502
27. Riesgo permitido e insolvencias punibles. Nuria Pastor Muñoz	1520
28. Hacia la objetivación del castigo de la discriminación. Ana Peñaranda Ezpondaburu	1536
29. El delito de revelación de informaciones no secretas ya conocidas: comentario de la Sentencia núm. 1000/2025 del Tribunal Supremo (caso Fiscal General). Eduardo Ramon Ribas	1552
30. ¡Esto es un sindióis! Por la derogación del artículo 525 CP. Daniel Rodríguez Horcajo	1568
31. Coautoría, cooperación necesaria y complicidad: debate sobre la intervención en la ciberestafa. Virxilio Rodríguez Vázquez	1582
32. A vueltas con la definición del delito fiscal como un tipo penal abierto. Natalia Torres Cadavid	1600
33. El delito de prender fuego a montes o masas forestales: comentario al artículo 354 CP. María A. Traperó Barreales	1618
 V. EN PARTICULAR, LOS DELITOS CONTRA LA VIDA	
1. ¿Lesiones consentidas? Carlos Castellví Monserrat	1638
2. Atando cabos: la eutanasia de la mujer embarazada. Pablo de Lora Del-toro	1652
3. El asesinato alevoso. Ana María Garrocho Salcedo	1664
4. La diferenciación entre participación en el suicidio y homicidio consen-tido. Enrique Gimbernat Ordeig	1682
5. Assassinato como homicídio atentatório da dignidade. Luís Greco	1700
6. Asesinato para evitar que se descubra el delito contra la libertad sexual que acaba de cometerse: ¿cadena perpetua? Marta Pantaleón Díaz / Diego Sobejano Nieto	1714
7. A vueltas con la alevosía en ataques sobre niños desde la aplicación de la legítima defensa de tercero. Leopoldo Puente Segura	1728
8. La vida al principio y al final: entre el Derecho penal y la Filosofía del Derecho. Alfonso Ruiz Miguel	1740
9. El asesinato múltiple del artículo 140.2 CP. Ángel J. Sanz Morán	1756
10. Eutanasia y Derecho Penal: una mirada desde los aportes de Enrique Peñaranda. José- Zamyra Vega Gutiérrez	1768
 VI. PRINCIPIOS PENALES Y POLÍTICA CRIMINAL	
1. El principio de legalidad. Miguel Abel Souto	1788

2. El orden socioeconómico post globalización y su incidencia sobre la responsabilidad penal de las empresas y sus administradores. Silvina Bacigalupo Saggese	1800
3. Lesividad social y política criminal. Sobre la política criminal en la teoría funcional del Derecho penal de Günther Jakobs. Manuel Cancio Meliá	1818
4. La deriva paternalista en materia de prostitución. Viviana Caruso Fontán	1836
5. Apuntes sobre la necesidad de adecuación de la regulación ambiental penal española a la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril. Norberto J. de la Mata Barranco	1852
6. Obtención de patrones dirigidos a la predicción de feminicidios de pareja a través de técnicas de inteligencia artificial. Javier Gustavo Fernández Teruelo	1868
7. Entre la Recomendación CM/Rec (2018)8 y la LO 1/2025: claves para una lectura crítica del desarrollo de la justicia restaurativa en España. Leticia Jericó Ojer	1880
8. Principio de legalidad penal e interpretación <i>favor rei</i> . Un apunte recordatorio sobre los límites ex artículo 25.1 CE a la interpretación penal. María Martín Lorenzo	1900
9. Menores infractores y cadena perpetua. Laura Pozuelo Pérez	1918
10. Legalidad penal y responsabilidad política. Gonzalo Quintero Olivares ...	1932
11. Un Derecho penal de hecho y de autor. Hacia un tratamiento realista de la peligrosidad. Luis Rodríguez Ramos	1944
12. El derecho penal del Estado liberal de derecho en la cuerda floja. Bernd Schünemann	1962
13. Gobernar la universidad mediante el delito. El caso de la justicia restaurativa. Alfonso Serrano Mañillo	1976
14. El riesgo de violencia como nuevo referente conceptual en la esfera penal. ¿Verdadera caracterización de las bases empíricas de la peligrosidad o simple cambio de denominación de un concepto necesariamente indeterminado? Asier Urruela Mora	1990
15. Balance de la política legislativa (criminal) e institucional española en materia de violencia de género desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004. Carolina Villacampa Estiarte	2010

VII. OTRAS CUESTIONES

1. Poder, finalidades políticas y penas: el nacimiento de las penas correccionales privativas de libertad en la monarquía hispánica. El derecho indiano. Francisco Javier Álvarez García	2030
2. ¿Hacia dónde deriva nuestro sistema penitenciario? Raquel Benito López	2054
3. El control de la acusación en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: un modelo de perfil bajo y no deflactivo. Juan Damián Moreno	2064

	Páginas
4. Estructura y especialidades del proceso ante la Corte Penal Internacional. Beatriz Fernández Ogallar	2078
5. Noticias bibliográficas de ciencias penales. Carlos García Valdés	2094
6. El Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2025. Hacia un nuevo modelo de proceso penal. Brenda Merino Da Silva / Fernando de la Fuente Honrubia	2110
7. Independencia judicial vs. negativa a acatar y aplicar la doctrina constitucional: un ejemplo en la práctica del <i>Habeas Corpus</i> . Sabela Oubiña Barbolla	2126
8. La responsabilidad por el riesgo procesal como razón legitimadora de las medidas cautelares penales. Ramon Ragués i Vallés	2144
9. Traslados penitenciarios: régimen jurídico, condiciones materiales y garantías desde una perspectiva de derechos fundamentales. Julián Carlos Ríos Martín	2158
10. El necesario tránsito de lo penal a lo penitenciario. Puerto Solar Calvo	2168
11. Conformidad, inimputabilidad y medidas de seguridad. Carmen Tomás-Valiente Lanuza	2184
12. La valoración de la prueba en los delitos sexuales: un problema sin resolver. Daniel Varona Gómez	2200

PRESENTACIÓN DE LA OBRA

En el prólogo a la primera monografía publicada por el aquí homenajeado, una versión de la que fuera la tesis con la que obtuvo, Premio Extraordinario mediante, el título de doctor (*La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990), tras reconocerse impresionado por la obra, destacaba su maestro su madurez y altura científica, congratulándose por haber ayudado a despertar su vocación universitaria¹. Poco después, con motivo de una recensión relativa a su segunda monografía publicada apenas un año más tarde (*Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991), otra de las voces más autorizadas de nuestra doctrina afirmaba que «Enrique Peñaranda Ramos ha irrumpido espectacularmente en la ciencia penal española»². Ninguno de quienes hemos coordinado esta obra habíamos iniciado por aquel entonces nuestra formación jurídica (alguno ni había nacido), pero desde luego hemos tenido la fortuna de poder confirmar después, de primera mano, tanto la altura científica de nuestro maestro como las consecuencias de dicha irrupción, además de conocer «en directo» aportaciones tan relevantes como las ya mencionadas, de entre las cuales debemos destacar sus *Estudios sobre el delito de asesinato* (2014³).

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Prólogo» a *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 19-21. Atendiendo a las palabras que le sigue dedicando en el prólogo que preside ahora esta obra y que tan amablemente ha elaborado para la ocasión, su satisfacción sigue incólume.

² GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1992, pp. 833-854.

³ Una obra cuyo esencial contenido tuvimos sus discípulos la suerte de poder conocer mucho antes de su publicación, al tratarse de la investigación presentada en 2006 por el homenajeado para la obtención de su habilitación como catedrático.

Llegado este curso 2025-2026, el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid (universidad a la que ha dedicado su vida y de la que llegó a ser, entre otras muchas cosas, Vicerrector de Profesorado), se jubila⁴.

Este libro que el lector sostiene en sus manos, probablemente cansadas debido a su peso y volumen, da muestra de la incidencia del pensamiento del Profesor Peñaranda, no sólo en el ámbito académico, sino también en el profesional. Nos alegra mucho haber podido contribuir a su gestación: quienes conocen a Enrique y disfrutan de su amistad bien saben de su inmensa categoría, también, en el plano personal; un ámbito donde hemos recibido siempre cobijo sus discípulos.

Las siguientes páginas reúnen más de un centenar de muy interesantes contribuciones ordenadas a lo largo de varios epígrafes diferenciados. La clasificación es en cierta medida arbitraria, como seguramente lo es la ubicación de algunos de los trabajos que se encuentran en ese saludable punto intermedio, a medio camino de uno y otro lado, pero de algún modo hay que intentar ordenar todo el conjunto de valiosos trabajos que se encuentran en este volumen.

Los textos que lo componen han sido escritos por algunos de los más reputados académicos y profesionales del Derecho de nuestro país, pero también de fuera de él, lo que es buena muestra del impacto transversal de la obra del Profesor Peñaranda. Algunos de los más importantes penalistas hispanoamericanos y alemanes han contribuido al libro. Muchos de estos autores han sido, además, alumnos del homenajeado durante sus años de formación universitaria, y así lo hacen notar en sus contribuciones, a fin de que nadie olvide que nos encontramos ante un excelso docente. Se trata, en definitiva, de una obra con gran incidencia académica, pero también práctica, dentro y fuera de España.

A los autores de las páginas que siguen: muchas gracias por ayudarnos a rendir homenaje a Enrique Peñaranda; un homenaje que merece, entre otras muchas cosas, por sus aportaciones científicas, pero, desde luego, no solo por ellas.

A Enrique: muchas gracias. Todo lo que añadamos solo empañará la gratitud que te debemos.

Los discípulos del Profesor Enrique Peñaranda Ramos

Juan Alberto Díaz López

María del Puerto Solar Calvo

Leopoldo Puente Rodríguez

Marta Pantaleón Díaz

Rut Lopera Viñe

⁴ Aunque seguirá siendo Ilmo. Sr. Académico Correspondiente y Vocal de la Sección de Derecho Penal de la RAJYL, Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, Of Counsel de un prestigioso despacho de abogados penalistas y, previsiblemente, será nombrado por aclamación Profesor Emérito de su Universidad.

UNAS PALABRAS PARA MI DISCÍPULO

Sirvan estas breves líneas para dejar constancia de mi enorme afecto y mejor consideración por la figura del profesor y querido discípulo, D. Enrique Peñaranda Ramos.

Actualmente soy un jubilado feliz, porque elegí dedicarme a la docencia y en el ejercicio de esta me encontré con un grupo de alumnos y discípulos portadores de la excelencia, entre los que se encontraba en lugar destacado, el profesor D. Enrique Peñaranda Ramos, a quien entregamos hoy con motivo de su jubilación un merecido homenaje.

Tengo que hablar en plural respecto de todos mis discípulos y así lo hago con enorme satisfacción, pero reconozco que el profesor D. Enrique Peñaranda Ramos ocupó siempre un lugar privilegiado y estoy convencido que todos sus compañeros lo advirtieron con naturalidad, dando prueba clara de una inteligencia que les honra.

El profesor D. Enrique Peñaranda Ramos me acompañó siempre en los momentos buenos y en los momentos malos, que los hubo, y creo que sin su ayuda no se hubiera podido configurar el modélico grupo de alumnos y profesores de Derecho Penal que se formó entonces en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, que sobresalían por su excelencia, uniendo a sus excepcionales capacidades intelectuales las más altas cualidades humanas.

En los momentos actuales, ese grupo ejemplar se mantiene y en buena medida se debe a que el profesor D. Enrique Peñaranda Ramos, junto con otros compañeros, han gestionado de manera particularmente eficaz las actuales incorporaciones que se han ido produciendo.

Y para concluir este pequeño testimonio, tengo que decir que el año 2025 se cerró para mí con el mejor regalo que podría recibir: que la autoridad aca-

démica haya acordado denominar con mi nombre y apellidos una de las aulas del claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, en virtud de lo solicitado por mis antiguos discípulos, solicitud a la que no fue ajeno el profesor D. Enrique Peñaranda Ramos y a quien le agradezco la iniciativa junto al resto de mis discípulos, de todos los cuales me siento muy orgulloso y afortunado por haberlos encontrado en mi camino académico.

Querido Enrique, querido discípulo, muchas gracias por el camino recorrido, por tu generosa amistad y por tu extraordinaria contribución a la ciencia penal moderna en España.

Madrid, a 13 de enero de 2026.

Gonzalo Rodríguez Mourullo

I

Teoría del delito, en general

1. CRISIS DE LA LEY Y DOGMÁTICA CREADORA

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Catedrático de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos

I. LA CRISIS DE LA LEY

El fenómeno de la crisis de la ley constituye no solo un lugar común en la discusión jurídica sino también una realidad innegable. Factores como la hipertrofia y sobreproducción legislativa, la falta de rigor y racionalidad en la labor legiferante, el creciente protagonismo de legisladores supranacionales o la omnipresencia de la Constitución en la interpretación de la legalidad ordinaria, han propiciado la pérdida de primacía y relevancia de la ley como fuente de Derecho¹.

Unido a las citadas causas, y como reacción a la mayor complejidad, vaguedad e indeterminación de la legislación que aquéllas generan, esa crisis de la ley se manifiesta también en el creciente protagonismo de la dogmática y la jurisprudencia en la determinación del contenido y en la aplicación de las leyes; en palabras de Ferrajoli, con «la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y la superposición de diversos ordenamientos concurrentes» asistimos al «colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción»².

¹ Sobre el concepto y causas de la «crisis de la ley» puede verse LAPORTA, 2007, pp. 151, 157 ss.; PINO, 2025, p. 84. En el ámbito penal, véase por ejemplo MONTIEL, 2012; así como, más recientemente, el apartado monográfico titulado «La erosión del principio de legalidad penal», en *Teoría & Derecho*, 2025, *passim*.

² FERRAJOLI, 2003, p. 20. En igual sentido, MARTÍNEZ GARAY/VIANA BALLESTER, 2025, p. 12: «Las carencias técnicas de la legislación penal acaban convirtiendo así a los jueces –e incluso a fiscales–, en

II. CRISIS DE LA LEY Y DOGMÁTICA «CREADORA»

Ese mayor protagonismo de la jurisprudencia y –como disciplina auxiliar– de la dogmática es defendida por un relevante sector doctrinal. Tras el giro político-criminal auspiciado por Roxin, en la actualidad son comúnmente aceptadas dos tesis básicas sobre la dogmática penal: (i) la dogmática tiene como función básica concretar, pero también complementar³ o desarrollar⁴ el contenido de las leyes penales para facilitar su aplicación al caso concreto; (ii) en tal labor de concreción juegan un papel determinante no solo criterios lógico-analíticos sino también axiológicos y teleológicos⁵. De estas dos ideas básicas la doctrina deriva acepciones de la dogmática como «teleológica», «abierta», «orientada a las consecuencias» o «funcionalista», pero también «creadora»⁶, «crítica»⁷ o incluso «correctora»⁸, y se concluye que la «indeclinable labor de todo jurista» es «la creación de Derecho»⁹.

Destaca, por ejemplo, Mir Puig que a la dogmática, «como medio de participación en la creación del Derecho», «no compete sólo la reproducción de la ley, sino su elaboración racional»¹⁰. De modo semejante, afirma Silva que «la dogmática actual se configura ampliamente como “dogmática creadora” o “dogmática crítica” tomando partido por determinadas opciones valorativas y contribuyendo, en definitiva, aunque sea subordinadamente, a la creación de Derecho»¹¹. Y se postula también una dogmática «antipositivista», en la que se asume que su objeto nuclear no es la ley positiva¹² sino las estructuras de imputación y las premisas valorativas que subyacen y trascienden a la misma, y que «los textos legales no proporcionan en sí mismos bases suficientes de solución de los problemas jurídico-penales, sino que es absolutamente ineludible que el jurista tome las correspondientes decisiones»; por ello, «la

velados legisladores, obligados a llevar a cabo una extensa labor interpretativa para concretar el significado de las disposiciones normativas».

³ SCHÜNEMANN, 1991, p. 693.

⁴ BALDÓ LAVILLA, 1997, pp. 358 ss.

⁵ ROXIN, 2000, p. 45 ss.; ROXIN 1997, §7/50 ss.; críticamente, Díez RIPOLLÉS, 2021, p. 3 ss. Para la dogmática en general, especialmente ATIENZA, 2025, pp. 52 ss.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 145.

⁷ Véase, por ejemplo, MIR PUIG, 1994, p. 21; ROXIN 1997, § 7/72, 81, 82; ROBLES PLANAS, 2010, p. 134 ss.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2007, p. 2.

⁹ MIR PUIG, 1994, pp. 20.

¹⁰ MIR PUIG, 1994, pp. 13, 19.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 145.

¹² SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 110, 120: «el Derecho positivo en sí no constituye desde luego el núcleo, la parte decisiva, del objeto de la dogmática».

dogmática, en su actividad de construcción, es, pues, significativamente “libre” respecto de las regulaciones del Derecho positivo»¹³.

Coherentemente con ese giro hacia una dogmática «reconocidamente valorativa y esencialmente crítica»¹⁴, también las objeciones que se han dirigido a la dogmática penal han cambiado de signo: si tradicionalmente las críticas habían venido haciendo énfasis en su formalismo, su rigidez y su incapacidad para incorporar aspectos valorativos¹⁵ –baste recordar la defensa sobre el futuro de la dogmática realizada por Enrique Gimbernat en los años setenta–, en la actualidad las objeciones se proyectan hacia el extremo opuesto del péndulo, destacando los excesos propios de una dogmática excesivamente abierta a la discrecionalidad del intérprete y a la introducción de planteamientos ideológicos.

Así, se afirma que ese desarrollo o recreación de la norma penal como paso previo a su aplicación, genera «una tensión entre dogmática y legislación»¹⁶, que da lugar a una «crisis de la ley», por cuanto el «valor de la ley como instrumento racional de control social [...] se ve amenazado por la permanente revisión y reformulación de las leyes que emprende la dogmática»¹⁷. Unido a lo anterior, se objeta además que la finalidad de la dogmática de dotar de mayor concreción a la vaguedad e indeterminación inherente al texto de la ley conlleva necesariamente «un cambio parcial de la norma expresada por la ley». «La nueva norma obtenida con el auxilio de las definiciones dogmáticas puede ser parecida a la norma que anteriormente expresaba la formulación del legislador, pero de todos modos es una norma diferente»¹⁸. Tal función «creadora» de la dogmática suscita dudas de legitimidad tanto desde el respeto al Estado de Derecho –que proscribe el castigo de un ciudadano por la infracción de normas distintas a las promulgadas por el Legislador¹⁹– como desde el

¹³ SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 110, 120.

¹⁴ MIR PUIG, 1994, p. 25.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 45 ss.

¹⁶ MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, 2017, p. 2. Véase también ROBLES PLANAS, 2010, p. 135.

¹⁷ Se sostiene, así, que «[l]a insistencia de la dogmática en su papel esencial de traducción del lenguaje del legislador, su crítica permanente a los sistemas normativos vigentes, su vocación de contribuir a la justificación de las decisiones judiciales, su preocupación por derivar normas y soluciones de categorías independientes a las normas formuladas por el legislador conlleva un inevitable escepticismo acerca del papel que pueden cumplir las leyes –incluso las buenas leyes. En pocas palabras: la justificación que la dogmática elabora de su tarea implica, en mayor o menor medida, una desvalorización de la ley» (MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, 2017, pp. 4-5).

¹⁸ MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, 2017, pp. 12-13, invocando el concepto de norma de Alchourrón y Bulygin.

¹⁹ MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, 2017, p. 10.

principio democrático, al terminar por ser el juez, antes que el Legislador, el que determine el ámbito de lo punible²⁰.

Con menor intensidad crítica, otro sector de la doctrina penal pone el acento en los excesos en que pueden incurrir los afanes cuasi-legislativos de la dogmática actual, y propone como alternativa un mayor sometimiento a los límites que determina el derecho a legalidad sancionadora y, por ende, una mayor deferencia hacia la Ley penal²¹. La crisis del derecho a la legalidad²², así como la crisis de confianza en el propio Legislador –sin duda merecida– ha propiciado una «sobreevaluación de la productividad y la capacidad de rendimiento de la dogmática y de su influencia sobre la aplicación práctica del Derecho»²³, cuya vocación expansiva y creadora corre el riesgo de generar no solo un menoscabo del principio democrático sino también la vulneración de garantías como la seguridad jurídica o el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley penal²⁴.

Ante esa situación, se propone una «estrategia interpretativa específica en Derecho penal», basada en una «restricción de la labor del intérprete»²⁵. Es preciso, afirma Ortiz de Urbina, reivindicar el papel central que la Ley desempeña en el Estado de Derecho, para lo que es necesario, entre otras cosas, que la dogmática intervenga «con modestia en la interpretación *lege lata* y contundencia en la propuesta *lege ferenda*»²⁶. Más concretamente, lo que se propone es una concreta ordenación de los cánones: otorgar prioridad a la interpretación gramatical y sistemática, admitir la teleológica –*voluntas legis*, no *legislatoris*– solo dentro del ámbito de sentidos posibles delimitado por el tenor literal y prescindir completamente de la interpretación histórica²⁷.

III. ¿TOMARSE LA LETRA DE LA LEY EN SERIO?

Podría decirse que la distancia entre esta última propuesta crítica y los postulados de la doctrina favorable a esa dogmática creadora es menor, por

²⁰ MONTIEL, 2017, pp. 13, 34 s., y *passim*; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, pp. 174-175, 189, 191. Véase también SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 126-127.

²¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012; MONTIEL, 2017.

²² Sobre la ya clásica denuncia de la crisis de la legalidad, véase por todos MONTIEL, 2012, pp. 27 ss., y en general las obras recopiladas en dicha obra colectiva.

²³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, p. 188. Esa oración se formula en paráfrasis y réplica a la aseveración de Binding de que «la sobrevaloración de la productividad y la capacidad de rendimiento de la legislación es el error de base más significativo de nuestro Derecho».

²⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, pp. 190 ss., y 194 ss., respectivamente.

²⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, p. 173.

²⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, p. 198. En la misma línea, MONTIEL, 2017, pp. 27 ss.

²⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, p. 198. Enfatiza también la gran importancia de ha de atribuirse al tenor literal, MONTIEL, 2017, pp. 25 ss.

estar ante discrepancias de grado antes que de fondo. Ciertamente, también los defensores más conspicuos de esa dogmática creadora –dentro de la que pueden distinguirse posiciones más o menos extremas– sitúan el tenor literal y la prohibición de la analogía *contra reo* como límites de la interpretación²⁸. Por su parte, y como no puede ser de otro modo, también el sector crítico asume la inevitable necesidad de interpretar el significado de las palabras de la ley como paso previo a su aplicación al caso concreto²⁹. No obstante, lo cierto es que en ambas aproximaciones se aprecian importantes diferencias en la comprensión del derecho fundamental a la legalidad sancionadora y a su función como límite a la exégesis doctrinal y jurisprudencial³⁰.

En cuanto a la propia comprensión del derecho fundamental, frente a la deferencia a la labor del Legislador y una noción fuerte de su función de límite a la interpretación, los partidarios de la dogmática creadora asumen programáticamente «una concepción material y realista» de la legalidad penal³¹, acogiendo la reflexión de que resulta necesario «relajar el rigor literal del principio, que inevitablemente ha de quedar como marco supremo más que como exclusión de fuentes distintas a la ley formal»³².

Ello se traduce en una diferente concepción de la práctica de la interpretación y, en particular, en una diferente ordenación de los cánones exegéticos. Desde la concepción restrictiva, la interpretación gramatical no opera solo como límite negativo, sino como un primer y decisivo criterio de interpretación. No se trata, se afirma, de indagar por el mero significado de las palabras –dependiendo únicamente del diccionario y las reglas de la gramática–, sino de aprehender el sentido comunicativo del texto legal, a partir de la pragmática y los usos lingüísticos de la comunidad³³, debiendo tomarse en cuenta también el criterio sistemático –de la Ley penal, no de la teoría del delito– para fijar el sentido (o sentidos) posible(s) del tenor literal³⁴. Y es solo una vez concretado el sentido del enunciado jurídico, cuando podrán entrar en juego criterios teleológicos o axiológicos³⁵.

²⁸ BALDÓ LAVILLA, 1997, pp. 372, 374, 380; SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 131-132; ROBLES PLANAS, 2010, p. 135.

²⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, pp. 178, 201-202; PINO, 2025, pp. 50 ss.

³⁰ En este sentido, pone de manifiesto MONTIEL, 2012, p. 147, que los términos en que plantean la sujeción del jurista a la ley los defensores de esa dogmática creadora –citando a Robles Planas y Silva Sánchez– son de dudosa compatibilidad con las verdaderas exigencias del derecho a la legalidad penal.

³¹ BALDÓ LAVILLA, 1997, pp. 369.

³² MIR PUIG, 1994, p. 16.

³³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, pp. 200, 203; PINO, 2025, p. 59.

³⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, p. 201, poniendo como ejemplo la muy discutible exégesis que hace la jurisprudencia del término «violencia» en el delito de coacciones.

³⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, p. 201, destacando que, en ese primer escalón de la interpretación, la búsqueda del sentido del texto no debe acudir a fuentes distintas de las expresiones efectivamente

Frente a ello, los defensores de una dogmática creativa sitúan el teleológico como canon central de la interpretación, de modo que los fines de la pena, las necesidades sociales y las valoraciones sobre lo justo o lo correcto son las que vendrán a determinar el propio sentido del texto de la ley³⁶. El tenor literal posible –entendido normalmente en sentido puramente semántico– queda como un límite difuso que ni siquiera termina por ser el objeto final de la labor dogmática. Se sostiene, en esta línea, que «el Derecho positivo se limita a establecer un marco para la reflexión dogmática, sin ejercer una vinculación intensa sobre la elaboración conceptual y sistemática propia de ésta»³⁷. Lo determinante, apunta Silva Sánchez, no es que la interpretación del enunciado se inserte «de modo rígido en el marco del tenor literal», sino que «a la vista del texto y de su contexto (al que pertenece de modo muy significativo el sistema dogmático) la resolución judicial aparezca como una consecuencia empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable, del enunciado emitido por el legislador»³⁸.

IV. DIMENSIONES DEL DERECHO A LA LEGALIDAD

Silva establece dos criterios «cumulativos» de legitimidad en la labor exegética del intérprete (del juez): una «legitimación *qua* racionalidad», que le otorga el hecho de que se encuentre perfectamente justificada en el marco del sistema dogmático –esto es, acorde a las pautas teleológicas y axiológicas que informan el sistema–; y una «legitimación *qua* legalidad», que provendría de su encaje dentro del marco de sentido de la ley³⁹. No obstante, a mi modo de ver la caracterización que este autor –y este sector– hace de este último criterio de legitimidad prácticamente lo vacía de contenido, pues se confunde con el primero.

te utilizadas por el legislador, como puedan ser los discursos parlamentarios o la evolución histórica de la institución jurídica (objeto del canon histórico) o las necesidades sociales (objeto del canon teleológico)».

³⁶ Describiendo esa línea dogmática, SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 370 ss. (destacando su tradicional asunción por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la mano de la interpretación del término «escalamiento» en el delito de robo con fuerza en las cosas), pp. 380 ss. Acogiéndola, en pp. 391 ss. Véase también SILVA SÁNCHEZ, 2025, § 6/47 ss.: «existen razones fundadas para afirmar que, en muchos casos, el tenor literal de un texto no es algo previo a la aplicación de los demás cánones, sino precisamente posterior a ellos» (§ 6/49).

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 145. Véase también, por ejemplo, BALDÓ LAVILLA, 1997, p. 372; ROBLES PLANAS, 2010, p. 135.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 393.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 391.

Esta idea puede expresarse también distinguiendo las dos garantías básicas del derecho a la legalidad, según han sido establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional (TC)⁴⁰, y que, *mutatis mutandis*, se corresponderían formalmente con los dos criterios de legitimidad planteados por Silva: de una parte, el respeto al tenor literal y la consiguiente prohibición de analogía contra reo⁴¹; de otra, la razonabilidad metodológica y axiológica o, expresado en una fórmula sintética, que la interpretación no resulte extravagante por ser ajena a tales pautas de interpretación⁴². Si en el primer caso la vulneración del derecho se producirá cuando la interpretación quede extramuros del tenor literal, en el segundo se dará cuando la interpretación sea, en palabras del Tribunal, «esencialmente opuesta a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisible para sus destinatarios»⁴³.

La concepción que acoge Silva sobre su «legitimación *qua* legalidad» es prácticamente idéntica al canon de razonabilidad metodológica y axiológica del TC, que realmente es el que encaja dentro de esa «legitimación *qua* racionalidad». Así, como acabo de exponer, para Silva el acomodo de la interpretación a las palabras de la ley —esa «racionalidad *qua* legalidad»— se satisface ya con que la interpretación sea «metodológicamente defendible y axiológicamente razonable»⁴⁴, que es exactamente lo mismo que la razonabilidad metodológica y axiológica que maneja el TC como segundo canon, distinto del referido al tenor literal. De ese modo, el criterio de legitimidad basado en la legalidad se identifica y confunde con el basado en la racionalidad, con la

⁴⁰ Un desarrollo de tales cánones del TC puede encontrarse en ALCÁCER GUIRAO, 2010, pp. 44 ss. Véase también SILVA SÁNCHEZ, 2025, § 6/26.

⁴¹ STC 151/1997, de 29 de septiembre: «el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios». En ocasiones el TC lo ha denominado «razonabilidad semántica» (STC 129/2008, de 27 de octubre).

⁴² STC 93/2024, de 19 de junio: «A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3). Son así constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios».

⁴³ MONTIEL, 2017, p. 26, pone énfasis en que el tenor literal no es el único límite al intérprete, y que por ello una exégesis que encaje dentro de las palabras de la ley puede lesionar el derecho si resulta contraria a tales pautas metodológicas o axiológicas.

⁴⁴ Silva lo expresa también afirmando que para satisfacer el acomodo a la Ley, «bastaría con una relación de “imputación objetiva” de la resolución judicial (o la propuesta interpretativa) con respecto al texto legal» (SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 393).

consecuencia de que en su planteamiento se termina por prescindir del tenor literal y la prohibición de analogía como límite a la interpretación.

Esta discusión no puede sustraerse al propio fundamento del derecho fundamental a la legalidad. Silva parece poner énfasis en la seguridad jurídica del ciudadano y, con ello, en la previsibilidad de los pronunciamientos judiciales como núcleo de la legitimidad de la interpretación⁴⁵; ello es congruente, sin duda, con el criterio de la racionalidad metodológica y axiológica, pues, tal como ha destacado el TC, una aplicación abiertamente extravagante a los estándares metodológicos y los valores compartidos será siempre imprevisible para sus destinatarios. Pero ese no ha de ser el único fundamento del derecho a la legalidad, y no puede desatenderse el basado en el principio democrático. El acento en uno u otro fundamento conlleva consecuencias relevantes en esta discusión: una aplicación de la ley puede ser previsible para los ciudadanos por estar arraigada en la jurisprudencia –baste recordar nuevamente el concepto de violencia en las coacciones–, pero ello no impide que pueda considerarse una interpretación analógica que trasciende el tenor literal⁴⁶. En este caso, la vulneración del derecho a la legalidad vendrá dada por el déficit de legitimidad democrática del juez para crear derecho⁴⁷. Por otra parte, y como el mismo Silva destaca en la actualidad, poner el acento exclusivamente en la previsibilidad conlleva el riesgo de subjetivizar la garantía y, con ello, de relativizar su alcance, haciéndolo depender del caso concreto y del concreto destinatario de la norma, lo que a su vez conlleva que «se difumina la dimensión política del principio y se pone en cuestión su naturaleza de límite del poder del Estado»⁴⁸.

Como hemos expuesto, con arreglo a esta concepción el sometimiento al tenor literal no es estricto, sino que basta con que la interpretación y aplicación de la Ley resulte en cada caso razonable, o previsible. En otras palabras, empleadas por Silva, que entre el tenor literal y la norma interpretada exista una relación de imputación objetiva. Así, este autor considera que esa «relación de “imputación objetiva” de la resolución judicial (o la propuesta interpretativa) con respecto al texto legal» satisface las «exigencias de legitimación democrática mediata», pues la decisión judicial se puede considerar una consecuencia necesaria del tenor literal de la ley «incluso yendo más allá del sentido ordina-

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 395. Al menos en dicho trabajo. Mayor atención al fundamento político muestra, a mi modo ver, en SILVA SÁNCHEZ, 2025, § 4/26, tal como a continuación pongo de manifiesto.

⁴⁶ Véase por ejemplo PINO, 2025, p. 111.

⁴⁷ Véase MONTIEL, 2017, pp. 13, 34 s., y *passim*, quien frente a la garantía de previsibilidad o seguridad jurídica enfatiza el principio democrático como fundamento central del derecho a la legalidad sancionadora.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, § 4/26, pág. 330.

rio de los términos de aquél»⁴⁹. Pero cabría poner en duda esa conclusión si el dique –más o menos sólido– que representan las palabras de la ley se abandona en favor de esa razonabilidad axiológica y teleológica. En efecto, si el criterio de lo que se considera razonable y, por ello, previsible, viene fundado en presupuestos o expectativas preventivas o valorativas del intérprete –sobre lo que, a juicio de ese intérprete, «debe» decir el precepto penal–, entonces el significado de las palabras de la ley carecerá de verdadera relevancia para su aplicación; es más, podrá llegar a ser un obstáculo a la finalidad de alcanzar esa exégesis «razonable».

V. ¿LIMITACIÓN DEL *IUS PUNIENDI* COMO FINALIDAD DE LA DOGMÁTICA?

Un aspecto adicional en esta discusión es el papel de «contrapoder» que se (auto)atribuye la dogmática penal⁵⁰. En el conflicto entre los principios tradicionalmente asociados al derecho a la legalidad –la seguridad jurídica y el respeto a las palabras del legislador– y la solución considerada valorativamente correcta, el sector doctrinal partidario de un papel transformador o creador de la ley optará por esta última, aún a costa del sacrificio de los citados principios, y esa solución será, por lo general, más correcta cuanto más restrinja la acción del *ius puniendi*⁵¹. En palabras de Robles, «la letra de la ley puede ofrecer elementos de interés para la construcción del sistema dogmático, si bien lo que en última instancia persigue la dogmática con la conformación del sistema no lo otorga la ley *per se*: la idea de justicia»⁵².

Simplificando quizá en exceso, podría decirse que mientras esta segunda línea doctrinal considera que el valor esencial a alcanzar por la dogmática es la seguridad jurídica –y, con ello, la previsibilidad de la aplicación del Derecho–, para el primer sector doctrinal la aspiración última de la dogmática es la justicia material en la aplicación de las leyes penales⁵³.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 393.

⁵⁰ ROBLES PLANAS, 2025, p. 1256, citando a Schünemann: la dogmática como «cuarto poder del Estado».

⁵¹ Como en sentido semejante afirma ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, p. 181, «en realidad, el compromiso del penalista académico no es con el principio democrático o la separación de poderes, sino con la limitación del poder punitivo del Estado».

⁵² ROBLES, 2023, p. 376. O bien, p. 375: «es necesario abandonar la perspectiva según la cual la dogmática se entiende únicamente como la ciencia de los textos legales [...] su objeto es más amplio: las decisiones jurídicamente correctas».

⁵³ ATIENZA, 2025, p. 50, destacando la «contraposición clásica entre quienes conciben la jurisprudencia como una actividad encaminada esencialmente a lograr la seguridad jurídica (la aplicación cierta

Esa pretensión de limitar el poder punitivo del Estado, bajo la perspectiva del *favor libertatis*, puede considerarse perfectamente legítima, por lo que es razonable que se erija en uno de los criterios de interpretación a ponderar por el intérprete. Principios constitucionalizados como la analogía a favor del reo abonan su legitimidad. Ahora bien, a mi entender solo lo será cuando existan dudas de interpretación, pudiendo en tal caso optarse por una interpretación restrictiva de los tipos penales –o una extensiva de las circunstancias de exención o atenuación–⁵⁴. Mucho más discutible será el uso de un criterio exegético limitativo de lo punible cuando se pretenda ir *praeter* o incluso *contra legem* (si se prefiere: cuando se vaya más allá del programa político-criminal plasmado por el legislador en la ley), por cuanto en tales casos la interpretación entrará en colisión con el Estado de Derecho y el principio democrático. En este sentido, a la hora de interpretar la ley, el juez se hallará en una encrucijada axiológica, teniendo que efectuar un complejo ejercicio de ponderación entre valores contrapuestos⁵⁵ como el principio democrático –con el sometimiento a las palabras del legislador– o la maximización de la libertad del ciudadano, y sin perder de vista otros fines como, por ejemplo, la protección o satisfacción de las víctimas⁵⁶.

La discusión sobre los límites a la recreación político-criminal de la ley se plasma en el alcance que pretenda asignarse a la figura de la reducción teleológica, método de desarrollo judicial del Derecho consistente en excluir de la aplicación de un precepto un caso o conjunto de casos que entrarían claramente dentro de su tenor literal en virtud de argumentos basados en la finalidad de la norma⁵⁷. Desde la óptica del respeto a las palabras de la ley penal, la reducción teleológica opera de modo inverso a la analogía: si en ésta el intérprete aplica la ley a supuestos que quedan fuera de su marco de sentido –de su tenor literal–, yendo con ello más allá de lo previsto por el Legislador, en la reducción teleológica el intérprete excluye del ámbito de aplicación de la norma un caso que, si bien encaja en el tenor literal del tipo, resulta contrario al fin de la norma o a otros principios que, según el intérprete, han de informar el sistema. La cuestión que se plantea con el uso de la reducción teleológica es,

de las normas) y quienes ponen el acento más bien en la justicia material (en valores de tipo no puramente formal)».

⁵⁴ FERRAJOLI, 1995, p. 105.

⁵⁵ Véase PINO, 2025, pp. 160 ss., refiriéndose a este orden de decisiones como meta-argumentos interpretativos de índole ideológica; al igual que también lo sería la opción, antes aludida en el texto, de dar mayor peso al criterio gramatical y sistemático frente al teleológico, o bien asignar a este último el mayor peso en la labor exegética.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, § 4/101, p. 365.

⁵⁷ Véase LARENZ, 1994, pp. 285 ss.

en otras palabras, si el intérprete puede crear espacios de impunidad no previstos expresamente por la ley⁵⁸.

A mi modo de ver, el método interpretativo de la reducción teleológica puede ser admisible en aquellos casos en los que la aplicación de la ley al caso pueda generar un resultado palmariamente absurdo y manifiestamente incompatible con el fin perseguido por la ley⁵⁹ o con los derechos fundamentales⁶⁰. Pero no cuando el intérprete pervierte el programa político-criminal que se desprende de la ley, introduciendo restricciones al ámbito de la tipicidad a partir de parámetros axiológicos o teleológicos contrarios a los asumidos por el legislador.

Esta rechazable interpretación reductora se dará, por ejemplo, cuando se introduzcan cláusulas de lesividad no previstas por la ley, como la vocación de un sector doctrinal de reconducir los tipos de peligro abstracto a estructuras de peligro concreto. Pongamos un supuesto concreto –que podría considerarse extremo pero que, sin embargo, dista mucho de ser de laboratorio–. El artículo 532 del Código Penal sanciona con pena de uno a tres años la tenencia de armas prohibidas. Si atendemos al fin genérico de protección de bienes jurídicos, y a los principios de lesividad y proporcionalidad, podría concluirse que castigar la mera tenencia de armas prohibidas con una pena de hasta tres años de prisión resulta desproporcionado, pues en dicha conducta típica no sea aprecia un mínimo de peligro para intereses personales que justifique el uso de la sanción penal. De ello podría concluirse que el tipo penal solo ha de ser aplicable cuando la tenencia del arma se produzca en condiciones o circunstancias que, en el caso concreto, la conviertan en especialmente peligrosa para tales intereses.

Como es sabido, esta reducción teleológica es la que acogió el Tribunal Constitucional en su STC 24/2004, de 24 de febrero, resolviendo una cuestión de constitucionalidad. La duda de constitucionalidad estaba plenamente justificada, y atendía realmente al incumplimiento de las exigencias que la doctrina constitucional impone a las normas penales en blanco; en particular, que el tipo penal incorpore el núcleo de lo prohibido. Exigencia manifiestamente insatisfecha por el precepto en cuestión toda vez que la concreción de la prohi-

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, § 6/94, p. 483.

⁵⁹ Esa parece ser la concepción que maneja GARCÍA AMADO, 2016, de este criterio: «El argumento de reducción teleológica vale para justificar la no aplicación de una norma a unos hechos que, con arreglo al tenor literal o al significado evidente del enunciado normativo, claramente caen bajo el supuesto de hecho de tal norma. Es, por tanto, un argumento mediante el que se da razón de una excepción en la aplicación de la norma. Tal excepción queda justificada porque, bajo el punto de vista de la finalidad de esa norma, resultaría palmariamente absurdo el resultado de dicha aplicación en este concreto caso».

⁶⁰ Estaríamos ante lo que se ha denominado interpretación conforme con la Constitución. Véase ampliamente KUHLEN, 2012.

bición se remitía a un catálogo administrativo. En lugar de declarar la inconstitucionalidad del precepto y expulsarlo del ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional opta por acudir a una sentencia interpretativa, si bien incurriendo en un claro exceso al enmendar el papel del legislador⁶¹.

Me barrunto que los partidarios de una dogmática creadora, que suelen reprochar al Tribunal Constitucional una excesiva deferencia hacia la ley⁶², se mostrarían de acuerdo con dicha sentencia interpretativa, y también que considerarían legitimada a la jurisdicción ordinaria para acoger reducciones teleológicas como la empleada por el Tribunal de garantías en ese pronunciamiento⁶³.

VI. LA SOBRECONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEY PENAL

Ciertamente, la invocación de la Constitución opera como patente de corso para la reconstrucción político-criminal de la ley penal por el intérprete: basta apelar a su constitucionalidad para que la introducción de valores y fines incluso opuestos a los acogidos por el legislador resulte admisible. En este aspecto se advierten ciertas coincidencias entre los planteamientos de la dogmática creadora y los de las corrientes neoconstitucionalistas, que abogan por un creacionismo judicial dirigido a convertir toda exégesis legal en interpretación constitucional⁶⁴.

Tales coincidencias se aprecian al menos desde dos elementos característicos de las propuestas neoconstitucionalistas. En primer lugar, la «sobreinterpretación» de la Constitución⁶⁵: una interpretación extensiva del texto constitucional mediante la que, partiendo de entender los derechos y valores constitucionales como principios –y no como reglas– y mediante la técnica de la ponderación, la aplicación de las leyes termina por convertirse en un juicio sobre la corrección (constitucional) de la ley, aun a costa de desfigurar su con-

⁶¹ Así lo entendieron, de hecho, los cuatro magistrados firmantes de los dos votos particulares que se incorporaron a la sentencia, en los que se reprocha al voto mayoritario arrogarse «tareas propias de un legislador positivo que sin duda resultan ajenas a su específica esfera de competencias». Sobre algunas críticas a dicha sentencia, remito a ALCÁCER GUIRAO, 2010, pp. 38 ss.

⁶² ROBLES PLANAS, 2025, p. 1250.

⁶³ Véase por ejemplo PASTOR MUÑOZ, 2005, pp. 83, 107, quien propone una restricción teleológica del artículo 563 CP que va incluso más allá de la del Tribunal Constitucional.

⁶⁴ En palabras de PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 132, en este constitucionalismo fuerte, «todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos». De ese modo «la normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones» (pp. 131-132).

⁶⁵ GUASTINI, 2003, p. 53.

tenido⁶⁶. En segundo lugar, una fuerte inclinación por el «judicialismo»⁶⁷, el «activismo» o el «creacionismo judicial»⁶⁸. En palabras de Gascón Abellán, si este modelo puede denominarse judicialista «es porque en él son los jueces quienes desempeñan un papel fundamental en la concreción de las normas que configuran el sistema: sobre todo el juez constitucional a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley, pero también los jueces ordinarios, que pueden aplicar la constitución en detrimento de la ley si fuera necesario»⁶⁹.

Con esa sobreconstitucionalización de la ley se da carta de naturaleza, como decimos, a la introducción de una fuerte carga axiológica en la interpretación judicial –y dogmática–, quedando además legitimado el intérprete para forzar las palabras de la ley si ello es necesario para construir una norma constitucionalmente conforme –o valorativamente correcta–. Ello conllevará necesariamente un mayor protagonismo de los jueces, «que de mudos ejecutores de la ley se han convertido en instancias críticas de la voluntad legislativa a partir de una interpretación constitucional que [...] tiene mucho que ver con el razonamiento moral»⁷⁰, y cuya labor se aleja cada vez más del proceso subsuntivo para acudir a la ponderación de principios, lo que conllevará una aplicación de la ley más «dúctil» y un mayor margen de discrecionalidad⁷¹.

El mayor protagonismo judicial inherente a esta concepción conlleva inevitablemente un menoscabo del valor de la ley como fuente del Derecho⁷², toda vez que la vinculación del juez a la ley queda atenuada en favor de los principios constitucionales⁷³. Más allá de la erosión del principio democráti-

⁶⁶ GUASTINI, 2003, p. 63: «los principios no tienen un campo de aplicación determinado de una vez por todas: al contrario, son capaces de generar una cantidad innumerable de normas ulteriores. El resultado de esta postura interpretativa es, por tanto, una Constitución tendencialmente “completa”, es decir, conteniendo normas idóneas para decidir cualquier controversia (especialmente, cualquier controversia relativa a la legitimidad constitucional de las leyes)». Véase también LAPORTA, 2007, p. 159, quien habla críticamente de una «sobreconstitucionalización» de la ley.

⁶⁷ «Judicialismo neoconstitucionalista» lo denomina PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 467, pp. 471 ss. De modo semejante, HERNÁNDEZ GARCÍA, 2019, p. 156, se refiere críticamente a esta concepción como «juristocracia».

⁶⁸ FERRAJOLI, 2025, pp. 21 ss. CARBONELL MATEU, 2003, p. 12, destaca la «fuerte impregnación judicialista» inherente a los postulados neoconstitucionalistas.

⁶⁹ GASCÓN ABELLÁN, 2016, p. 206.

⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 467.

⁷¹ GARCÍA FIGUEROA, 2003, pp. 168, 171.

⁷² GARCÍA FIGUEROA, 2003, p. 167: la consecuencia más importante del sistema jurídico constitucionalizado en la relación de fuerzas de los poderes del Estado es «la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el Legislativo hacia el Judicial».

⁷³ La descripción que hace HERNÁNDEZ GARCÍA, 2019, p. 155, se acomoda perfectamente a esa concepción: «El derecho ya no se deposita en la caja fuerte de la norma, sino que es el resultado de su aplicación a los casos concretos mediante, muchas veces, operaciones que bajo la apariencia de juricidad responden a auténticos actos de creación de nuevo de derecho y, también, de nuevos derechos iusfundamentales. Y, por tanto, del aumento del espectro de constitucionalidad».

co⁷⁴, el precio a pagar con dicho creacionismo judicial y dogmático es un incremento de la inseguridad jurídica y de la previsibilidad de la aplicación del Derecho —exigencias tradicionalmente impuestas a la labor del legislador—, dado que la subsunción del caso en la norma, lógicamente tras el inevitable proceso de interpretación «de la ley», cede tendencialmente en favor de la lógica de la ponderación inherente a los principios, a la que el juez puede y debe acudir a fin de realizar una aplicación «constitucional» de la ley, la cual, ante la enorme vaguedad del propio texto constitucional, se tornará muchas veces en la propia concepción valorativa del intérprete (o la comunidad de interpretación) sobre principios de difusa o dudosa constitucionalización como los de lesividad, culpabilidad o ultima ratio⁷⁵. El riesgo de este modelo es, en definitiva, que se otorga legitimidad al juez para sustituir la ponderación de fines y principios que ya ha realizado el legislador por otra que él considere más acorde a la resolución del caso concreto⁷⁶.

El limitado marco de este merecidísimo libro de homenaje me obliga a concluir de modo abrupto, limitándome a enunciar la necesidad de acoger un «principio de moderación interpretativa»⁷⁷ que restaure una mayor deferencia a la ley. Quiero pensar que mi admirado Enrique Peñaranda se mostraría de acuerdo con ello.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional*, en Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales, Valencia, 2010, pp. 15 ss.
- ATIENZA, Manuel: *La dogmática jurídica como tecno-praxis*, Lima, 2025.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco: *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*, en Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, 1997, pp. 357 ss.

⁷⁴ En palabras de GASCÓN ABELLÁN, 2016, p. 211, el uso de la ponderación ante la indeterminación del texto constitucional «puede dar pie a la elusión de la legalidad y a minar de este modo el principio democrático y el de separación de poderes en los que se asienta todo el edificio constitucional».

⁷⁵ Con carácter general, MARCILLA CÓRDOBA, 2012, p. 79; GASCÓN ABELLÁN, 2016, pp. 212 ss.

⁷⁶ Advierte GASCÓN ABELLÁN, 2016, p. 213, que «la ponderación es un recurso argumental que —si se me permite la expresión— “se lo pone muy fácil” a los jueces que desean eludir la aplicación de la ley porque consideran injusta la solución que da para el concreto caso que se juzga. Pero de este modo da cobertura a una especie de uso alternativo del Derecho, a un activismo judicial cuyos riesgos son evidentes. Se abandona el gobierno de la ley para adentrarse en un incierto gobierno de los jueces». Crítico también HERNÁNDEZ GARCÍA, 2019, p. 155-156.

⁷⁷ PINO, 2025, p. 169.

- CARBONELL, Miguel: *Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo*, en Neoconstitucionalismo(s), Madrid, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 23-02, 2021, pp. 1 ss.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.
- *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Neoconstitucionalismo(s), Madrid, 2003.
- *Contra el creacionismo judicial*, Lima, 2025.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *La interpretación y sus argumentos (IV): argumentos teleológico y sistemático*, Almacén de Derecho, 21 de marzo de 2016.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo*, en Neoconstitucionalismo(s), Madrid, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Interpretación de la Constitución: ¿gobierno de los jueces?*, Teoría y Derecho, núm. 20, 2016, p. 206.
- GUASTINI, Riccardo: *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Neoconstitucionalismo(s), Madrid, 2003.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Joaquín: *Jurisdicción e incertidumbre: algunas notas*, en Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez, 2019.
- KUHLEN, Lothar: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, 2012.
- LAPORTA, Francisco J.: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, 1994.
- MANRIQUE, María Laura; NAVARRO, Pablo E. y PERALTA, José M.: *La ley penal y la autoridad de la dogmática*, Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, núm. 31, 2017.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema: *Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal*, en Constitución y sistema penal, Madrid, 2012.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía y VIANA BALLESTER, Carlos: *Presentación: la erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo*, Teoría y Derecho, núm. 38, 2025.
- MIR PUIG, Santiago: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994.
- MONTIEL, Juan Pablo: *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, 2012.
- *Estructuras analíticas del principio de legalidad*, InDret, núm. 1, 2017.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: *¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal*, en La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, Madrid, 2012, p. 173 ss.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, 2005.

- PINO, Giorgio: *Jueces, legalidad e interpretación*, Lima, 2025.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003.
- *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 44, 2010, pp. 467 ss.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, núm. 2, 2010, pp. 134 ss.
- *Sobre política criminal y dogmática. Un diálogo con Díez Ripollés*, Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés, Valencia, 2023, pp. 366 ss.
- *Sobre el concepto constitucional de delito*, Estudios Penales en Homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, 2025, pp. 1247 ss.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, 1997.
- *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Buenos Aires, 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *La política criminal y el sistema de Derecho penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 3, 1991, pp. 693 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992.
- *Sobre la interpretación teleológica en Derecho penal*, en Estudios de Filosofía del Derecho penal, Colombia, 2006, pp. 366 ss.
- *¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)*, InDret, núm. 1, 2007, pp. 1 ss.
- *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2025.

2. CAPACIDAD DE COMPRENDER LA ILICITUD DEL HECHO, MALDAD HUMANA Y PSICOPATÍAS

MERCEDES ALONSO ÁLAMO

Catedrática jubilada de Derecho penal
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

En publicaciones de derecho penal del siglo diecinueve hallamos frecuentes referencias a la maldad del autor¹. En menor medida, hallamos también referencias a la maldad en escritos aparecidos en el siglo veinte². Con el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, sin embargo, las referencias a la maldad del autor fueron perdiendo peso, pasando la maldad a tener un interés fundamentalmente criminológico. La maldad importa a la filosofía moral, a la teoría política, a la psicología social... En cambio, en el ámbito estrictamente penal, se diría que la maldad ha tendido a mantenerse en un discreto segundo plano, al menos hasta fechas recientes. La culpabilidad jurídica se ha delimitado con arreglo a criterios alejados de la discusión filosófica sobre la maldad. La imputabilidad, en particular, atiende a datos bio-psicológicos y a la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho y/o para autodirigirse de

¹ Recordemos, por ejemplo, a Silvela quien decía a propósito del ensañamiento que «la mayor maldad» del sujeto justifica una pena más dura, SILVELA, 1879, p. 220, o a Groizard quien hablaba, también a propósito del ensañamiento, de que «...aquí todo es razonada, refinada maldad», GROIZARD, 1902, p. 453.

² En 1949 Antón Oneca precisaba al tratar del ensañamiento: «es la maldad reflexiva, no la brutalidad alocada de un momento emotivo, lo que merece la mayor repulsa y agrava la culpabilidad», ANTÓN ONECA, 1949 (se cita por la edición de 1986), p. 394.

acuerdo con dicha comprensión. La maldad se presenta, a lo sumo, como una cualidad del sujeto que se manifiesta en determinados casos.

Uno de los supuestos en que no se ha dejado de hacer referencia a la maldad del autor es el de las psicopatías. Y, dado que estas han sido un campo de interés de Enrique Peñaranda en sus publicaciones, me complace escribir en su homenaje sobre la relevancia penal de las psicopatías y, en general, sobre las relaciones del derecho penal con el problema de la maldad humana. Además, hay razones que aconsejan reflexionar hoy desde el derecho penal sobre la maldad. En los últimos tiempos, el problema de la maldad ha retornado al ámbito jurídico, singularmente al jurisprudencial, en sentencias que, a propósito de crímenes horrendos, se esfuerzan por diferenciar la maldad de las enfermedades mentales, afirmando la imputabilidad del sujeto que al tiempo del hecho es capaz de *conocer* la ilicitud de su comportamiento y autodirigirse normalmente. En ellas, el sujeto es considerado como si fuera la encarnación de la pura maldad. Pero, ese sujeto capaz de conocer la ilicitud, ¿era realmente capaz de comprenderla?, y ¿de dónde procede su maldad?

Al hilo del desarrollo jurisprudencial, queremos reflexionar aquí acerca de si determinadas manifestaciones extremas de la maldad humana pueden ser expresión de una anomalía psíquica que impida o dificulte al sujeto *comprender* la ilicitud de su acción o autodirigirse normalmente, aunque mantenga su capacidad *cognoscitiva* intacta. Es decir, queremos indagar sobre los posibles matices diferenciales entre conocer y comprender, y en cómo ello puede incidir en nuestra intelección de la maldad humana. Pues, recordemos, comprender, no conocer, es lo que exigen las fórmulas legales del artículo 20 del Código penal atinentes a la inimputabilidad.

II. RAÍCES ANTROPOLÓGICAS DE LA MALDAD HUMANA... Y ALGO MÁS

Desde la filosofía moral y la teoría política se han dado diferentes respuestas a la cuestión de la maldad humana y, en particular, a la de las raíces antropológicas del mal moral. Aquí no podemos ocuparnos de esta cuestión en profundidad. Pero sí podemos recordar, con Bonete Perales, que las diferentes respuestas al problema del mal se pueden reconducir a dos grandes líneas de reflexión: la de quienes conectan la maldad a las pasiones desbocadas (Platón, Séneca, Juan Luis Vives, Spinoza, Rousseau, Schopenhauer, Von Hilde-

brand...), y la de quienes la conectan o enlazan con la libertad (Agustín de Hipona, Kant...) ³.

A efectos penales, cualquiera que sea la fuente del mal moral, la pasión o la libertad, lo que importa es detectar aquellos casos en que la maldad del sujeto no es propiamente suya, sea porque presente un déficit de libertad que lo esclaviza, sea porque esté dominado por la pasión, pues también la pasión desbocada informa sobre un déficit de voluntad. La cuestión es, por tanto, cómo abordar el problema de la maldad humana manifestada en la realización de un hecho típico, habida cuenta de la fragilidad de la naturaleza humana y de la propensión al mal ⁴. Y a tal efecto, con independencia de que la voluntad sea la causa del mal moral o de que lo sean las pasiones desbocadas, lo que importa es esclarecer si concurre en el sujeto una causa deficiente a la que no se ha podido sustraer, si concurren en él al tiempo del hecho factores, incluidas las pasiones desbocadas, que han mermado o excluido su libertad. Indagar hasta qué punto la imputabilidad y, por ende, la culpabilidad personal se halla afectada por condicionamientos poderosos que se manifiestan en la acción realizada con maldad extrema, eso es lo que interesa desde la perspectiva del derecho penal.

Esto es así cualquiera que sea la concepción de la culpabilidad de la que se parta. Todas convienen en la necesidad de atender a los diferentes condicionamientos del sujeto al tiempo del hecho. Claramente esto es así si partimos de una concepción personal de la culpabilidad fundada en la libertad de la voluntad. El juicio de culpabilidad es un juicio de imputación subjetiva, personal, en el que hay que atender a factores caracterológicos, biológicos, psicológicos, educativos, culturales, sociales, económicos, etc. ⁵, pues factores internos y

³ BONETE PERALES, 2017, pp. 24 ss. y 27 ss.

⁴ Sobre la fragilidad de la naturaleza humana como uno de los aspectos o grados de la propensión al mal, KANT, 1981, pp. 38 ss.

⁵ La posición que mantenemos parte de la existencia de la voluntad libre en sentido fuerte (es decir, no restringida al dato antropológico de la espontaneidad del comportamiento humano, sino como voluntad de querer lo que queremos), pero reconoce a la vez los múltiples condicionamientos del sujeto que cumple un tipo penal. La imagen del hombre como ser dotado de libertad, aunque condicionado, e incluso muy condicionado, es una imagen que, en contra de lo que a veces se ha sostenido, no entra en contradicción con los avances de la ciencia. Las neurociencias no han probado, pero tampoco refutado, la existencia de la libertad de la voluntad en sentido fuerte, por lo que se puede decir, con Libet: «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», LIBET, B., 2012, pp. 217 y 228 ss. La fundamentación de la culpabilidad en la libertad de la voluntad en sentido fuerte no está en pugna con la ciencia, sino dentro del marco de la «opción científica» que Libet considera preferible. Más ampliamente sobre ello, ALONSO ÁLAMO, 2024, pp. 255 ss.

externos moldean el cerebro y determinan los pensamientos, los sentimientos y la acción⁶.

Entonces, ¿qué sentido tiene hablar de la maldad humana cuando de un problema de imputabilidad se trata? ¿no debería bastar con responder a la cuestión de si el sujeto que presenta una base psicopatológica realmente fue capaz de *comprender* el significado antijurídico de su acción y autodirigirse de acuerdo con dicha comprensión?

III. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD Y MALDAD HUMANA: EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LA MALDAD HUMANA. A LA VEZ, ESTUDIO CRÍTICO DE LA DOCTRINA QUE REDUCE LA CAPACIDAD DE COMPRENSIÓN A CAPACIDAD DE CONOCIMIENTO

En comentario a tres sentencias de las que el mismo ha sido ponente, afirma Magro Servet que «la maldad humana existe» y que «que el autor de un delito lo cometa en circunstancias de extrema gravedad no quiere decir que sufra directamente una enfermedad mental que le haya anulado la conciencia y voluntad a la hora de cometer el delito»⁷.

No podemos más que estar de acuerdo con estas afirmaciones. Claro que la maldad humana existe –no hay más que mirar alrededor y a uno mismo– y claro que no hay que establecer *a priori* una correlación entre la extrema maldad reflejada en el hecho y la enfermedad mental, aunque intuitivamente parece que cierta correspondencia pueda haber. Puede haber maldad sin enfermedad mental, como puede haber enfermedad mental sin maldad y, por supuesto, sin que el sujeto cometa un hecho delictivo.

Pero la cuestión a resolver a efectos penales es si la maldad de quien ha realizado una acción subsumible en un tipo penal –y en particular la maldad extrema manifestada en el hecho– puede retrotraerse a causas (biológicas, fisiológicas, neurológicas, psicológicas, ambientales, educativas...) a las que el sujeto no se pudo sustraer, y que condicionaron decisivamente su actuar, incluso si actuó conociendo la prohibición. Es decir, la cuestión a resolver es si la maldad del sujeto reflejada en el hecho responde a causas y/o a condicionamientos que afectan a su culpabilidad jurídica, aun cuando no concurra en él

⁶ Desde la psicología social, ZIMBARDO, 2012, pp. 23 ss. Sobre el aprendizaje social de la violencia, ARIAS ORDUÑA, 2007, pp. 415 ss. Sobre teorías instintivas de la agresión y teorías del aprendizaje de la agresión, LAMBERTH, 1989, pp. 356 ss.

⁷ MAGRO SERVET, La Ley Penal, 2024, p. 1. El mismo, Diario La Ley, 2025, pp. 1 ss.

una genuina enfermedad mental del tipo de las psicosis (aunque sí alguna anomalía o alteración psíquica) y aun cuando mantenga su capacidad cognoscitiva. La cuestión es, en definitiva, si determinadas *alteraciones o anomalías psíquicas* incapacitan al sujeto al tiempo del hecho, si no para conocer, sí para *comprender* la ilicitud o para autodirigirse normalmente de acuerdo con dicha comprensión. Pues puede suceder que el sujeto no sea capaz de comprender (en el sentido de entender entendiendo) la prohibición, por incapacidad de valorar y evaluar correctamente, aunque sea capaz de conocerla, como, por ejemplo, en el caso del sujeto amoral, ciego a los valores, incapaz de hacer suyos los valores del derecho, pero que mantiene su capacidad cognoscitiva intacta. Comprender, no conocer, es lo que exige el código penal español en el artículo 20. 1.^a⁸, aunque esta distinción –que no es puramente terminológica– no sea por lo general atendida. En consecuencia, la cuestión es cómo se aborde no solo la base psicopatológica sino también el segundo elemento propio de las fórmulas mixtas de las causas de inimputabilidad, es decir, la capacidad de comprensión y autodirección, y esta cuestión está necesitada de reconsideración.

En determinadas situaciones, no parece descabellado pensar que la culpabilidad personal del sujeto que realiza un hecho brutal, considerado manifestación de su maldad, se halla tocada, y que su acción no es tan «suya» como a primera vista puede parecer. Esto no quiere decir que en la acción cruel de cualquier psicópata (para empezar, habría que diferenciar entre los diversos tipos de psicopatías, como luego se dirá), o de cualquiera que presente un trastorno de la personalidad, o un trastorno por adicciones, la culpabilidad haya de estar siempre afectada. Solo quiere decir que puede estarlo, especialmente si concurren varios trastornos, y que la cuestión no puede resolverse constatando que la extrema maldad existe, que no siempre es reconducible a una enfermedad mental, y que el sujeto mantenía intacta su capacidad cognoscitiva y volitiva. La intelección de la capacidad de comprensión como capacidad de conocer (desconociéndose que se puede conocer y no comprender) y un entendimiento laxo de la capacidad de querer, viene conduciendo a afirmar la culpabilidad del autor sin atender a los importantes matices que la culpabilidad personal reclama.

Al derecho penal de la culpabilidad (individual y personal, pero también a la culpabilidad general y/o social) le debería importar algo más que la capacidad de conocer y querer del autor. La realización de un hecho en circunstancias de maldad extrema obliga a plantear la pregunta acerca de qué ocurre en

⁸ Sobre ello ya ALONSO ÁLAMO, Cuadernos de Política Criminal, 2018, pp. 31 ss.

el cerebro de un sujeto que actúa así, y en el que, al menos intuitivamente, parece que no todo está en orden.

La exigencia legal de una anomalía o alteración psíquica que incapacite al sujeto para *comprender* la ilicitud y/o autodirigirse de acuerdo con dicha comprensión (al igual que se exige en otros supuestos de inimputabilidad del artículo 20 del código penal) viene traducéndose en la práctica jurisprudencial en capacidad de *conocer* la ilicitud (cuando no la realidad, como se dice en alguna sentencia que luego veremos). Ello trae consigo lo que se refleja en reiterada doctrina jurisprudencial: que si de la prueba pericial se deriva que el sujeto conocía la ilicitud y podía actuar conforme a dicho conocimiento se le considera imputable toda vez que ¡la maldad humana existe! Es decir, se identifica, equivocadamente en nuestra opinión, *conocer* con *comprender*.

En las sentencias que vamos a referir, el Tribunal Supremo se ocupa de casos en los que se constata la maldad del autor y... se afirma su culpabilidad jurídico penal. En todos ellos se realizan crímenes horrendos, como vamos a tratar de sintetizar. Y, en todos ellos, el Tribunal del Jurado había concluido, a la vista de las pruebas practicadas, que en los acusados no concurría al tiempo de los hechos una afectación mental que les impidiera conocer el injusto y querer su realización.

1. En la Sentencia del Tribunal Supremo 513/2022, de 26 de mayo, una persona, que recibía tratamiento psicológico y psiquiátrico en una Unidad de Conductas Adictivas, asesina a su hermano en su propia casa, espera a la madre a quien apuñala de forma sorpresiva cuando entra en la vivienda y, tras estos crímenes, espera al padre a quien asesina de la misma manera. El acusado fue condenado como autor de tres delitos de asesinato con alevosía con la agravante de parentesco y, en uno de los casos, con ensañamiento. Se trata, dice la sentencia, «de un acto de una crueldad absoluta en el que concurren circunstancias especiales que avalan la perversidad del acto de matar del recurrente ...».

El Jurado declaró no probado que el acusado sufriera un trastorno mental transitorio que le impidiera comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a esa comprensión. Manifiesta, de acuerdo con el informe forense, que no hay signos objetivos de afectación de las capacidades intelectivas y volitivas debido al consumo de alcohol u otras drogas. Y destaca también la sangre fría del acusado (intenta limpiar la escena del crimen, come, dobla la ropa).

La defensa del acusado alega indefensión por denegación de práctica de las pruebas solicitadas para conocer la situación psíquica del acusado en el momen-

to de cometer los hechos, «así como la influencia que en la misma pudo suponer la ingesta de alcohol y drogas junto a la medicación que estaba tomando».

El Tribunal Supremo, adhiriéndose a lo que había sostenido el Tribunal Superior de Justicia en su momento, considera innecesarias e inútiles tales pruebas (nada añadirían «a la prueba que se practicó en el plenario y cuyo objeto y fuerza acreditativa permitió al Tribunal del Jurado dirimir con conocimiento suficiente el estado del acusado»). E insiste en «la conciencia y voluntad del recurrente al momento de ejecutar los actos delictivos» y en que los médicos forenses «no apreciaban en el acusado afectación de la inteligencia y de la voluntad en relación con los hechos investigados».

La sentencia concluye con un alegato sobre la maldad de algunos seres humanos: «...sin que pueda llegar a entenderse que este tipo de actos solo puede concebirse desde la afectación mental, ya que la crueldad descriptiva de los hechos se describe desde la lucidez y voluntad con que se actúa desde un prisma de *pura maldad*».

Ante esta forma de argumentar y proceder, dos son básicamente las cuestiones que se nos plantean a la vista de la citada sentencia. De un lado, ¿qué es lo que puede llevar a un sujeto que es considerado psíquicamente sano a realizar acciones tan crueles? ¿en verdad, está psíquicamente sano? ¿qué sucede en su cerebro? ¿en qué medida su acción puede hallarse condicionada o incluso determinada pese a mantener su capacidad de conocer? Se dice que actúa por pura maldad, pero ¿de dónde procede su maldad? ¿no concurrirá en él alguna causa deficiente? Decir, por ejemplo, que el sujeto obra movido por el odio⁹ no resuelve la cuestión pues, aparte de que el odio puede ser el móvil o el motivo, no la causa, también la causa del odio debería ser indagada, y es posible que remita a los mismos o similares condicionamientos psíquicos. De otro lado, la sentencia señala la importancia de la capacidad cognitiva y volitiva y afirma la capacidad de conocimiento y autodirección del sujeto, cuestión que el Jurado resuelve a partir de las pruebas practicadas. Pero, ¿era el sujeto –medicado, adicto al alcohol y otras drogas, en tratamiento psiquiátrico– realmente capaz de *comprender* la significación antijurídica de sus actos? ¿era capaz de evaluar correctamente el significado normativo de su acción? De responderse afirmativamente a dicha pregunta, ¿era capaz de autodirigirse normalmente? Por otra parte, su actuación fría mantenida durante el proceso de ejecución de los crímenes (limpia, come, dobla la ropa...) ¿no informa sobre una base psicopatológica y sobre un posible déficit de la capacidad volitiva?

⁹ MAGRO SERVET, La Ley Penal, 2024, p. 2.

No podemos dar respuesta aquí a estas cuestiones que el jurado resuelve con apoyo en la prueba pericial afirmando la imputabilidad, pero sí podemos llamar la atención, de un lado, sobre el peso que se da a la capacidad cognoscitiva y volitiva, y no a la efectiva capacidad de *comprensión*, y, de otro lado, sobre la llamativa ausencia de duda del tribunal acerca de si el acusado, que sufría una grave adicción al alcohol y otras drogas, estaba en tratamiento psicológico y psiquiátrico, y medicado, era realmente capaz de *comprender* y/o *autodirigirse normalmente* en el momento decisivo en que realizó los actos criminales; una duda sobre la imputabilidad que si fuera razonable debería haberse resuelto en favor del reo, tal como mantiene jurisprudencia reciente (así, Sentencia del Tribunal Supremo 291/2024, de 21 de marzo, ponente, Hernández García, J.)¹⁰. ¿No es insuficiente resolver el problema penal atendiendo a la capacidad de conocer y querer del acusado, como hace el Jurado haciendo suyo el dictamen pericial? ¿Qué es eso de la actuación por *pura maldad*, que invoca el Tribunal Supremo?

2. En la Sentencia del Tribunal Supremo 300/2023, de 26 de abril, el acusado, con problemas por consumo de alcohol, cannabis y cocaína, con tolerancia a dichas sustancias, y que ha estado en tratamiento en alguna ocasión y acudido a asociaciones de alcohólicos, ataca a su hermana de forma sorpresiva hasta terminar a horcajadas sobre ella tumbada en el suelo boca abajo e inmovilizada, serrándole el cuello con un serrucho de grandes dimensiones. Es condenado por tales hechos por un delito de asesinato con alevosía, ensañamiento y agravante de parentesco. Frente a la alteración psíquica planteada por la defensa, la Sentencia señala: «Consta en la sentencia del tribunal del jurado que éste aprobó por unanimidad que el acusado se encontraba en plenas facultades, como demuestran los diferentes testimonios aportados por los testigos como agentes de la guardia civil, y médicos forenses de lo que se desprende que no tenía ninguna alteración de su capacidad intelectual y volitiva y sabía distinguir entre el bien y el mal». Y continúa: «Recoge la sentencia del tribunal del jurado que se ha apoyado en el criterio del informe médico forense sobre la imputabilidad del acusado y sus rotundas y categóricas conclusiones, ya que

¹⁰ Sobre el viejo debate acerca de si la prueba de la exclusión o disminución de la imputabilidad corresponde a la defensa o a la acusación, sobre la proyección en estos supuestos de la presunción de inocencia y del principio procesal *in dubio pro reo*, y sobre la posibilidad del recurso de casación, MOSQUERA BLANCO, AUGUSTO JAVIER, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2025, pp. 1 ss., FRIEYRO ELÍCEGUI, SOFÍA, *Diario La Ley*, 2015, pp. 1 ss. Ya antes, RAMÍREZ ORTIZ, *Revista Ítalo Española de Derecho Procesal*, 2019, pp. 2 ss. y 26 ss., con examen de la doctrina jurisprudencial. Sobre el cambio jurisprudencial (frente al tradicional rechazo del principio *in dubio pro reo* respecto de eximentes y atenuantes), ETXEBARRIA ZARRABEITIA/ MARTÍNEZ ESCAMILLA/ OLLERO PERÁN, 2024, pp. 60 ss. Crítico, DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2025, pp. 23 ss.

manifestaron en el plenario que hay un parte de asistencia ese día al ser detenido y que el mismo estaba estable, descartando el informe de los peritos de la defensa con una argumentación razonada y razonable para excluir la existencia de circunstancias modificativas que afectaran a su inteligencia y voluntad. Asimismo, también respecto al perito propuesto por la defensa psicólogo general sanitario se recoge que las observaciones del mismo no fueron aceptadas por el jurado y se concluye la situación de normalidad del mismo que no permite la apreciación de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal».

Ante informes discrepantes, la valoración de las pruebas por el jurado de manera razonada decide el destino del acusado. Y esto se realiza sobre la base de los informes que sostienen la capacidad intelectual y volitiva del agente, descartando los informes de los peritos de la defensa. Se decide así no solo sobre la ausencia de la base psicopatológica, sino también sobre la posible afectación de la capacidad de comprensión y autodirección. En su Sentencia, el Tribunal Supremo retoma el alegato sobre la maldad humana, invocando otros casos en que el autor mata a sangre fría y de forma despiadada (sin considerar que ello podría ser más bien indicio de una psicopatología de base), reiterando su doctrina de que la realización de hechos tan antinatura no tiene por qué ser expresión de la inimputabilidad del autor, y recordando que la maldad humana, entendida desde la psicología social como «el daño intencional, planeado y moralmente injustificado que se causa a otras personas...», sencillamente existe. Pero la maldad reflejada en el hecho ¿es la de un sujeto capaz de evaluar correctamente y comprender la ilicitud?

De nuevo la pregunta es obligada: ¿Por qué un sujeto llega a realizar acción tan cruel? ¿bajo qué condicionamientos ha actuado? ¿qué le ha podido llevar a realizar un hecho tan horrible? ¿qué sucede en su cerebro? Distinguía el bien y el mal, pero ¿era realmente capaz de comprender la ilicitud y autodirigirse? La duda vuelve a salir a nuestro encuentro a la vista de informes periciales discrepantes, de las graves adicciones del autor, de que no es lo mismo conocer que comprender... No podemos llegar más lejos. Se nos dice que el jurado decidió de forma razonada y razonable, y, sin embargo, parece que subsiste un margen para la duda, ¿o es que ni siquiera hay duda sobre la posible capacidad limitada de autodirección, sobre la imputabilidad reducida?

3. En la Sentencia del Tribunal Supremo 917/2023, de 14 de diciembre, el problema es semejante. Se trata de un caso en el que el acusado golpea fuertemente en la cabeza con una maza a su mujer mientras duerme para acto seguido degollarla con un cuchillo causando su muerte, haciendo lo mismo a continuación con su hija. Fue condenado como autor de dos delitos de asesina-

to con alevosía, con las agravantes de parentesco y de género y la atenuante analógica de confesión.

Se desestima la alteración psíquica y se rechaza la apreciación de la «eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica por enfermedad mental» por cuanto el acusado «al momento de los hechos no presentaba alteraciones significativas de sus facultades intelectivas ni volitivas, por lo que podía conocer la realidad y actuar conforme a su voluntad libremente formada». Se presentan, sin embargo, en el caso informes periciales discrepantes, que se confrontan, «descartando el jurado la existencia de una afectación del recurrente que impidiera tener conciencia y conocimiento de lo que estaba llevando a cabo, concluyendo que no existían circunstancias reveladoras de que en el momento de los hechos tuviera afectada sus capacidades para interpretar la realidad y comprender la ilicitud de su conducta y actuar libremente conforme dicho conocimiento, por lo que lo que se lleva a cabo es descartar el contenido de una pericia y aceptar otra...». La preeminencia que el jurado otorga a uno de los informes, debidamente motivada, es confirmada por el Tribunal Superior de Justicia.

El jurado afirma las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto, haciendo reiterada referencia a la capacidad de conocer la realidad, lo que, unido a la brutalidad manifestada en la forma de ejecución, da pie de nuevo al Tribunal Supremo para realizar su alegato sobre la maldad y desvincularla de las psicosis («los expertos en psiquiatría destacan que el mal no es una categoría psicótica, sino que simplemente se refiere a personas que cometen un delito, asumiendo la maldad del hecho con conocimiento y voluntad de causarlo...»).

Pero no solo las psicosis son relevantes a efectos de imputabilidad. Y algo más que asumir la maldad de quien actúa «con conocimiento y voluntad de causarlo» (el hecho), debería ser necesario para afirmar la culpabilidad jurídica, a saber, la capacidad del sujeto al tiempo del hecho para hacer suyos los valores del derecho, lo que pasa por indagar sobre la base psicopatológica y sobre la efectiva capacidad de *comprensión* (no solo de conocer la ilicitud y... la realidad, que es en lo que insiste la sentencia) y/o autodirección.

4. La afirmación de la imputabilidad del sujeto en las tres sentencias mencionadas remite a la reiterada identificación de conocimiento y comprensión. La doctrina jurisprudencial y el alegato sobre la maldad acaso puedan explicarse por la resistencia a que crímenes tan horribles como los descritos queden impunes o reciban una pena atenuada, o den lugar a una medida de seguridad en el caso de que pudiera establecerse la peligrosidad del autor y la alta probabilidad de que volvería a delinquir. Si detrás de la reiterada doctrina jurisprudencial se hallara la idea de que el derecho penal no puede dejar de

reaccionar ante crímenes tan repugnantes, implícitamente se estaría aceptando que no se atiende a la culpabilidad del sujeto concreto con sus circunstancias, sino a razones de conveniencia o utilidad. Esto es, se transitaría sutilmente hacia un escenario en el que prima la atención a las consecuencias de la decisión más que a la propia culpabilidad del sujeto al tiempo del hecho. El pago de semejante precio, que implica el sacrificio de la ausente o atenuada culpabilidad personal en el altar de la utilidad, no está, a mi juicio, justificado.

Claro que la maldad humana existe y se manifiesta con relativa frecuencia. Podríamos convenir, con Safranski, que la maldad es el precio de la libertad¹¹. Pero el problema es delimitar aquellos casos en que la maldad no es hija de la libertad, o no lo es del todo. Sucede esto si quien realiza una acción típica padece una genuina enfermedad mental del tipo de las psicosis, pero también cuando concurren en él otros trastornos que le impiden *comprender* la ilicitud o determinarse de acuerdo con dicha comprensión, casos en que la libertad está condicionada o muy condicionada y en los que la culpabilidad puede estar excluida o atenuada. Dice Viktor Frankl en «El hombre en busca de sentido»: «La bondad humana se encuentra en todos los grupos, incluso en aquellos que, en términos generales, merecen ser condenados», y veía bondad en algunos de los guardias del campo de concentración¹². Parafraseando a Viktor Frankl, podemos decir que la maldad humana se encuentra en todos los grupos y en todas las personas, incluso en aquellas que merecen ser absueltas en atención a su personal, individual, incapacidad de comprender el injusto por lo que la maldad no es tan «suya» como parece. Al igual que las anomalías o alteraciones psíquicas pueden propiciar la creación artística y dar lugar a obras geniales, las mismas pueden propiciar la comisión de un delito; en tal caso, deben ser atendidas penalmente siempre que afecten a la capacidad de *comprensión* y/o de autodirección del sujeto. Veámoslo a propósito del complejo problema de las psicopatías.

IV. MALDAD Y PSICOPATÍAS

En el caso particular de las psicopatías, nos enfrentamos a una realidad compleja que a veces se relaciona con el trastorno antisocial de la personalidad¹³. La psicopatía ha sido caracterizada como un constructo no unitario en

¹¹ SAFRANSKI, 2020, p. 13.

¹² FRANKL, 2024, p. 119.

¹³ AGUILAR CÁRCELES, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017, pp. 4 ss., PEÑARANDA RAMOS/ PUENTE RODRÍGUEZ, 2019, pp. 150 ss. Sobre las dificultades en la delimitación del con-

el que es preciso diferenciar desde el punto de vista etiológico entre psicopatías primarias y secundarias. Un rasgo del psicópata primario es la incapacidad para hacer suyos los valores morales y éticos, y para comprender los sentimientos y derechos de los demás (el psicópata secundario, en cambio, se caracteriza por la falta de adaptación emocional originada por factores diversos)¹⁴.

Dada la complejidad del fenómeno de las psicopatías, no puede abordarse de forma general e indiferenciada la cuestión de la respuesta penal procedente en el caso de comisión de un delito por un psicópata, sino que ha de abordarse caso por caso. Partiendo de esta premisa, no se puede dejar de plantear la posible incapacidad de culpabilidad jurídica del psicópata primario desalmado, ciego a los valores, moralmente frío, carente de super-yo o con un super-yo muy débil o frágil, sin empatía emocional, en supuestos en que el sujeto conoce, distingue, entiende, pero no comprende por ser incapaz de hacer suyos los valores compartidos, entre ellos, los del ordenamiento jurídico (lo que expresamos diciendo que no es capaz de entender entendiendo).

Por lo general se acepta que la psicopatía puede ser considerada una anomalía psíquica subsumible en el artículo 20. 1.º del Código penal, pero se discute que tal anomalía incapacite al sujeto para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión¹⁵. La jurisprudencia reconoce al psicópata capacidad de conocimiento y con ello ¡capacidad de comprensión! Capacidad de autodirección se reconoce a quien actúa fríamente. Todo lo cual lleva a rechazar la exclusión de la imputabilidad en casos de psicopatía severa (incluida la de los llamados psicópatas desalmados), salvo que esté asociada a otros trastornos o enfermedades mentales, y a aceptar solo excepcionalmente la atenuación¹⁶.

Frente a tal posición, parece procedente sostener que el tratamiento penal de la psicopatía primaria severa podría ser otro. Si se atiende en el caso concreto a la incapacidad del psicópata para los valores (momento valorativo) y/o a su incapacidad para valorar correctamente (momento evaluativo), y se tiene en cuenta que la evaluación de estímulos internos y externos es inherente a los procesos cognitivos y afectivo/emocionales, entonces a la anomalía psíquica puede adherirse la incapacidad de *comprensión* y/o de autodirección, y, en

cepto de psicopatía y sobre la detección de rasgos psicopáticos en las Unidades de Valoración Forense Integral, AGUILAR CÁRCELES, 2025, pp. 73 ss.

¹⁴ ORTEGA-ESCOBAR/ ALCÁZAR-CÓRCOLES, «Psicopatía», 2019, pp. 73 ss. y 86, PEÑARANDA RAMOS, PUENTE RODRÍGUEZ, 2019, pp. 143 ss.

¹⁵ PUENTE RODRÍGUEZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 2017, p. 4.

¹⁶ Sobre la doctrina jurisprudencial, JIMÉNEZ DÍAZ/ FONSECA MORALES, 2007, pp. 65 ss., PUENTE RODRÍGUEZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 2017, p. 5, REQUEJO CONDE, Revista General de Derecho Penal, 2017, p. 7 ss.

consecuencia, se cumplirían los dos momentos de la fórmula compleja de la causa de inimputabilidad. La capacidad del psicópata para razonar y calcular o para distinguir el bien y el mal (a lo que a menudo se refiere la jurisprudencia), apuntan más a la capacidad para *conocer* que a la capacidad valorativa, evaluativa y de autocontrol. La frialdad moral, la impulsividad amoral, la incapacidad para hacerse cargo de lo que otros sienten, etc., puede incidir de diversas maneras en la capacidad de comprensión y de control del propio comportamiento.

Lo que a primera vista parece una obviedad, puede no ser aceptado por diferentes razones: porque se cuestione la presencia de una base psicopatológica significativa, porque se cuestione que realmente falta al psicópata la capacidad evaluativa, y porque se cuestione que al derecho penal le deba importar la falta de capacidad ética o para los valores del sujeto. Este último argumento, que lleva a sostener la responsabilidad penal del psicópata¹⁷, no toma en cuenta suficientemente que lo decisivo a efectos penales no es tanto la posición ética o moral del sujeto, sino su incapacidad de evaluación y, por ende, de comprensión, que a ello puede estar unido. Es esta incapacidad la que, de acreditarse en el caso concreto, permite sostener la afectación de la imputabilidad.

Frente a lo que pudiera parecer, no se trata de que el derecho penal claudique ante sujetos sin conciencia moral, sino de atender a si esa incapacidad para los valores y para valorar ha generado la incapacidad de comprensión y/o de autodirección, en el bien entendido de que no basta con invocar la ceguera moral, sino que es preciso que, en la situación concreta, la misma haya incapacitado al sujeto para evaluar y comprender la prohibición pues, de lo contrario, se daría un peso inadmisibile a la posición valorativa del autor.

La pregunta acerca del porqué de la maldad humana, de sus causas o raíces, discutida desde la filosofía moral, no tiene tampoco una respuesta científica definitiva. Cada vez se sabe más –aunque quede un importante camino por recorrer– sobre el funcionamiento del cerebro humano y sobre cómo determinados daños cerebrales pueden afectar a la emotividad y a la toma de decisiones, incluso si la capacidad cognoscitiva del sujeto no se ve afectada. Ortega-Escobar/ Alcázar-Córcoles proporcionan ilustrativa información sobre la neurobiología de la agresión y la violencia¹⁸. En el caso de las psicopatías, la relación es especialmente difícil de establecer al tratarse de un constructo no

¹⁷ GONZÁLEZ-TAPIA/ OBSUTH/ HEEDS, *International Journal of Law and Psychiatry*, 2017, pp. 56 ss., PEÑARANDA RAMOS, PUENTE RODRÍGUEZ, 2019, p. 156 ss.

¹⁸ ORTEGA-ESCOBAR, ALCÁZAR-CÓRCOLES, «Neurobiología de la agresión y la violencia», 2019, pp. 43 ss.

unitario¹⁹. Con todo, las neurociencias han identificado alteraciones estructurales y funcionales en el cerebro del psicópata; como dice Justicia Albiol, «las investigaciones han identificado alteraciones neurológicas y hormonales que pueden influir en la conducta antisocial, como disfunciones en la amígdala, la corteza prefrontal, niveles desregulados de cortisol y testosterona o desequilibrios en los sistemas dopaminérgico y serotoninérgico», aunque ello no afecte a la capacidad cognitiva del sujeto²⁰. Pero, con independencia de que el sujeto mantenga su capacidad cognoscitiva –y con independencia de cuál sea la causa del comportamiento o la raíz de la maldad del sujeto–, lo decisivo es, a efectos de la culpabilidad jurídico-penal, la incapacidad del sujeto para *comprender* el significado antijurídico de su comportamiento o para autodirigirse normalmente. La cuestión de la relevancia penal de las psicopatías –singularmente de las primarias– debe ser abordada, aunque se desconozcan las causas del trastorno –o los trastornos– psicopáticos. Cumplidos los correspondientes criterios diagnósticos, el efecto, debidamente acreditado, de incapacidad para los valores y para evaluar, traducido en incapacidad de comprender la ilicitud, es decir, para «hacer suyos» los valores del Derecho, debería considerarse suficiente para aceptar que la imputabilidad del sujeto puede hallarse afectada (excluida o atenuada).

Como dice San Juan Guillén, «...al menos en lo que concierne a la etiología neurológica de la psicopatía, queda un camino por recorrer con más incertidumbres que certezas»²¹. Pero no hay duda de que, a medida que aumentan los conocimientos sobre la mente y el cerebro humanos, sobre motivos y emociones, sobre las bases neurológicas de los valores, sobre cómo operan valoraciones y juicios de valor en la toma de decisión, estamos en mejores condiciones para abordar la cuestión de la posición personal del sujeto ante el hecho y de lograr que el juicio personal de culpabilidad sea auténticamente individualizador.

Pero ¿por qué la culpabilidad? Peñaranda Ramos y Puente Rodríguez sostienen que la consideración como inimputables o no de los psicópatas o de quienes están aquejados por un trastorno antisocial de la personalidad, es una cuestión normativa a decidir con criterios jurídico-penales y no con su inclusión en determinadas categorías psicológicas o psiquiátricas, lo que no implica, afirman, desconocer los resultados de la investigación científica²². Partiendo de

¹⁹ Destacan que se han señalado entre las raíces de la psicopatía las de naturaleza genética, ambiental, evolutiva y neurológica, PEÑARANDA RAMOS/ PUENTE RODRÍGUEZ, 2019, pp. 145 y 151 ss.

²⁰ JUSTICIA ALBIOL, J., *Diario La Ley*, 2025, pp. 3 y 10 ss.

²¹ SAN JUAN GUILLÉN, 2025, p. 239.

²² PEÑARANDA RAMOS/ PUENTE RODRÍGUEZ, 2019, p. 160.

tales premisas, y a la vista de las consecuencias que se derivan tanto del etiquetamiento de un sujeto como psicópata, como de la eventual imposición de una medida de seguridad en caso de eximirse o atenuarse la responsabilidad (teniendo en cuenta la dificultad o imposibilidad de tratamiento de la psicopatía) plantean la conveniencia de atender, antes que al «estatus natural o científico» de la psicopatía, a «la voluntad social, sustentada en cuestiones valorativas, éticas, normativas», y en base a ello aceptar la imputabilidad del psicópata ²³.

Tal primacía de lo normativo atendiendo a las consecuencias, sobre la situación psicopatológica del sujeto que tiene afectada su capacidad de comprensión y/o autodirección, postulada a fin de contemplar en todas sus vertientes y consecuencias jurídicas el complejo fenómeno de las psicopatías, presupone una inversión metodológica que se aviene mal con la concepción personal de la culpabilidad que defendemos ²⁴, una concepción personal y normativa, que no normativista. En vez de dar prioridad a todos los factores que concurren en el sujeto al tiempo del hecho y ver si su culpabilidad personal se halla afectada, se atiende, como criterio rector de la decisión acerca de qué hacer con la psicopatía, a las consecuencias que derivan de excluir o atenuar la culpabilidad. Atender a las consecuencias o atender a la culpabilidad personal del autor toca, pues, el fondo de la cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CÁRCELES, Marta María: *La inadecuada identificación de la psicopatía con el trastorno antisocial de la personalidad*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 19, 2017, pp. 1-40.
- *Detección de rasgos psicopáticos dentro de las UVFI. Estudio de caso*, en *Rostros de la psicopatía: expresión, evaluación y víctimas*, Barcelona, 2025, pp. 73-107.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 124, 2018, pp. 5-38.
- *Sobre el fundamento de la culpabilidad jurídica. Unas últimas reflexiones*, en *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, BOE, Madrid, 2024, pp. 255-267.
- ANTÓN ONECA, José: *Derecho Penal (1949)*, 2.ª ed. por Hernández Guijarro, J. J./ Beneytez Merino, L., Madrid, 1986.

²³ PEÑARANDA RAMOS/ PUENTE RODRÍGUEZ, 2019, pp. 160 ss.

²⁴ Supra, nota 5. Sobre las psicopatías a la luz de otras concepciones de la culpabilidad, PUENTE RODRÍGUEZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 2017, pp. 9 ss.

- ARIAS ORDUÑA, Ana Victoria: *Psicología social de la agresión*, en *Psicología social*, 3.^a ed., Madrid, 2007, pp. 397-438.
- BONETE PERALES, Enrique: *La maldad. Raíces antropológicas, implicaciones filosóficas y efectos sociales*, Madrid, 2017.
- DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio: *La prueba de la inimputabilidad penal por enfermedad mental: un estudio a la luz de la vis expansiva del derecho a la presunción de inocencia*, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 46, 2025, pp. 1-33.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier/ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/OLLERO PEÑÁN, Jorge: *Abordaje resocializador de la enfermedad mental en el sistema penal y penitenciario. Reflexiones a partir de la experiencia Navarra*, Madrid, 2024.
- FRIEYRO ELÍCEGUI, Sofía: *Anomalía o alteración psíquica. Trastorno mental transitorio. Arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, *Diario La Ley*, núm. 10779, 2015.
- FRANKL, Viktor: *El hombre en busca de sentido*, 4.^a ed., Barcelona, 2024.
- GONZÁLEZ-TAPIA, María Isabel/ OBSUTH, Ingrid/HEEDS, Rachel: *A new legal treatment for psychopaths? Perplexities for legal thinkers*, *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 54, 2017, pp. 1-8.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, T. I, 2.^a ed., Madrid, 1902.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José/ FONSECA MORALES, Gema María: *Trastornos de la personalidad (psicopatías). Tratamiento científico y jurisprudencial*, 2.^a ed., Madrid, 2007.
- JUSTICIA ALBIOL, Julia: *Psicopatía y responsabilidad criminal. Un diálogo entre la Neurociencia y el Derecho*, *Diario La Ley*, núm. 10743, 2025.
- KANT, Immanuel: *La Religión dentro de los límites de la mera Razón*, traduc. por Martínez Marzoa, 2.^a ed., Madrid, 1981.
- LAMBERTH, John: *Psicología social*, traduc. por Burgaleta Álvarez, R., 3.^a ed. Madrid, 1989,
- LIBET, Benjamin: *¿Tenemos voluntad libre?*, traduc. de Gil Blasco, M., en *Neurofilosofía práctica*, Granada, 2012, pp. 217-234.
- MAGRO SERVET, Vicente: *Alteraciones psíquicas o maldad humana (SSTS 513/2022, de 26 de mayo, 917/2023, de 14 de diciembre, y 300/2023, de 26 de abril)*, *La Ley Penal*, núm. 168, 2024.
- *Consideraciones y criterios respecto a la anomalía o alteración psíquica como circunstancia modificativa de responsabilidad penal ¿Puede asociarse la perversidad del delito a la alteración psíquica?*, *Diario La Ley*, núm. 10728, 2025.
- MOSQUERA BLANCO, Augusto Javier: *La carga de la prueba de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad penal en el Derecho español*, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 11, núm. 2, mai-ago. 2025, pp. 1-34.

- ORTEGA-ESCOBAR, Joaquín/ ALCÁZAR-CÓRCOLES, Miguel Ángel: *Psicopatía*, en Agresión y psicopatía. Aspectos psicológicos, neurobiológicos y legales, Madrid, 2019, pp. 71-90.
- *Neurobiología de la agresión y la violencia*, en Agresión y psicopatía. Aspectos psicológicos, neurobiológicos y legales, Madrid, 2019, pp. 43-70.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/ PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones normativas a partir del estado actual de los conocimientos científicos*, en Agresión y psicopatía. Aspectos psicológicos, neurobiológicos y legales, Madrid, 2019, pp. 139-178.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *Psicopatía y Derecho penal*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 45, 2017, pp. 61-95.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis: *Cargas probatorias y circunstancias eximentes y atenuantes. El caso de las causas de inimputabilidad*, Revista Ítalo Española de Derecho Procesal, vol. 2, 2019, pp. 91-119.
- REQUEJO CONDE, Carmen: *Tratamiento de la psicopatía en la jurisprudencia penal española. El camino hacia un nuevo enfoque de la imputabilidad penal*, Revista General de Derecho Penal, núm. 27, 2017, pp. 1-33.
- SAFRANSKI, Rüdiger: *El mal o El drama de la libertad*, traduc. por Gabás, R., 2.^a ed., Barcelona, 2020.
- SAN JUAN GUILLÉN, César: *¿Somos todos psicópatas? Mapa conceptual para una evaluación integral de la psicopatía*, en Rostros de la psicopatía: expresión, evaluación y víctimas, Barcelona, 2025, pp. 227-266.
- SILVELA, Luis: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Segunda Parte, Madrid, 1879.
- ZIMBARDO, Philip: *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, traduc. por Sánchez Barberán, G., Barcelona, 2012.

3. ¿PROVOCACIÓN PARA DELINQUIR O FAVORECIMIENTO IMPRUDENTE DE DELITOS NO EJECUTADOS? SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA SUPRESIÓN DE LOS ESPECIALES ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO EN LOS TIPOS DE CONSUMACIÓN ANTICIPADA

ALBERTO ALONSO RIMO
Catedrático de Derecho penal
Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

En la medida en que el acto preparatorio se orienta por definición a facilitar la ejecución de otro delito, debe contener siempre, además del dolo en sentido estricto –entendido aquí como conocimiento y voluntad referidos al tipo objetivo realizado–, una intención que trascienda a este último y que abarque la consumación del delito-fin¹. La obligatoriedad de este especial elemento subjetivo del injusto se explica no solo por razones conceptuales, de acuerdo con lo acabado de resaltar, sino también relacionadas con el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Se ha de recordar, en efecto, que estamos

¹ Se ha aludido en este sentido a un «doble contenido de la voluntad», que debe alcanzar, junto al propio hecho preparatorio, al delito principal (COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, 1999, p. 726), o se ha dicho asimismo que los actos preparatorios punibles son tipos incongruentes por exceso subjetivo que se caracterizan «porque el autor perseguía la consumación del delito y, sin embargo, no lo consigue, logrando sólo realizar determinados actos preparatorios que la ley castiga» (MIR PUIG, 2016, p. 235). Partiendo de esta base, se suele afirmar que los actos preparatorios son tipos de intención o de tendencia interna trascendente (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999, p. 66, SCHROEDER, RDPC, 2004, p. 160), y, en concreto, tipos mutilados de dos actos (GIL GIL, 2015, p. 192).

hablando de fases muy preliminares del *iter criminis*, del castigo de comportamientos con carácter general muy lejanos a la lesión del bien jurídico, y que el mencionado elemento subjetivo adquiere trascendencia a efectos de injusto, en todo caso en términos de desvalor subjetivo de acción, y en gran parte de los supuestos, también, de peligro objetivo para el bien jurídico².

Un sector de la doctrina ha cuestionado, sin embargo, que tal deba ser la estructura del tipo subjetivo de la provocación para delinquir (art. 18 CP). Asimismo, en el caso de la provocación débil en que consiste el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) una significativa corriente de opinión doctrinal y jurisprudencial considera que basta a este respecto con un «dolo genérico». Y, en fin, otras formas de provocación, aparecidas más recientemente en nuestro ordenamiento penal, están formuladas en términos que podría entenderse que propician igualmente una aplicación de los respectivos tipos desvinculada de la concurrencia de un específico elemento subjetivo del injusto que englobe la consumación del delito-fin. Me refiero a los delitos introducidos por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en los que, con la finalidad –subrayada por la Exposición de Motivos de la Ley– de «evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores de edad, así como una gran alarma social», se castiga a quienes, a través de los citados medios, promuevan el suicidio (art. 143 bis CP), la autolesión (art. 156 ter CP) o los trastornos alimenticios (art. 361 bis CP) entre personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas (art. 189 bis CP).

En estas líneas me propongo explicar, con la brevedad exigida, por qué esta clase de interpretaciones que rebajan el contenido del tipo subjetivo de las figuras de provocación resultan inadecuadas si se atiende a criterios sistemáticos y penológicos, y conducen también a consecuencias inadmisibles desde el punto de vista de algunos de los principios garantistas básicos que deben regir el Derecho penal de un sistema democrático. Con ello pretendo contribuir, modestamente, a homenajear a Enrique Peñaranda, un penalista al que admiro mucho, y de cuya mano empecé a desarrollar tempranamente interés (¡y preocupación!) por la regulación de los actos preparatorios³, cuestión que es objeto de atención en este trabajo.

² Me permito remitir sobre esta cuestión a ALONSO RIMO, 2023, pp. 125 ss.

³ En la medida en que a dicho autor se debe la impecable traducción del estudio de Jakobs sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, que se cita a continuación en el texto y cuya lectura me puso en su momento sobre la pista del tema.

II. LA PROVOCACIÓN PARA DELINQUIR

Es verdad que el artículo 18 CP no requiere explícitamente que la provocación vaya acompañada del elemento subjetivo del injusto consistente en la intención de que se consume el delito-fin. Y que esto es algo que sí hace el artículo 17 CP en relación con la conspiración y la proposición, al señalar que sus autores deben haber resuelto cometer el delito. Pero el tenor literal del artículo 18 CP tampoco excluye esta posibilidad. La existencia de elementos subjetivos del injusto implícitos es algo tradicionalmente admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁴ (no solo, pero también, en la figura que nos ocupa⁵). Y, sobre todo, en este supuesto en concreto existen, como decía, importantes razones de orden diverso que aconsejan esta opción hermenéutica.

Interpretar la provocación sin exigir que concurra en ella ese elemento subjetivo adicional al dolo en sentido estricto supone, de entrada, y aunque no sea esto lo único ni lo más relevante, negarle la naturaleza de acto preparatorio que clásicamente le han atribuido doctrina y jurisprudencia⁶, y que es también la que parece deducirse de los textos internacionales más recientes⁷. Como se ha recordado más arriba, resulta inherente al acto preparatorio la existencia de una resolución delictiva que abarque el delito preparado. Desde la tesis que se critica, tampoco sería adecuada la calificación que a menudo se ha hecho de la provocación como «tentativa de inducción» (masiva o colectiva)⁸ –y a la que

⁴ Destacándolo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2020, pp. 61 y 62. *Vid.* también, en referencia al delito de enaltecimiento del terrorismo, entre otras, las SSTS 378/2017, de 25 de mayo, 600/2017, de 25 de julio, y 52/2018, de 31 de enero, y, en general, SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 727 y 728, y RAGUÉS i VALLÈS, 2017, p. 816, quien da cuenta, no obstante, de una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo tendente a rechazar en tiempos recientes la exigencia de elementos subjetivos implícitos en algunas infracciones en las que habitualmente sí se habrían requerido aquellos, en concreto del ánimo lúbrico en los delitos sexuales y del ánimo infamante en los delitos contra el honor (*ibidem*, pp. 816 ss.).

⁵ *Vid.* DEL ROSAL BLASCO, 1986, pp. 343-348, derivando la necesidad del elemento subjetivo del injusto en la provocación a partir, entre otros datos, del verbo «incitar» utilizado por el legislador para definir el núcleo de la conducta típica, CAMPO MORENO, 2000, pp. 59 y 60, y CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2019, p. 265.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, ORTS BERENGUER, 1980, pp. 490 ss., DEL ROSAL BLASCO, 1986, pp. 210-213, 343 ss. y 361 ss., SILVA SÁNCHEZ, 1997, pp. 148 ss., EL MISMO, 2025, pp. 1101 ss., 1104, CAMPO MORENO, 2000, pp. 28-30 y 59, LUZÓN PEÑA, pp. 2023, pp. 37 ss., CANCIO MELIÁ, 2025, pp. 238 ss., la STS 424/1986, de 21 de marzo y la SAP Almería 100/1998, de 4 de septiembre.

⁷ Cfr. las definiciones de provocación pública (a la comisión de delitos terroristas) contempladas en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 16 de mayo de 2005, el artículo 3.1.a) de la Decisión marco 2008/919/JAI de 28 de noviembre de 2008, y el artículo 5 de la Directiva (UE) 2017/541 de 15 de marzo de 2017.

⁸ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 156, EL MISMO, 2025, p. 1109, ALCÁCER GUIRAO, 2008, p. 699, MOLINA FERNÁNDEZ, 2024, pp. 356 y 357, LLABRÉS FUSTER, 2015, p. 90 y CANCIO MELIÁ, 2025, p. 242. Cfr. también la SAP Málaga 27/2003, de 28 de enero, aludiendo a la provocación como «inducción general» (*sic*), aunque cabría entender que se refiere a una tentativa de «inducción general».

cabe entender que aboca la previsión del artículo 18.2.2.º CP⁹–, pues asimismo es consustancial a la inducción, y a su «tentativa», el llamado «doble dolo»¹⁰.

Esa exégesis de la provocación sí resulta coherente, en cambio, con su caracterización como un tipo contra un bien jurídico autónomo como el orden público o la paz social, en la línea de lo que entiende Jakobs que se tutela con las que denomina normas de flaqueo. Para este autor, como es sabido, tales normas tienen la misión de garantizar la «seguridad cognitiva» o «las condiciones de vigencia de las normas principales», la protección de bienes jurídicos como la paz jurídica o la paz pública, situados delante o en los flancos de aquellos otros bienes que se dirigen a lesionar los actos preparatorios¹¹. Si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, dice Jakobs, «quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico»¹². De acuerdo con su planteamiento, la provocación pública a la comisión de delitos regulada en el § 111.2 *StGB* resultaría susceptible de sanción en tanto que comunicación de los actos preparatorios del autor, por «el efecto amenazante» de su conducta y el consiguiente «injusto parcial» consistente en «la perturbación de la paz jurídica» de ahí derivado¹³. De esta forma su verbo típico, provocar, «no tiene que ser interpretado de un modo tan estricto como el “determinar” de la inducción»¹⁴, bastando con la exteriorización (pública) de una resolución delictiva tal, verdadera o fingida¹⁵. En un sentido próximo, Cuello Contreras entiende que nuestra provocación «no constituye acto preparatorio de la participación con la que estuviera en relación de progresión, sino acto no proyectado por su autor ni a acto concreto alguno ni a sujeto concreto alguno que den lugar a participación delictiva»,

⁹ Sobre el alcance interpretativo a otorgar a esta cláusula puede verse ALONSO RIMO, 2026, nota 160.

¹⁰ *Vid.* señalándolo, por todos, DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 346.

¹¹ JAKOBS, 1997, pp. 313 ss.

¹² *Ibidem*, p. 313.

¹³ *Ibidem*, pp. 316 y 317.

¹⁴ *Ibidem*, p. 317, nota 33.

¹⁵ *Ibidem*, p. 316. Desde el punto de vista de Jakobs sería legítimo castigar, en la medida en que el sujeto estaría haciendo así públicos sus actos preparatorios –de modo que su actuación podría ser percibida sin intromisión alguna en su vida privada– y vulnerando con ello una norma de flaqueo, entre otros supuestos, la provocación pública concebida de esa manera amplia a la que se acaba de aludir –que recuerda a las meras resoluciones manifestadas (*vid.* ALONSO RIMO, 2023, pp. 54-57)– y en referencia a *cualquier* delito (JAKOBS, 1997, pp. 316 y 317). Contrariamente, con arreglo a la posición del citado autor no resultaría lícita, puesto que invadiría la esfera civil interna del ciudadano y se adentraría en un Derecho penal de enemigos, la criminalización de una conspiración entre particulares que reuniera una confluencia de voluntades firmes y ejecutivas en torno a un plan idóneo y ultimado dirigido a la consumación de un delito, por grave que este fuera (cfr. *ibidem*, p. 298 y JAKOBS, 2020, pp. 488 y 489). Puede verse una crítica, desde un plano más general, a la concepción de Jakobs relativa al ámbito y vías de punición de las conductas de preparación y a las consecuencias a las que aquella conduce, en ALONSO RIMO, 2023, pp. 102-118.

que agota su significado punitivo en el «elogio del delito»¹⁶, y «cuyo fundamento de punición estriba en un nuevo bien jurídico constituido por la perturbación de la paz social», en el «peligro para el ordenamiento jurídico» que implica el vertido público de expresiones cuya única lectura posible pasa por la comisión de delitos¹⁷. Esta posición interpretativa resulta, creo, incompatible, *de lege lata*, con la pena referencial –vinculada a la del concreto delito provocado– que asigna con carácter general nuestro Código penal a la provocación. Igual que con la cláusula del artículo 18.2.2.º CP, en virtud de la cual la provocación seguida de la perpetración del delito se debe castigar como inducción. Esto indica que el objeto de tutela de la provocación no es distinto al del delito al que se provoca. Pero con independencia ahora de todo ello, desde una perspectiva más general, me interesa subrayar que esos bienes jurídicos difusos de los que los citados autores hablan actúan aquí, a mi juicio, a modo de artefacto, permitiendo construir formalmente un ilícito que, en términos materiales, lo que hace es adelantar más aún la barrera de intervención penal respecto del bien jurídico tutelado por el delito-fin¹⁸.

Otros autores prescinden del recurso a un bien jurídico colectivo de esas características y se limitan a rechazar directamente como elemento típico de la provocación el especial elemento subjetivo del injusto, aduciendo en favor de esta interpretación el hecho, ya destacado, de que el tenor literal del artículo 18 CP no hace mención a ese requisito¹⁹.

A mi juicio, ya sea por una u otra vía, concebir la provocación en estos términos –de modo que la realización del delito al que se provoca no necesite ser abarcada por la intención del provocador– supone *desde un punto de vista material* aceptar el castigo de la facilitación imprudente de delitos no seguida de su ejecución. Es decir, la criminalización de comportamientos equivalentes a pre-ejecuciones delictivas imprudentes. Así, por ejemplo, el de un sujeto que llamara a delinquir dolosamente, en el contexto –pongamos por caso– de una apuesta, pero sin perseguir ni aceptar como probable que se acabara consumando el delito-fin y sin que este se hubiera empezado efectivamente a ejecutar.

¹⁶ CUELLO CONTRERAS, 2009, p. 322.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 340 y 341.

¹⁸ Como expresa SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 105, al hilo de la discusión sobre la naturaleza de los delitos de pertenencia a una organización criminal, de esa forma «(l)a anticipación (real) de las barreras de la protección jurídico-penal queda “encubierta” (...) y, con ello, puesta a salvo de cualquier consideración crítica con pretensiones de restricción». Cfr. asimismo en esta línea, críticos con la creación artificiosa de bienes jurídicos autónomos como medio para la anticipación del castigo penal, VIGANÒ, 2009, pp. 175 y 176, GRECO, 2019, p. 105, POMARES CINTAS, 2022, pp. 76, 233 y 234, y la STS 109/2017, de 22 de febrero.

¹⁹ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2021, p. 97.

Ya solo por esto, y al margen ahora de otros motivos de tipo sistemático y penológico que se señalarán en páginas posteriores, me parece que debe combatirse esta clase de interpretaciones de la provocación. Estamos hablando de comportamientos pre-ejecutivos, de excepciones, por tanto, al principio liberal que establece, por razones básicas de proporcionalidad, el punto de arranque genérico de la punibilidad en el inicio de la ejecución delictiva. No resulta aceptable, desde la perspectiva de un Derecho penal garantista, que actuaciones pertenecientes a una fase tan temprana del *iter criminis* y cuya sanción supone ya por eso un adelantamiento tan acusado de la barrera intervención penal se tipifiquen en la modalidad imprudente. Según opinión absolutamente dominante, la legitimación de la punición de los actos preparatorios solo resulta posible en sentido muy restrictivo, en todo caso en relación con las conductas preparatorias más peligrosas contra los bienes jurídicos más importantes²⁰. De acuerdo con ello, se añade que, por exigencia del principio de proporcionalidad en sentido amplio, debe compensarse la lejanía del ataque al bien jurídico con la demanda de mayores requisitos típicos, fundamentalmente en el plano subjetivo. Esta especie de contrapeso del déficit de injusto, sobre cuya necesidad se llama la atención en el ámbito anglosajón invocando el *remoteness principle*²¹, se produce principalmente a través de la exigencia de un elemento subjetivo consistente en la resolución de consumir el delito-fin y requiriendo, además, que esta resolución sea incondicionada o firme²². Pero esto no resulta posible desde la posición interpretativa ahora analizada, pues en ella se defiende precisamente prescindir del mencionado específico elemento subjetivo del injusto. En consecuencia, las objeciones que con carácter tradicional se formulan en contra de la incriminación de los actos preparatorios conectadas a la vulneración de la prohibición de exceso cobran todavía más peso.

Desde una óptica similar se explica también la inadecuación del castigo de los comportamientos que implican un inicio de ejecución delictiva imprudente, es decir, de los comportamientos que resultarían equivalentes a la tentativa en el ámbito de la imprudencia. Así cabe justificar, de hecho, que frente a la regla de punición general de la tentativa (dolosa) rija el principio de impu-

²⁰ *Vid.*, entre otros muchos, VIVES ANTÓN, 1982, pp. 25 y 26, ORTS BERENGUER, 1982, p. 493, GRACIA MARTÍN, 1996, en torno a nota 13, SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 54.

²¹ Conforme a este principio, cuanto más remoto resulte un delito respecto de la efectiva producción del daño, mayor grado de responsabilidad subjetiva será necesaria para justificar la criminalización. *Vid.* ASHWORTH y ZEDNER, 2014, pp. 109-112, y HORDER, 2019, p. 515. HUSAK, 1995, pp. 171 y 172, habla a este respecto de *high culpability requirement*.

²² *Cfr.*, por ejemplo, SIEBER, 2012, p. 271, STERNBERG-LIEBEN y WEISSER, 2025, pp. 1477 y 1478, y ALONSO RIMO, 2023, pp. 139 ss.

nidad de aquellas conductas, y que, igualmente, en este caso con mayor motivo aún, sea ese también el criterio vigente respecto de la pre-ejecución delictiva imprudente²³. Existen, no obstante, excepciones a la impunidad de la imprudencia en el ámbito de las conductas que consisten en un comienzo de ejecución delictiva, que se producen, como es sabido, a través de la tipificación de delitos de peligro, y que son más frecuentes de lo que sería deseable. Lo que interesa destacar ahora es que, desde las premisas anteriores, tal criterio de impunidad de la imprudencia en el marco de la pre-ejecución delictiva, y dado que hablamos aquí de un estadio anterior a la tentativa, debería extremarse al máximo y tratar, pues, de que tuviera las menos salvedades posibles. Sin embargo, interpretar la provocación en el sentido que se viene examinando implica, al menos en abstracto, introducir una excepcionalidad relevante a ese respecto, dado que el margen de delitos en relación con los cuales resulta posible aplicar esta figura, al igual que en la conspiración y en la proposición, se ha ido ampliando progresivamente a lo largo del tiempo²⁴ y no se restringe en todo caso a los delitos más graves (alcanza, por ejemplo, a las estafas y apropiaciones indebidas, incluso en sus modalidades leves, o al blanqueo de capitales). Y lo mismo rige para la apología regulada en el artículo 18.1.2.º CP, también aplicable, de acuerdo con la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, a ese mismo (amplio) grupo de supuestos delictivos.

En estrecha relación con lo expuesto, debe repararse en que en la provocación hablamos de la facilitación no seguida de ejecución de un hecho delictivo ajeno²⁵ (no de un hecho delictivo propio) y que en esa medida aquella figura se suele contemplar también como una fase anterior a la participación en un delito, como una suerte de tentativa de participación o de participación an-

²³ Como recalca DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 361, si no se castiga lo más (la tentativa imprudente) «parece, lógicamente, razonable que no se castigue lo menos» (la provocación imprudente). Cfr. también, desde la perspectiva del derecho anglosajón, muy crítico con el hecho de que los requisitos subjetivos que se exigen para la tentativa desaparezcan en referencia a otras formas de anticipación de la tutela penal más extremas, como es el caso de los delitos de posesión, ASHWORTH, 2011, pp. 246 y 247.

²⁴ Por lo que respecta solo a las reformas del CP operadas en los últimos tiempos, la LO 1/2015 lo extiende a lo delitos contra la Administración Pública (art. 445 CP) –título que abarca, como es sabido, un grupo bastante nutrido de ilícitos–, a través de la LO 1/2019 se amplía a los delitos de tráfico de órganos humanos (art. 156 bis.8 CP) y a algunos de los delitos contra el mercado y los consumidores (art. 285 *quater* en relación con los artículos 284 a 285 bis CP), y en la LO 14/2022, si bien en el ámbito de los desórdenes públicos se derogan las figuras de incitación o reforzamiento y de distribución pública de consignas previstas hasta entonces en los artículos 557.2 y 559 CP, se incorpora al catálogo de delitos en los que resulta punible la conspiración, la proposición y la provocación los tipos de desórdenes agravados de los artículos 557.2 y 3 CP.

²⁵ Tal es la opinión mayoritaria. Así, entre otros, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, 1999, p. 724, MOLINA FERNÁNDEZ, 2024, pp. 356 y 357, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 294, CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2019, p. 252, CANCIO MELIÁ, 2025, p. 242.

tipicada²⁶. Así las cosas, desde la tesis interpretativa en análisis, se trataría entonces, conforme a lo que se viene explicando, de una participación *imprudente* anticipada. En este punto se ha poner de relieve la opinión mayoritaria favorable a la no incriminación de la participación imprudente²⁷. Como observa Luzón Peña, las conductas imprudentes de mera participación «no son lo suficientemente graves para constituir hechos típicamente (penalmente) anti-jurídicos» y tal atipicidad, además de tener un claro apoyo legal (arts. 12, 28 y 29 CP), «es políticocriminalmente razonable, dado el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, la menor gravedad y desvalor de los hechos imprudentes, y el papel de las formas de participación como figuras no centrales, sino marginales y subordinadas en el hecho ilícito, y como causas de ampliación de la tipicidad, que hace aconsejable una interpretación restrictiva de las mismas»²⁸. Siendo esto así, si no resulta legítimo, por todo lo dicho, el castigo de la participación imprudente (consumada o seguida de ejecución), con mayor razón habrá de concluirse en la no admisibilidad de la incriminación de la participación imprudente *intentada* o anticipada²⁹.

El resultado al que lleva la concepción interpretativa de la provocación que aquí es objeto de crítica entronca bien, como se puede apreciar, con lo que Ashworth ha denominado gráficamente la expansión *vertical* del Derecho penal³⁰, con la criminalización que se realiza a través no tanto de la creación de nuevos delitos como de la extensión de las bases de la responsabilidad en relación con delitos ya existentes, mediante la adición de nuevas capas o niveles de responsabilidad en referencia a lo que se podría denominar el delito base (en este caso el delito principal o delito-fin, cualquiera de los que admite el castigo de la provocación).

Pues bien, a todo lo apuntado se ha de sumar que *de lege lata* el artículo 18 CP obliga a que la pena de estos comportamientos –que así interpretados hemos visto que resultan asimilables a pre-ejecuciones imprudentes, y en concreto a participaciones imprudentes anticipadas– sea la inferior en uno

²⁶ Vid. sobre ello, ALONSO RIMO, 2023, pp. 66-70. Cfr. asimismo SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 1098-1100, para quien también los actos preparatorios de hecho propio deben verse como intentos de participación (en el hecho propio), lo que permitiría, toda vez que a esas conductas preparatorias les siguiera la ejecución –por parte del preparador– del hecho-fin de modo típicamente antijurídico pero no punible, sancionar el acto preparatorio (no típico en cuanto tal) de modo accesorio «en tanto que acto prohibido de participación pre-típica» (de inducción a uno mismo o de cooperación o complicidad con uno mismo).

²⁷ Vid., entre otros, LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 293 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 283, ROSO CAÑADILLAS, 2002, pp. 415 y 416, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, 2022, pp. 407 y 408, ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 318.

²⁸ LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 294 y 295.

²⁹ Cfr., en línea similar, PAREDES CASTAÑÓN, 2018, p. 88.

³⁰ ASHWORTH, 2019, pp. 38 ss.

o dos grados a las del delito doloso consumado, es decir, la misma pena que la de la tentativa (dolosa). Esta es una consecuencia difícilmente aceptable, o incluso me atrevería a decir que insostenible, desde parámetros de proporcionalidad en sentido estricto. Lo mismo que si se atiende a la equiparación penológica entre provocación seguida de ejecución e inducción que establece el artículo 18.2.2.º CP al determinar que «(s)i a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción». No tendría sentido, y sobre todo se opondría a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, que se sancionara como al inductor, y por tanto con la misma pena del autor del delito *doloso* consumado, al sujeto que llevara a cabo una provocación seguida de la realización del delito principal en los casos en que esto último no resultara comprendido por su intención. Si bien lo dicho sería en teoría posible partiendo de la posición interpretativa analizada, que no considera necesario elemento subjetivo especial alguno en la provocación.

Por último, se ha de tener en cuenta que desde la exégesis en examen se otorgaría un tratamiento más severo a la provocación que a la proposición, a pesar de que esta última se ha considerado una figura de mayor gravedad que la anterior³¹, o al menos de gravedad similar, lo que en todo caso cabe entender que refuerza el hecho de que la provocación resulte legalmente asimilada a la proposición (en tanto que tentativa de inducción). La invitación a delinquir interpersonal característica de la proposición no sería punible, en efecto, en el supuesto de no estar acompañada de elemento subjetivo trascendente al tipo objetivo; en cambio, sí lo sería, en esa misma circunstancia, la invitación a delinquir colectiva que integra la provocación. De igual forma, hemos visto que en aplicación de la cláusula del artículo 18.2.2.º CP una incitación colectiva de esas características –sin elemento subjetivo que abarque la consumación del delito al que se incita– seguida de ejecución podría castigarse (siempre según la interpretación que se comenta) a modo de «inducción imprudente», algo que no se admite en ningún caso en la incitación interpersonal (proposición) seguida de ejecución.

Frente a los argumentos hasta aquí señalados, el de que la definición legal de provocación del artículo 18 CP no contenga una alusión explícita a la resolución delictiva del provocador no me parece consistente. Ello sin perjuicio de que resultaría desde luego preferible, por razones de seguridad jurídica, que tal requisito subjetivo encontrara reflejo expreso en el texto de la ley. Tampoco estimo admisible desde la perspectiva del modelo de Derecho penal

³¹ Cfr., en referencia en concreto a la tentativa de inducción, MIR PUIG, 2016, p. 354, y CUELLO CONTRERAS, 2024, p. 646.

liberal al que obedecen las premisas hasta aquí expuestas que, al lado de los actos preparatorios en sentido estricto, quepa una segunda categoría de actos preparatorios más amplia o regida por criterios interpretativos menos rigurosos en la que pudiera integrarse la provocación y la apología reguladas en el artículo 18 CP, o «figuras de preparación imprudente» en ámbitos delictivos como el terrorismo o el Derecho penal económico, a modo de «tipos residuales tapa-agujeros», en la línea sugerida por Cuello Contreras³². Pues se seguiría tratando aquí en todo caso de conductas pertenecientes a estadios muy adelantados del *iter criminis*, y por eso también muy lejanas de la lesión al bien jurídico, de modo que su punición sería susceptible de las mismas críticas que se han venido realizando en páginas anteriores. Se impone, por tanto, una interpretación teleológica y sistemática del artículo 18 CP, coincidente por la demás con la que tradicionalmente han mantenido la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, en el sentido de concebir la provocación como acto preparatorio (*stricto sensu*) y de entender, en consecuencia, que –de la misma forma que sucede en la conspiración y en la proposición, y en los numerosos tipos de preparación descritos en la Parte especial del CP– aquella requiere, además del dolo, un especial elemento subjetivo del injusto que abarque la consumación del delito-fin.

III. EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

El delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), todo lo contrario que la provocación, se ha aplicado con gran profusión en las últimas décadas. En ese contexto han prosperado posiciones interpretativas de esta figura delictiva muy enfrentadas, en cuya exposición y análisis no se puede entrar ahora³³. Me limito solo a subrayar que la crítica realizada hasta aquí a las posiciones interpretativas que abogan por prescindir, en el marco de los tipos de preparación, de los especiales elementos subjetivos del injusto adquiere aún más sentido cuando las conductas incriminadas pueden resultar cercanas al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Y que ello sucede especialmente en el caso del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP³⁴,

³² CUELLO CONTRERAS, 2024, p. 646.

³³ Puede verse sobre el tema, ALONSO RIMO, 2010, pp. 36 ss., y, más recientemente, CORRECHER MIRA, 2023, pp. 85 ss., 99 ss., y 209 ss.

³⁴ *Vid.*, llamando la atención sobre el efecto desaliento del ejercicio de la libertad de expresión que puede derivarse de la vigencia del referido precepto, concluyendo que este opera, de hecho, como herramienta normativa al servicio de la criminalización del pensamiento disidente, CORRECHER MIRA, 2023, pp. 280 ss.

que, interpretado –según hace parte relevante de la doctrina y la jurisprudencia– como delito contra un bien jurídico autónomo, ya sea el orden público o la paz social³⁵, o incluso conectando su injusto a la «perplejidad e indignación» de la sociedad a la que se refiriera la exposición de motivos de la LO 7/2000³⁶, y sin requerir el repetido elemento intencional adicional al dolo³⁷, alcanzaría a la conducta de quien enaltece –o simplemente retuitea un mensaje enaltecedor escrito por otro– desechando que su discurso pueda acabar incitando efectivamente a la comisión de delitos terroristas. Para su tipicidad, se afirma de manera expresa, «no es necesario que la expresión utilizada incite directa o indirectamente a la comisión de un delito, ni que el dolo del autor abarque más allá del propio elogio»³⁸. Desde mi perspectiva, es claro que una exégesis como la mencionada no respeta, como sería deseable en este ámbito, el viejo *standard* sentado por la Corte Suprema estadounidense en su célebre pronunciamiento de *Brandenburg vs. Ohio* (1969), a la luz del cual solo cabe considerar legítimo el castigo de la apología si esta se dirige a incitar o producir una acción ilegal inminente y es idónea para incitar a tal acción o producirla.

También en este caso, de modo similar a lo visto en el apartado anterior en relación con la figura de la provocación, aunque la infracción sería dolosa y podría operar formalmente como un delito contra bienes jurídicos colectivos como los indicados, materialmente comprendería la punición de favorecimientos negligentes de delitos cuya ejecución no se ha iniciado. Dicho con otras palabras: supondría una tipificación encubierta, bajo el ropaje de un ilícito contra un bien jurídico colectivo, de una pre-ejecución imprudente³⁹.

Lo expuesto refuerza la opinión, que ya defendí en un trabajo previo, de que, en la medida en que el tenor literal lo permita, las figuras típicas que constituyen desde un punto de vista material fases pre-ejecutivas de otros delitos y que se castigan en última instancia para evitar el incremento del

³⁵ Vid. solo, a título de ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO, 2000, epígrafe II.

³⁶ Así, entre muchas otras, las SSTs 587/2013, de 28 de junio y 481/2014, de 3 de junio, y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 2004, pp. 580 y 581.

³⁷ Para GÓMEZ MARTÍN, 2018, p. 439, por ejemplo, tal elemento «resulta irrelevante a efectos típicos en todos aquellos tipos que no exigen expresamente su concurrencia, como es el caso (...) del delito previsto en el artículo 578 CP». Vid. también, en sentido próximo, aunque con matices, CORRECHER MIRA, 2023, pp. 277-280, y, por todas, la STS 4/2017, de 18 de enero: «La estructura típica del delito previsto en el artículo 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación (...); basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo».

³⁸ SAN 11/2007, de 19 de febrero, insistiéndose a continuación en que «no será preciso que el autor del delito de apología haya provocado o querido provocar la comisión de hechos delictivos como los que son objeto de apología».

³⁹ Vid. sobre ello, con más detalle, ALONSO RIMO, 2023, pp. 300 ss.

peligro de comisión de estos, han de configurarse (*de lege ferenda*) e interpretarse (*de lege lata*), antes que como delitos autónomos contra un bien jurídico colectivo, como tipos preparatorios⁴⁰. Lo contrario conduce, con carácter general, a una interpretación del tipo –objetivo y subjetivo– más flexible y a una (todavía) mayor anticipación, en términos materiales, de la intervención punitiva⁴¹. La jurisprudencia producida en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo desde una y otra perspectiva creo que es una muestra muy ilustrativa de ello⁴².

⁴⁰ Con este planteamiento no se está descartando cualquier posibilidad de interpretar como delito autónomo la tipificación de conductas que de manera más o menos habitual constituyen un medio o paso previo para la comisión de otros delitos. Por ejemplo, cuando la formulación legal no deje margen para otra cosa, como es el caso de los tipos previstos en el artículo 510.1 a) y c) CP (cfr. ALASTUEY DOBÓN, 2016, pp. 16 ss. y 30 ss., y LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 225 ss. y 237 ss.). Esta figura representa, así, un grado de anticipación mayor de la barrera de defensa penal (pues aunque en ella en concreto sí que cabe derivar la exigencia típica de un elemento tendencial, este, lo mismo que la peligrosidad de la conducta, en tanto que se trata de un delito de clima, tendrá como punto de referencia no la ejecución de hechos/delitos principales, sino la antesala o fase previa –el caldo de cultivo– de la efectiva comisión de aquellos a la que se vincularía el bien jurídico supraindividual tutelado). En esa medida, su tipificación resulta (más) cuestionable desde el punto de vista de la libertad de expresión. Pero también procede el entendimiento de la citada clase de tipos –que integran comportamientos precursores de otros delitos– como autónomos, y sin que en este caso resulte criticable, allí donde la acción típica en cuestión lesione o ponga en peligro por sí misma y de modo relevante un bien jurídico (independiente) digno de tutela penal. Así sucede, a mi juicio, entre otros supuestos, en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP). *Vid.* sobre el dilema delito preparatorio vs. delito autónomo y las razones que justifican su resolución –en general– en el sentido indicado, ALONSO RIMO, 2017, pp. 39-44.

⁴¹ De otra opinión, en referencia en concreto a la apología, GONZÁLEZ GUTIÁN, 1983, pp. 397 y 398, y, en general, CANCIO MELIÁ y DÍAZ LÓPEZ, 2019, p. 242. Para estos últimos autores la alternativa entre delito de preparación y delito autónomo equivale aquí a elegir «entre Satanás y Belzebú» y «la reducción a la peligrosidad es una pendiente deslizante (...), supone la aceptación del paradigma policial de la prevención fáctica (exclusiva) como (único) criterio legítimo en la criminalización, y por ello no ofrece mayor salvaguarda frente a una interpretación expansiva de la figura en cuestión: siempre se puede encontrar algún tenue hilo de riesgo, si se busca con suficiente interés». A mi juicio, en el sentido explicado en ALONSO RIMO, 2023, pp. 86 ss., se debe diferenciar a estos efectos, con base en los principios derivados de nuestro marco político-constitucional (y, en particular, de los principios del hecho y de proporcionalidad en sentido amplio), entre la existencia de una peligrosidad *relevante*, que sería lo que legitimaría –desde la posición de la que aquí se parte– la intervención punitiva, y de *cualquier* peligrosidad –o de ese «tenue hilo de riesgo» al que se refieren los citados autores–, cuya sanción desembocaría, en efecto, en la pura prevención fáctica. En cuanto a la disyuntiva interpretativa demoníaca, *de lege lata* no queda más remedio que elegir; y, *de lege ferenda*, no puedo estar más de acuerdo con CANCIO MELIÁ y DÍAZ LÓPEZ, 2019, p. 247, en la conveniencia de destipificar la figura de enaltecimiento del terrorismo en cuestión (cfr. ya ALONSO RIMO, 2010, p. 76, y 2018, p. 499).

⁴² De hecho, exigiendo –como correspondería desde su comprensión como delito preparatorio– la verificación del elemento subjetivo trascendente y del carácter incitador de la conducta apologética –entendido tal carácter en términos de aptitud para incrementar las posibilidades de comisión de futuros delitos de terrorismo y no de mera promoción de un clima propicio a la realización de esta clase de acciones o de ni siquiera eso– buena parte de los supuestos que se han castigado a lo largo de los últimos tiempos como enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP resultarían penalmente atípicos. Un pronunciamiento paradigmático a este respecto es la STS 378/2017, de 25 de mayo, en la que se anula una condena por dicho delito al entender que no es posible apreciar en los hechos probados «el componente subjetivo del tipo constitucionalmente exigible, constituido por la “tendencia”, en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo», ni «una mutación del estado de cosas tal

IV. LOS TIPOS DE DIFUSIÓN PÚBLICA DE CONTENIDOS QUE PROMUEVEN EL SUICIDIO, LA AUTOLESIÓN, LOS TRASTORNOS ALIMENTICIOS ENTRE PERSONAS MENORES DE EDAD O CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN O LA COMISIÓN DE DELITOS SEXUALES CONTRA ESTAS

Con la LO 8/2021 se tipifican en los artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis CP formas amplias de provocación en las que encuentra cobertura la punición de todo tipo de incitaciones, directas e indirectas, y de apologías débiles, en relación con comportamientos finales que ni siquiera son en la mayoría de los casos constitutivos *per se* de delitos (por ejemplo, la autolesión o la causación por parte de menores a sí mismos de trastornos alimenticios).

Me interesa llamar la atención sobre el hecho de que en la descripción típica de estas figuras delictivas se hable en concreto, para delimitar el objeto de la conducta de difusión pública, de «contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar» el suicidio, la autolesión, los trastornos alimenticios o los delitos sexuales (de o contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección). Pues esta formulación podría avalar, en principio, que –en la línea de las tesis interpretativas de la provocación y el enaltecimiento del terrorismo analizadas en líneas anteriores– se prescindiera del elemento intencional trascendente al tipo objetivo consistente en la resolución de facilitar la realización de los hechos principales que en última instancia se busca prevenir (el suicidio, la autolesión, etc.). Ello, en particular, en los supuestos de difusión de contenidos ajenos –no elaborados por el propio agente distribuidor–, en los que cabría plantearse la tipicidad de la conducta de quien, conociendo que tales contenidos fueron «específicamente destinados» –tal y como exige el tipo– a promover, por ejemplo, relaciones sexuales con menores, los hubiera tuiteado o retuiteado sin ese propósito, sino simplemente por complacer al autor o para concitar atención en las redes sociales, pero sin buscar o ni siquiera representarse y aceptar como probable que a resultas de

que la realización de los delitos de terrorismo vea aumentada la eventualidad de su acaecer ni en un mínimo ápice». *Vid.* en la misma línea, entre otras, la STS 600/2017, de 25 de julio, y 52/2018, de 31 de enero. Desde la posición jurisprudencial opuesta, que desliga el objeto de tutela de la citada figura del de los delitos enaltecidos, ya se ha visto que la conducta pierde su naturaleza provocadora y no requiere incitación directa ni indirecta, sino que basta la mera alabanza del delito o de su autor, así como un dolo genérico que abarque lo anterior –con lo que esto implica, en el sentido en el que viene insistiéndose en el texto–, y reconociéndose expresamente que de este modo, frente a los comportamientos que implican alguna suerte de incitación, «(l)a barrera de protección se adelanta». *Vid.* en este sentido, por ejemplo, las SSTs 481/2014, de 3 de junio, 106/2015, de 19 de febrero, STS 68/2024, de 24 de enero, y SSAN 32/2012, de 28 de junio, 8/2014, de 31 de marzo, y 29/2016, de 8 de noviembre.

ello se fueran a producir delitos sexuales contra menores; es decir, sin que este hecho quede cubierto por su intención ni siquiera a título eventual.

Interpretar así estas figuras implicaría una rebaja del injusto, en concreto aquí de su contenido subjetivo, en relación con tipos de consumación anticipada. También en ellas, dado el bajo nivel de peligrosidad objetiva de la conducta (pre-ejecutiva), y precisamente para compensar esta circunstancia, resultaría aconsejable exigir –en el sentido explicado ya en páginas anteriores– formas de imputación subjetiva cualificadas. No obstante, desde la tesis en examen, y con apoyo en este caso en la ambigua fórmula legal utilizada, se estaría abriendo paso a delitos contra un bien jurídico colectivo interpuesto –el CGPJ ha aludido a este respecto a la «seguridad colectiva»⁴³– y que materialmente supondrían la punición, no ya de tentativas elevadas a la categoría de delito, como se ha dicho en alguna ocasión, ni tampoco de conductas con la estructura típica equivalente a las tentativas imprudentes y característica de los delitos de peligro abstracto, sino de algo todavía peor desde el punto de vista del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal: de nuevo, el castigo de pre-ejecuciones imprudentes, o, si se quiere, de favorecimientos imprudentes de delitos de ejecución no iniciada.

Esta solución hermenéutica permitiría salvar, eso es verdad, los problemas de prueba que plantea el especial elemento subjetivo del injusto. Pero la dificultad probatoria no justifica la disminución de los requisitos típicos y, con ello, del contenido de injusto de figuras que se opta por sancionar con el instrumento más represivo que tiene el Estado (el Derecho penal); menos aún si, como es el caso, se trata de comportamientos que, por su lejanía con la lesión material del bien jurídico y por su cercanía con el ejercicio de derechos fundamentales (libertad de expresión y de información), se sitúan en el límite de lo que es legítimo castigar en un sistema democrático.

V. CONCLUSIÓN

Se deduce de lo expuesto hasta aquí que el hecho de que no existan, más allá de en algunos casos puntuales (arts. 576.4 y 577.3 CP), tipos en los que se castigue de forma explícita la comisión imprudente de conductas pre-ejecutivas o facilitadoras de un delito no comenzado no quiere decir que quede excluida de nuestro Código penal la incriminación de otros supuestos que,

⁴³ CGPJ, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, 2019, p. 90.

desde una perspectiva material, puedan obedecer a ese mismo esquema. No basta con que las tipificaciones de comportamientos facilitadores de otros delitos cuya ejecución no se ha llegado a iniciar se prevean solo a título doloso. Hemos visto que esta estructura de favorecimiento imprudente de infracciones no seguido de ejecución puede concurrir también –en cierto modo camuflada– en casos de actuaciones dolosas pero desprovistas de un elemento intencional trascendente que abarque la consumación del delito ulterior. En concreto, en la provocación y la apología del artículo 18 CP, en el enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP, y en el delito de distribución pública de contenidos incitadores de infracciones sexuales contra menores del artículo 189 bis CP (los tipos de los artículos 143 bis, 156 ter, y 361 bis CP siguen asimismo esa pauta, si bien con la peculiaridad de que el hecho-fin no es constitutivo de delito). En el caso de la provocación y la apología se ha comprobado que, pese a haber discrepancias en la doctrina, existen argumentos sistemáticos y penológicos que obligan, *de lege lata*, a evitar esa interpretación. Pero ello no resulta tan claro en el delito de enaltecimiento, respecto del cual, de hecho, una buena parte de la jurisprudencia la acoge y no requiere habitualmente el especial elemento subjetivo del injusto. Ni tampoco en los delitos de difusión pública de contenidos incitadores (arts. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis CP), cuya formulación legal podría, de entrada, entenderse que remite a dicha solución⁴⁴.

Es necesario, por tanto, si se quiere evitar la sanción de favorecimientos imprudentes de delitos de ejecución no iniciada, que los tipos que integran conductas pre-ejecutivas o facilitadoras de una infracción que no se ha llegado a comenzar se interpreten exigiendo el citado elemento intencional añadido. Y que, *de lege ferenda*, esto se haga, preferiblemente, de modo expreso, para impedir interpretaciones que puedan eludir este requisito subjetivo –que como hemos visto se producen–, generando así inseguridad jurídica, además de la vulneración de los principios garantistas penales resaltada en páginas anteriores.

⁴⁴ En esa línea cabría citar también otros ejemplos, aunque en este caso quedan ya fuera del ámbito de las provocaciones que son el objeto de análisis de este trabajo; así, los delitos de fabricación, posesión o tenencia de programas informáticos para estafar (art. 249.2 a) CP) y de fabricación, obtención o tenencia de útiles para cometer falsedades (art. 400 CP), en los que se habla, de manera muy parecida a lo que sucede en aquellos otros preceptos, de medios «adaptados o diseñados específicamente» para la comisión de los referidos delitos. Ha validado la aplicación del delito de tenencia de útiles del artículo 400 CP en relación con la falsificación de tarjetas del artículo 399 bis CP en el sentido aquí criticado, sin que en ningún momento se haga mención o se entre a valorar la presencia del específico elemento subjetivo adicional al dolo, entre otras resoluciones, el ATS de 26.1.2017 (núm. 274/2017; MP: Marchena Gómez). Lo anterior, dado que dicha acción típica de tenencia lleva asignada la misma pena que el delito doloso consumado, supone castigar igual la participación imprudente adelantada que la autoría dolosa consumada (!).

La perspectiva desarrollada hasta aquí abona, según creo, la idea de que los especiales elementos subjetivos del injusto, frente a la tesis usualmente mantenida de que sirven en los tipos de consumación anticipada al objeto de adelantar las barreras de protección penal⁴⁵, operarían más bien –o al menos en algunos de esos supuestos– en sentido contrario, para restringir o contener un tal adelantamiento⁴⁶. Y muestra también que los citados elementos posibilitan a menudo una interpretación de los tipos más acorde a los principios penales, en ocasiones la única viable desde el prisma de la vigencia de estos, no solo por restrictiva sino también por más congruente. Ello permite cuestionar algunas opiniones que defienden en términos generalizadores la reducción a la mínima expresión de la presencia de específicos elementos subjetivos del injusto en los tipos penales⁴⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: *Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-14, 2016, pp. 1-38.
- ALCÁZER GUIRAO, Rafael: *La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal*, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Madrid, 2008, pp. 693-718.
- ALONSO RIMO, Alberto: *Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales*, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.ª Época, núm. 4 (2010), pp. 13-80.
- *¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación*, InDret 4.2017, pp. 1-78.
- *¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva*, EPC, vol. XXX-VIII, pp. 461-510.
- *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito*. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte general y especial del Derecho penal, Valencia, 2023.
- *Iter criminis y actos preparatorios del delito*, en Tratado de Derecho penal español, Parte general, Valencia, 2026.

⁴⁵ Vid. por todos, GIL GIL, 2000, pp. 105-111, y 2005, pp. 127-130, con ulteriores referencias.

⁴⁶ Vid. sobre ello, ALONSO RIMO, 2023, pp. 130-133.

⁴⁷ Así, entre otros, GUARDIOLA GARCÍA, 2001, p. 84, afirmando que «(d)onde pueda interpretarse el precepto en sentido objetivo, resultará (...) preferible no buscar especiales elementos subjetivos», RAGUÉS i VALLÈS, 2017, p. 822, quien se suma a la opinión del autor anterior, y destaca que el efecto más habitual de la exigencia de estos elementos es la reducción de los tipos penales, si bien su carácter problemático debe asociarse con «el riesgo de dispensar una protección incoherente (y/o insuficiente) a los intereses tutelados» (*ibidem*, p. 816), y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2020, pp. 62 ss.

- ASHWORTH, Andrew: *The Unfairness of Risk-Based Possession Offences*, Crim Law and Philos 2011, 5, pp. 237-257.
- *La difusión de la responsabilidad penal: ¿Pasos en la dirección equivocada?*, en Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, Cizur Menor, 2019, pp. 37-59.
- ASHWORTH, Andrew y ZEDNER, Lucia: Preventive Justice, Oxford, 2014.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús: *Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo*, Diario La Ley, 2001, Ref. D-145, edición electrónica.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos: *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, 2000.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: *Artículo 18*, en Comentarios al Código penal, Valencia, 2025.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*, Cizur Menor, 2019.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 1999.
- CORRECHER MIRA, Jorge: *El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas*. De la imprenta a las redes sociales, Cizur Menor, 2023.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho penal español, Parte general*, V. II, Teoría del delito (2), Madrid, 2009.
- Recensión a Alberto 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, Valencia, 2023, 347 páginas, InDret 3.2024, pp. 643-647.
- CUERDA ARNAU, María Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio: *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Cizur Menor, 2019.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid, 1986.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.
- GIL GIL, Alicia: *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, RDPC, núm. 6, 2000, pp. 103-138.
- *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, RDPC, núm. 15, 2005, pp. 95-153.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio*, Revista de Derecho penal y Criminología, núm. 20, 2018, pp. 411-449.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis: *La apología en la reforma penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nueva Época, monográfico 6, 1983, pp. 381-398.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *El «iter criminis» en el Código penal español de 1995*, en CDJ, núm. 27, 1996, versión electrónica.

- GRECO, LUÍS: *La criminalización en el estadio previo: un balance del debate alemán*, trad. A. Alonso Rimo, en *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor, 2019, pp. 93-115.
- GUARDIOLA GARCÍA, JAVIER: *Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general*, *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 6, 2001, pp. 39-101.
- HORDER, JEREMY: *Ashworth's principles of criminal law*, Oxford, 2019.
- HUSAK, DOUGLAS N.: *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, 37 *Ariz. L. Rev.* 151, 1995, pp. 151-183.
- AKOBS, GÜNTHER: *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, trad. E. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293-324.
- *El intento de tentativa*, trad. M. Pantaleón Díaz, *InDret* 4.2020, pp. 484-499.
- LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA: *El discurso del odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP*, en *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Valencia, 2018.
- LLABRÉS FUSTER, ANTONI: *La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)*, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 83-118.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: «*Iter criminis*» y actos preparatorios pluripersonales e individuales, *Foro FICP* 2023-2, pp. 27-114.
- *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2025.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI: *Apología del terrorismo*, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 553-582.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*, Valencia, 2021.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO: *Formas imperfectas de ejecución del delito*, en *Memento Penal* 2025, Madrid, 2024, pp. 349-378.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2022.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE: *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, *CPC*, núm. 18, 1982, pp. 483-512.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Compendio de Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2023.
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: *Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización*, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, 2018, pp. 63-93.
- POMARES CINTAS, ESTHER: *La deriva del Derecho penal y la democracia*, Madrid, 2022.
- RAGUÉS I VALLÈS, RAMON: *Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?*, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 815-827.
- ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL: *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002.

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Salamanca, 1999.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian: *La posesión como hecho punible*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2.^a Época, núm. 14 (2004), pp. 155-169.
- SIEBER, Ulrich: *Risk prevention by means of criminal law. On the legitimacy of anticipatory offenses in Germany's recently enacted counter-terrorism law*, en *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, Brussels, 2012, pp. 251-278.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- *La «intervención a través de organización», ¿una forma moderna de participación en el delito?*, en *Delitos de organización*, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pp. 87-118.
- *Tiempos de Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2009.
- *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 2025.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev y WEISSER, Bettina: «§ 89a», en *Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch*, München, 2025, pp. 1466-1482.
- VIGANÒ, Francesco: *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, *IUS17*, 2009:1, pp. 171-190.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Introducción: Estado de derecho y Derecho penal*, en *CLP, T. I, Derecho penal y Constitución*, Madrid, 1982, pp. 1-48.

4. EL INCREMENTO DEL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. UNA CRÍTICA DESDE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN **(a propósito de lo que no se hizo en la dana)**

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
Catedrática de Derecho penal
Universidad Jaume I

A Enrique Peñaranda con reconocimiento y afecto.

I. VALENCIA, DÍA 29 DE OCTUBRE DE 2024: UNA DANA MORTAL

Según se infiere del auto de imputación dictado 10 marzo 2025 por la juez del Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 3 de Catarroja, así como de autos posteriores y de fuentes diversas bien contrastadas, el día 29 de octubre de 2024 el litoral y el interior norte de la provincia de Valencia estaban desde primeras horas de la mañana en alerta roja. A las 9 h. de ese mismo día se reunió el Consell de la Generalitat, tras lo cual el presidente Mazón ofreció información desactualizada sobre la situación meteorológica y continuó con su agenda hasta que a las 14.45 terminó una reunión con sindicatos y patronal y se fue a comer a un restaurante con una periodista.

Entre tanto, la situación empeoraba en la zona de Utiel y a las 14.03 el informativo de la televisión autonómica (Á Punt) anuncia que a la altura de esa localidad se había desbordado el río Magro. El alcalde, en una entrevista telefónica en el mismo informativo, describía a las 14.14 una situación dantesca y,

poco después, contactó con la consellera encargada de emergencias para ponerla al corriente de la extraordinaria gravedad de la situación, pese a lo cual, ésta no solicitó formalmente la intervención de la Unidad Militar de Emergencias (UME) hasta las 15.20 h. À Punt, como hizo a lo largo de toda la jornada, continuaba informando de la nefasta evolución de la DANA, conectando con vecinos, alcaldes, bomberos o policías, que advertían del agravamiento de la misma. Así, a las 15:07 el jefe de la Policía Local de Chiva alertó del riesgo de inundaciones a consecuencia de la lluvia acumulada en la Rambla del Pollo. Poco después, la Confederación Hidrográfica del Júcar y el Sistema Automático de Información Hidrológica advierten de la posibilidad de desbordamiento de la presa de Forata. La consellera decide convocar el Centro de Coordinación Operativo Integrado (CECOPI) para las 17 h. Poco antes, a las 16.29, la consellera no consigue hablar con Mazón, con quien no pudo hacerlo hasta las 17.37 por espacio de dos minutos. Para entonces, el 112 está ya prácticamente colapsado y las noticias dan cuenta de coches arrastrados por el agua, carreteras cortadas y a las 19.14 se emite la imagen de la caída de un puente en Picaña. Los 29 miembros del CECOPI discutían presencialmente o por videoconferencia acerca de la conveniencia de enviar un mensaje de alerta a la población, siendo algunos reacios a hacerlo, entre ellos, el Jefe de bomberos. A partir de las 17.40, en esa discusión ya no participó la vicepresidenta Camarero, que se marchó a un acto de entrega de premios. A las 19 h. se decreta la situación de emergencia 2 para toda la provincia de Valencia. El AVE suspende la circulación. La consellera intenta por dos veces hablar con Mazón. La última llamada cancelada es de las 19.36. A las 19.44 Metrovalencia suspende el servicio. La consellera y Mazón hablan durante un minuto a las 20. 10 h. Finalmente, a las 20 h. 11 minutos y 8 segundos se manda un mensaje en castellano y valenciano que literalmente reza como sigue: «por las fuertes lluvias y como medida preventiva se ha de evitar todo tipo de desplazamiento en la provincia de Valencia». Para entonces, la situación en muchas poblaciones de L'Horta Sud era desastrosa: el agua había inundado garajes y plantas bajas y las calles resultaban absolutamente intransitables.

El presidente Mazón llegó al CECOPI a las 20.28.

A consecuencia de lo ocurrido, el día de autos murieron 229 personas

II. UNA INVESTIGACIÓN POR UN PRESUNTO DELITO DE HOMICIDIO/S IMPRUDENTES

La instrucción por el caso de la DANA es un imprescindible –y admirable– trabajo de reconstrucción de lo que pasó ese día. Al fenómeno meteoroló-

gico vino a sumarse lo que en el auto de 10 de marzo de 2025 se califica como «inactividad patente de la administración autonómica» (FJ. 5.º). Al frente de la consellería encargada de gestionar las emergencias (art. 5 del Decreto 17/2024, de 12 de julio, del president de la Generalitat, por el cual se determinan el número y la denominación de las consellerías y sus atribuciones) estaba Salomé Pradas, a quien, según la Ley 13/2010, de 23 de noviembre, de protección civil y gestión de las emergencias, correspondía ejercer el «mando único de la emergencia» (art. 12.2 d). Por su parte, al secretario autonómico de Seguridad y Emergencias, Emilio Argüeso, le correspondía, en su condición de número dos de dicha Consellería (art. 67 Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell) la «dirección y coordinación de los Centros Directivos que se adscriben bajo su dependencia» (art. 68.2 Ley 5/1983). Así pues, nada más lógico que iniciar una investigación para dilucidar si incurrieron en responsabilidad penal quienes, teniendo obligación de hacerlo, no advirtieron en tiempo y forma a la población frente al grave peligro que se cernía sobre ella. Eso basta y sobra para iniciar diligencias ya que, en esta fase del proceso, el objetivo es recabar información que, en su caso, permita fundamentar una acusación provisional contra quien aparece indiciariamente como autor de un delito. Esto es lo que ha hecho la jueza de la DANA y, por cierto, es mucho más de lo que de ordinario se precisa para declarar imputado a un ciudadano común.

Ahora bien, todo eso no basta para la condena, que requiere que esa acusación provisional que resulta de la investigación acerca del hecho y de su autor quede acreditada más allá de toda duda razonable, esto es, conforme al canon de la presunción de inocencia como regla de juicio. Es decir, no basta con acreditar la omisión de un garante. Como en otros lugares se ha dicho¹, es obligado, en primer lugar, evitar los excesos a que a menudo se llega en sede de comisión por omisión al establecer una espuria equivalencia entre la acción y la omisión. En segundo lugar, la presencia de un garante no puede oscurecer el juicio de imputación subjetiva, pues para valorar la gravedad del deber de diligencia infringido habrá que tomar en consideración muchos parámetros; entre ellos, especialmente, las discrepancias existentes entre los miembros del CECOPI, la situación de práctica incomunicación del máximo responsable del Consell y el hecho de que la Consellera hubiera sido nombrada apenas unos meses antes (Decreto 18/2024, de 12 de julio) y, por ende, aquella fuera su primera actuación como responsable de emergencias

¹ Por razones de espacio, me limito aquí a citar algunos de los trabajos de la escuela a la que pertenece CARBONELL MATEU, 2016, pp. 37 ss.; CUERDA ARNAU, 2019, pp. 65 ss. RAMOS VÁQUEZ, 2017, pp. 232 ss.; todos con ulteriores citas a los trabajos clásicos sobre la materia.

En lo que sigue, me limitaré a enjuiciar la cuestión relativa a la imputación objetiva de los resultados, y, más concretamente, a tratar de poner de manifiesto por qué servirse como criterio de imputación de la mera idea de incremento/no disminución del riesgo resulta constitucionalmente inadmisibles y, por tanto, incompatible con la propuesta del maestro Vives Antón.

III. EL INCREMENTO DEL RIESGO COMO CRITERIO DE DECISIÓN DE LA CULPA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. ALGUNOS EJEMPLOS

1. Acción e incremento del riesgo

Como con singular claridad expone nuestro homenajeado en ese utilísimo instrumento que es el Memento práctico de Lefebvre², la jurisprudencia denomina «primer nivel de imputación» a la exigencia en los delitos de resultado de que la acción haya generado un riesgo típicamente relevante, lo que se sustancia en una serie de requisitos de todos conocidos en los que no puedo detenerme, pero cuya esencia radica en la creación de un riesgo no permitido que se realiza en el resultado³.

En aplicación de ese esquema, un sector de la jurisprudencia no tiene reparo en condenar por un delito de lesiones a quienes irrumpieron violentamente y armados en el domicilio de una mujer y su pareja, recluyeron a la primera en el dormitorio de la vivienda y dispararon contra el otro morador, de forma que ella, al oír tales disparos, se atemorizó e intentó la arriesgada huida a través del balcón, lo que provocó su caída y la producción de importantes lesiones (STS 928/2013, de 5 de diciembre). De igual modo, la STS 1299/2005, de 7 noviembre imputa las lesiones sufridas por la víctima a quien, esgrimiendo un cuchillo de cocina de unos 20 centímetros de hoja y una catana la amenazó de muerte, indicándole que la única posibilidad que tenía de salir a la calle con vida era saltar por la ventana, procediendo a cerrar con llave la puerta de la casa. Todo ello motivó que la mujer, atemorizada ante la posibilidad de que el acusado materializara su propósito, saltase a través de la ventana al vacío. Con similar argumentación a la utilizada en anteriores resoluciones, la STS 444/2007 de 16 mayo, imputa los resultados de muerte y aborto al acusado, maltratador habitual que el día de autos comenzó a emitir toda clase de

² PEÑARANDA RAMOS, 2025, nm. 1365.

³ *Vid.* con mayor detalle PEÑARANDA RAMOS, 2025, nms. 1368 ss.

reproches a su esposa; básicamente en relación con la paternidad de la hija que esperaba, al tiempo que la encerró en el domicilio familiar. Esa noche acometió físicamente a la mujer causándole un abundante sangrado, por lo que, atemorizada con perder su vida y la del feto, intentó escapar por una de las ventanas, pero debido al peso de ella y de su estado avanzado de gestación cayó, falleciendo tanto ella como el bebé que portaba⁴.

2. Causalidad de la omisión en el delito imprudente

Existe unanimidad entre la doctrina y la jurisprudencia en que –al igual que acontece en las conductas activas– es requisito común de la omisión y la imprudencia que el resultado pueda ser atribuido al acusado.

Ahora bien, en el caso de la omisión impropia, para dar por probado que el resultado es consecuencia de la infracción del deber de cuidado por parte del garante se han barajado en general⁵ tres criterios. De un lado, son muchos quienes, en la línea de Engisch o Maurach defienden la tradicional fórmula de la «seguridad rayana en la certeza», mientras que otros reclaman la «seguridad absoluta» que, por ejemplo, defendiera Mezger. Sin embargo, junto a estos criterios, cada vez adquiere más protagonismo en la práctica cotidiana de nuestros tribunales la tendencia a trasladar a la omisión la teoría del incremento del riesgo, a resultas de la cual bastará con que la omisión haya elevado las posibilidades de producción del resultado. En la práctica, ello implica indefectiblemente que la sombra de la culpa se proyectará sobre todo garante por el simple hecho de serlo; más aún cuando lo que se le pretende atribuir son resultados imprudentes. En tal hipótesis, esta teoría viene como anillo al dedo para fundamentar acusaciones provisionales –lo cual, como se dijo, no es censura-

⁴ El mismo esquema aplica la jurisprudencia menor. Me limito a tal efecto a citar un caso que conozco de primera mano porque fue objeto de la sentencia 11/2022, de 29 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, en la que se condena como autor de un homicidio con dolo eventual a quien reiteradamente amenazó a un joven de 17 años con desvelar la relación que habían mantenido en una red de contactos sexuales, pese a que el chico le advirtió que se suicidaría, lo que así hizo arrojándose por el patio interior de su vivienda. En esta resolución, con apoyo en la STS 928/2013, de 5 de diciembre, se sostiene que «respecto a la imputación objetiva del resultado por la teoría del incremento del riesgo, cabe imputar objetivamente el resultado una vez que se constata que el autor generó el riesgo desaprobado, aunque no sea seguro que la conducta ajustada a derecho lo hubiera evitado». Dicha argumentación fue validada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su sentencia 20/2023, de 23 de enero, en la que, con cita de las SSTs 2897/2021, de 10 de junio, 1105/2021, de 24 de marzo y 7 de abril de 2006, se vuelve a reiterar de manera casi mecánica y acrítica que el sujeto creó un riesgo no permitido y es, por ende, responsable del resultado.

⁵ Dejo respetuosamente al margen otras opiniones minoritarias y excuso la omisión de citas que serían obligadas en un trabajo sin las lógicas limitaciones que tiene el que nos ocupa.

ble— pero también para sacarlas adelante si quien acusa hilvana un buen discurso en el que quede claro que se incrementó el riesgo y no se ha probado — única posibilidad de absolución— que el resultado hubiera sido exactamente el mismo si no se hubiera producido esa omisión imprudente, una carga esta última que tiende a desplazarse sobre el acusado

Sin duda, el *leading case* sobre la materia en la jurisprudencia española es el caso «Madrid Arena» (STS 805/2017 de 11 diciembre), donde se ponen al descubierto claramente los excesos a que se puede llegar —como denuncia el voto particular del magistrado Jorge Barreiro— aplicando la teoría del incremento del riesgo. Aunque muy brevemente, procede recordar que allí se enjuició a los organizadores de un concierto multitudinario en el pabellón del mismo nombre en el que se produjo una avalancha humana, que se saldó con la muerte de varias jóvenes y multitud de heridos a consecuencia del sobreaforo y las deficiencias en el sistema de evacuación, lo que motivó —según los hechos probados— que las tareas de rescate de las víctimas que quedaron atrapadas en el vomitorio se realizaran de manera absolutamente descoordinada, lenta y poco eficaz, lo que supuso que ingresaran en la enfermería del recinto mucho tiempo después de haber sufrido el aplastamiento y con parada cardiorrespiratoria. En dicho asunto resultaron enjuiciados, además de los organizadores, dos médicos a los que la acusación imputaba varios delitos de homicidio por imprudencia profesional por no haber dispensado el adecuado tratamiento a las víctimas. Dichos sanitarios fueron absueltos por la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia 488/2016, de 21 de septiembre) por estimar que no resultó acreditado «que la asistencia sanitaria que los doctores [...] hubieran debido prestar a las jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas» (FJ 3.º). La sentencia fue recurrida y, en lo que ahora interesa, se estimó el recurso contra la absolución del jefe del equipo médico (la del médico ayudante no fue recurrida), al que el Tribunal Supremo condenó por un delito de homicidio por imprudencia profesional por entender que

«la responsabilidad del médico debe ligarse al hecho de que ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva [...] Nos referimos, en consecuencia, a la imputación objetiva del resultado por la teoría del incremento del riesgo, conforme a la cual cabe imputar objetivamente el resultado una vez que se constata que el autor generó el riesgo desaprobado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a derecho lo hubiera evitado». (FJ 20.º Apartado 3).

IV. EL INCREMENTO/NO DISMINUCIÓN DEL RIESGO EN UNA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La idea de que todo injusto típico se legitima en tanto en cuanto la conducta deba suponer, al menos, un riesgo para un bien jurídico es algo que, aún antes de nacer la «moderna» teoría de la imputación objetiva, ya defendían las corrientes liberales. Sin embargo, tanto la teoría de la disminución del riesgo como la de su incremento van mucho más allá y, o bien conducen a resultados difícilmente compatibles con el lenguaje común y, por ende, con el principio de legalidad⁶, o bien, además de esto, suponen una vulneración de la presunción de inocencia.

Tomemos como banco de pruebas la sentencia dictada en el caso Madrid Arena, que, a la postre, acaba reduciendo la imprudencia a la infracción del deber⁷ e invirtiendo la carga de la prueba, porque, como también se dice en el voto particular «impone de facto al reo la prueba de que acredite con seguridad que, en todo caso y se hiciera lo que se hiciera médicamente, la paciente habría fallecido» (FJ.3.º3). Ello plantea, al menos, dos grupos de problemas; a saber:

1. Problemas de legalidad

La mayoría viene a decir que no disminuir el riesgo de muerte –o, si se prefiere, incrementarlo– equivale a matar, lo cual implica, en primer lugar, una confusión entre responsabilidad y autoría. Así es porque con tal criterio se posibilita que cualquiera que realice una conducta de riesgo vinculada de algún modo causalmente a un resultado se convierta en autor del mismo, lo que pugna con el tenor literal de la ley puesto que para poder decir que alguien causó la muerte no es posible contentarse con cualquier clase de conexión, ya que, como también se ha dicho por otros partidarios de la concepción significativa de la acción⁸, la caracterización de la autoría que se desprende de la regulación de nuestro Código penal, lo vincula a la realización del tipo de acción. Por consiguiente, sólo es autor en sentido lógico gramatical quien –a di-

⁶ Tanto cuando con ello se fundamenta la imputación objetiva –lo cual es más grave– como cuando lo pretendido es establecer límites a la causación. Tal es el caso del tratamiento que, desde que lo propusiera Roxin, se depara a las hipótesis de disminución del riesgo, por cuya virtud acaba por decirse que no «lesionó» a la víctima quien para evitar un riesgo mayor la empujó al suelo, sufriendo por ello una fractura de hombro.

⁷ CARBONELL MATEU, 2016, p. 40.

⁸ GÓRRIZ ROYO, 2008, pp. 274 ss. y 437 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 107 ss. Y mucho antes nuestro común maestro en COBO/VIVES, 1996, pp. 663 ss.

ferencia de los partícipes— realiza «el tipo de acción relevante y ofensivo en el que concurra la predecibilidad general»⁹. En segundo lugar, el criterio en cuestión, como bien advierte Peñaranda¹⁰, acaba convirtiendo un delito de resultado en un delito de peligro, con lo cual se desprecia la fórmula lingüística utilizada por el legislador y se sustituye esa acción por la valoración material que le merece al intérprete. Y lo mismo cabe decir de la incorrecta parificación a que conduce entre la omisión propia de un garante y la comisión por omisión, ya que, a fin de cuentas, lo determinante es que el garante haya incrementado/no disminuido el riesgo, de modo que el resultado— al igual que cuando esta teoría se proyecta sobre el delito imprudente— acaba convertido en una suerte de condición objetiva de punibilidad.

Para evitar esa quiebra de la legalidad, Vives Antón, por las sólidas razones que expuso en sus *Fundamentos*¹¹, considera imprescindible abordar el problema tomando como eje el hecho de que la adecuación a tipo es un problema de subsunción de la conducta en la descripción legal¹². Cuando afirmamos que una conducta es causa de un resultado lo que ofrecemos es una explicación discursiva realizada con criterios públicos. En palabras del autor, «el resultado y la conexión del resultado con el movimiento —o la ausencia de movimiento— corporal no son sino momentos internos de la acción típica [...]. De lo que se trata es, no de elaborar una teoría “científica”, sino de saber cuándo podemos entender un proceso determinado como acción de matar, de robar, etc.»¹³. La atribución de un resultado a una conducta olvidando tal cosa es inadmisibles desde la perspectiva del sistema de garantías. En consecuencia, ante una conducta de la que se pueda decir que ha contribuido al resultado hay que indagar si realmente con esa acción se realiza el tipo penal de que se trate, que, en tanto que injusto penalmente relevante, no puede abarcar todas y cada una de las consecuencias que podrían derivarse de una conducta determinada, sino solo las que, conforme a las leyes generales y a las máximas de la experiencia, se derivan *regularmente* de la misma. Sin esa limitación, el ciudadano carecería de la más elemental certeza acerca de qué comportamientos son penalmente relevantes. Lo anterior es aún más claro si cabe en la omisión, pues cualquier intento de explicarla con criterios naturalísticos «está destinado al fracaso»¹⁴.

⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 111.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2025, nm. 1524.

¹¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1996, pp. 304 ss.; 2011, pp. 315 ss. Antes en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1984, pp. 354 ss.

¹² Lo cual, de suyo, desaconseja adoptar criterios generales, ya que, por servirme del ejemplo del maestro, en nada se parecen la causalidad del homicidio con la causalidad de la estafa.

¹³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1996, pp. 309 y 310.

¹⁴ CARBONELL MATEU, 2016, p. 44.

Es obvio, pues, que tampoco en la omisión la afirmación de la causalidad remite a una teoría científica que nos permita atribuir con absoluta certeza el resultado a la omisión. También aquí se trata de dar (buenas) razones para poder afirmar más allá de toda duda razonable que aquella acción hubiera evitado el resultado.

2. Problemas de presunción de inocencia

La teoría del incremento del riesgo aboca en casos de incertidumbre acerca del grado de riesgo incrementado (o no disminuido) a una frontal vulneración de la presunción de inocencia. Probado el incremento/no disminución del riesgo se tiende a olvidar la crucial cuestión de que el resultado debe ser en cada caso la realización de ese riesgo y no de otros, lo cual tiene particular trascendencia, por ejemplo, en los casos de errores de diagnóstico en la práctica médica y, como en el que nos ocupa, en hipótesis en que son muchos los factores causales concomitantes. Precisamente en relación con los errores de diagnóstico, nuestro homenajeado no oculta que la teoría en cuestión suele ser la que «parece en una primera impresión más ajustada al sentimiento de justicia»¹⁵, lo cual, sin embargo, no le impide reconocer que «tropieza nuevamente con los inconvenientes generales de la teoría del incremento del riesgo»¹⁶. Por ello, Peñaranda propone una fórmula que va más allá del mero incremento; a saber: que «la no realización de la conducta debida se encuentre entre los factores que explican su producción, lo cual –precisa– puede ocurrir también aun cuando el resultado pudiese haber tenido lugar pese a realizarse la acción omitida, en virtud de otros factores alternativos»¹⁷. Tal fórmula mejora, sin duda, el actual estado de cosas porque exige justificar la existencia de una relación entre la omisión y el resultado en el caso concreto. Pero, en los casos de incertidumbre, no estoy segura de que conjure el peligro de fundamentar condenas en el mero incremento del riesgo, del que rara vez no podrá decirse que, al menos en parte, «explica» la producción del resultado. A menos que esa fórmula se entienda –y creo que es lo que procede por venir de quien la formula– como una justificación en sentido fuerte o, si se prefiere, una explicación «singularmente reforzada» y, en esa medida, ajustada a las exigencias de la presunción de inocencia.

¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2025, nm. 1524.

¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2025, nm. 1524.

¹⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2025, nm. 1526.

En suma, la vieja cuestión de la prueba de la causalidad en la omisión apela, como en la acción, a la presunción de inocencia como criterio de justificación del castigo. La clase de prueba del nexo causal a que nos referimos— la verdad perseguida— no es tampoco en la omisión «una cuestión de correspondencia con ninguna clase de realidad absoluta, sino una de garantía argumental»¹⁸ El auténtico problema —naturalmente común a la acción y a la omisión— es el referido al grado de certeza constitucionalmente exigible para estimar que un juicio es verdadero, lo cual remite a la ardua polémica filosófica relativa a los usos que se han hecho de los términos «verdad» y «verdadero», una cuestión que aquí resulta inabordable. En todo caso, parece razonable descartar en nuestro ámbito una concepción cartesiana de la verdad como correspondencia con la imagen absoluta del mundo, de modo que cuando afirmamos que no hay duda acerca de la culpabilidad no pretendemos en modo alguno decir que hemos alcanzado una especie de certeza absoluta. Lo que importa es, como dijera Vives, asumir con todas sus consecuencias que la presunción de inocencia como criterio de verdad de la culpa exige la justificación de nuestras creencias y, por consiguiente, obliga a que sólo hablemos de verdad con relación a aquellos enunciados respecto de los cuales es lógicamente imposible la duda o respecto de aquellos de los que no es *razonable* dudar¹⁹. La trascendencia práctica que ello puede tener en ámbitos como los de la responsabilidad médica, los riesgos laborales o, ahora, en la gestión de catástrofes resulta incuestionable, pues, en aplicación del estándar que aquí se defiende, obligará a absolver en algunos casos en los que la absolución resulta una respuesta anti intuitiva y, probablemente, también poco ecuánime a los ojos de la mayoría (v. gr. errores graves de diagnóstico u otros errores en la valoración del riesgo que, pese a todo, no permitan la atribución del resultado por no poder decir que éste es, en el caso concreto, la materialización del resultado más allá de toda duda razonable)²⁰.

¹⁸ VIVES ANTÓN, *Teoría y Derecho*, 2007, p. 171.

¹⁹ VIVES ANTÓN, *Teoría y Derecho*, 2007 p. 183. De algún modo es lo que ya se dijo por las Sezioni Unite en la conocida como sentencia Franzese en la que claramente se expuso por qué criterios como el del incremento del riesgo (o su no disminución) no tienen cabida en un sistema constitucional que exige utilizar un estándar de certeza racional. SU 10 julio 2002, dep. 11 septiembre 2002, n. 30328, en *Cassazione penale*, 2002, pp. 3643 ss.

²⁰ Por ello, en esferas muy determinadas, el legislador puede valorar la conveniencia de tipificar, excepcionalmente, omisiones puras de garante que no requieran de la producción de un resultado, recibiendo, por tanto, un trato penológico acorde con esta circunstancia. Con ello se evitaría la tentación de «hacer justicia» recurriendo a peligrosos criterios de imputación que acaban equiparando indebidamente la omisión a una conducta activa.

A la vista de lo expuesto, creo innecesario detallar más por qué la teoría del incremento del riesgo es incompatible con lo que ha dado en llamarse la «concepción significativa de la acción» de Vives, una propuesta con la que lo que verdaderamente quería su autor era construir una suerte de dogmática de los derechos fundamentales, que son la única doctrina que un jurista no puede dejar de acatar. Desde esa dogmática, la imputación objetiva es un proceso argumental construido con criterios públicos que deben respetar esos derechos y los principios constitucionales que los garantizan. Por tanto, es imposible abrazar una teoría que desprecia el lenguaje común— y con ello desprecia la acción y la legalidad a la que remite— y la presunción de inocencia, que es un criterio de la verdad de la culpa, ya que la verdad de la inocencia no precisa ser probada.

V. ¿Y LAS MUERTES DE LA DANA?

Como se dijo, nada más lógico y procedente que abrir una investigación para clarificar lo ocurrido en la aciaga tarde de aquel 29 de octubre. Ahora bien, en sede de juicio oral lo que hay que clarificar es si los imputados pueden ser hechos penalmente responsables de esas 229 muertes o de alguna de ellas.

A tal efecto, en sede de imputación objetiva, la pregunta central que el juez del enjuiciamiento debe formularse no es quien incrementó el riesgo, sino si quien lo incrementó por no enviar a tiempo un mensaje adecuado de alerta mató a quienes fallecieron. El juez deberá realizar un juicio individualizado, un juicio de probabilidad lógica, que compruebe la aplicación de las leyes generales y la experiencia común al caso concreto, excluyendo la presencia de otros factores causales alternativos. Como se dice en la magistral STS 865/2025, de 27 de febrero, «mientras la condena presupone la certeza de la culpabilidad, neutralizando la hipótesis alternativa, la absolución no presupone la certeza de la inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad. La absolución no se deriva de la prueba de la inocencia sino de la frustrada prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. De ahí que una hipótesis exculpatória mínimamente verosímil arruine la probabilidad concluyente —la conclusividad— que exige el mencionado estándar» (FJ 5). Habrá, pues, que delimitar, en primer lugar, cuál es la conducta omitida y cuándo debió realizarse, lo cual remite al contenido del mensaje y a la horquilla horaria en que debió ser enviado, ya que de eso depende que fuera potencialmente eficaz para evitar cada uno de los resultados que pretenden atribuirse a la omisión. A partir de ahí será necesario, entre otras muchas cosas, determinar la hora y el lugar en que se

produjo cada muerte y en qué condiciones ocurrió ¿Antes o después del momento en que debió enviarse el mensaje? El juez deberá también interrogarse acerca de las condiciones existentes en el momento en que la víctima decidió –como, tal vez, tantos hubiéramos hecho– ir a recoger a sus hijos al colegio, emprender el camino de regreso a casa tras la jornada laboral o bajar al garaje para poner su coche a salvo, lo cual dependerá del lugar y hora en que se produjo el deceso. Por otra parte, restará averiguar si, de haberse alertado a la población tres o cuatro horas antes, hubieran podido los servicios de bomberos, ambulancias, policía, o la propia UME atender a las víctimas habida cuenta del colapso que el 112 vivió el día de autos. Son muchas y muy complejas las preguntas que habrá que responder con el fin de decidir acerca de todas y cada una de las muertes. Esto es algo, creo, en lo que todos los penalistas estamos de acuerdo.

Pero no todos defendemos el mismo tipo de análisis. Así, por ejemplo, Martínez Escamilla en un interesante artículo²¹ sobre el tema sostiene que considera factible que se pueda terminar aplicando el artículo 142 CP al caso de un padre y una hija que salieron de su casa a las 19.26 –en el momento álgido de la tragedia– para sacar sus coches del garaje, infiriendo que si se hubiera enviado un mensaje correcto antes de esa hora no habrían fallecido. A mi modo de ver, sin embargo, este es justamente uno de los casos en los que –a diferencia de otros²²– estimo que no es posible entender probada más allá de toda duda razonable la causalidad de la omisión²³. En el caso a que se refiere Martínez Escamilla estamos ante la actuación voluntaria de un tercero y, por ende, ante la imposibilidad lógica –si se prefiere, ante un grado de incertidumbre que supera el que la lógica admite– de saber si el mensaje de alerta les hubiera llevado a desistir de bajar al garaje o si, por el contrario, lo hubieran ignorado como, por cierto, sucedió el día 31 de octubre en Castellón, donde el mensaje de alerta fue generalmente desatendido ante la aparente inexistencia de riesgo. Ese es, en definitiva, uno de esos casos en los que la presunción de inocencia debiera conducir a absolver. Esta conclusión, por otra parte, creo que pueden compartirla muchos de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva. La diferencia es el camino que cada uno sigue para llegar a esta conclusión y la cuestión es

²¹ *El País*, 2025.

²² Especialmente los casos en que no puede hablarse de una autopuesta en peligro: así los ancianos sin capacidad de decisión cuyos cuidadores no fueron alertados o quienes se vieron atrapados en sus propias casas, en sus escuelas o en sus lugares de trabajo. En estos y otros casos análogos no hay una imposibilidad lógica para admitir la imputación objetiva, sin perjuicio de la dificultad que también en estos entraña descartar en aquel caos otros factores causales.

²³ En tal sentido, MARTÍNEZ BUJAN, 2013, p. 30; 2019, p. 119

decidirse por aquél que resulte no sólo metodológicamente más adecuado, sino, ante todo, más transitable para los principios constitucionales que se busca salvaguardar.

VI. CONCLUSIÓN

Por las razones aquí defendidas, no basta para la imputación objetiva de un resultado con acreditar que el garante incrementó o no disminuyó un riesgo. Por ello, en el caso de la dama no es posible contentarse a efectos de enjuiciamiento con el hecho –evidente– de que es muy probable que el envío a tiempo de un mensaje de alerta bien formulado hubiera reducido el riesgo.

Como jurista, confío en que el órgano jurisdiccional que enjuicie finalmente lo ocurrido aplique con rigor el principio de legalidad y el canon de presunción de inocencia que aquí se ha defendido y valore que –como decía Cancio en su certera crítica a quienes no aceptan ninguna responsabilidad política más allá de la penal– «no hay un delito genérico de incompetencia máxima»²⁴, ni tampoco –añadiría yo– es el Derecho penal el instrumento más adecuado para afrontar las catástrofes.

Como valenciana, me he manifestado reiteradamente para exigir responsabilidad política por tan nefasta gestión. La dimisión del expresidente Mazón un año después de lo ocurrido ha llegado tarde; y, desde luego, mal porque no solo no ha dado las explicaciones que todos seguimos esperando, sino que, además, ha tenido el cinismo de presentarse como si fuera la víctima 230. El gobierno valenciano y el gobierno de la nación deben actuar de consuno para evitar que se repita una tragedia de estas características y para que las víctimas obtengan una reparación justa y un trato institucional acorde a su dignidad, aunque ya nada pueda compensar el dolor por sus pérdidas. A ellas, con el permiso de Enrique Peñaranda, quiero también rendir homenaje. A las que ya no están, pero, sobre todo, a sus familias, porque, como pudimos comprobar todos los que en algún momento cruzamos el puente de la Solidaridad, vivir con los trágicos recuerdos de aquella funesta noche es también una forma de morir.

²⁴ *El País*, 2025.

BIBLIOGRAFÍA²⁵

- CANCIO MELIÁ, Manuel: *¿O delito o nada?*, El País, 26 de octubre de 2025.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *La equivalencia significativa en la comisión por omisión*, en Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid, 2016, pp. 37 ss.; también en Cuadernos de Política Criminal, núm. 113, 2014, pp. 5 ss.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1984.
- *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: *Extensión jurisprudencial de la comisión por omisión y principio de legalidad*, en Lenguaje y dogmática penal, Valencia, 2019, pp. 65 ss.
- GÓRRIZ ROYO, Esther: *El concepto de autor en Derecho penal*, Valencia, 2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *El contenido de la antijuridicidad. Un estudio a partir de la concepción significativa del delito*, Valencia, 2013.
- *La autoría en Derecho penal*. Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal), Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Manuel: *¿Son homicidios las muertes de la DANA?*, El País, 10 de noviembre de 2025.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva*, en Memento Práctico Penal, Madrid, 2025, nms. 1330 ss.
- RAMOS VÁZQUEZ, Jesús Ángel: *El lenguaje de la vecina y la posición de garante como redundancia en la comisión por omisión*, en Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal, Valencia, 2017, pp. 232 ss.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996.
- *Fundamentos del sistema penal*, 2.^a ed., Valencia, 2011.
- *Más allá de toda duda razonable*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, núm. 2, 2007, pp. 167 ss.

²⁵ Por razones de espacio, solo se incluyen los trabajos que aparecen en las notas al pie. Pero, como es obvio, cuanto aquí se dice –sea correcto o no– bebe de las fuentes clásicas en materia de comisión por omisión, causalidad, legalidad y presunción de inocencia.

5. LA RELEVANCIA PENAL DE LOS CONOCIMIENTOS Y CAPACIDADES ESPECIALES

JAVIER DE VICENTE REMESAL ¹

Prof. Dr. Dr. h.c., Catedrático (emérito) de Derecho penal
Universidad de Vigo

*Con profundo afecto apporto esta contribución
al Libro Homenaje a mi querido colega y amigo,
el profesor Enrique Peñaranda Ramos.*

I. INTRODUCCIÓN

Los denominados conocimientos o capacidades especiales, cuyo significado se matizará a continuación, han sido objeto de discusión por la doctrina en el marco de diferentes puntos de la teoría del delito. Así, entre otros, en la tipicidad (en la relevancia de lo subjetivo, de lo personal, en el tipo, y en el

¹ IP del Grupo de Investigación *Práctica Médica & Derecho* (PM&D)/*Medical Practice & Law* (MP&L), Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (IIS Galicia Sur), SERGAS-UVIGO. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación, de cuyo equipo de trabajo formo parte, «Reforma y evolución del Derecho penal: límites, garantías y respuestas. Especial atención a sectores caracterizados por la vulnerabilidad de sujetos o la complejidad administrativa», PID2023-148510NB-I00 (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades –MICINNU.–/Agencia Estatal de Investigación –AEI–), del que son Investigadores Principales (IP) 1, Miguel Días y García Conlledo e IP 2 María A. Trapero Barreales. En lo que aquí se presenta –que es una actualización de trabajos anteriores publicados sobre este tema– he reducido al máximo su contenido y las muy numerosas referencias doctrinales y citas a pie de página, recogidas en trabajos anteriores, fundamentalmente en DE VICENTE REMESAL, 2020, RECPC 22-03, pp. 1-52.

significado intersubjetivo de la conducta)², en la imputación objetiva (si los conocimientos o capacidades superiores influyen en el juicio de imputación objetiva, sin que ésta deje de ser exclusivamente objetiva)³, o en la imprudencia (en la determinación del deber objetivo de cuidado⁴ y en el alcance que para ello se otorga a lo intersubjetivo-general y a lo personal-individual)⁵. Asimismo, los conocimientos y las capacidades especiales afectan, en el ámbito del error, por la introducción de esos factores individuales frente al estándar, a la determinación de su evitabilidad o inevitabilidad⁶.

Por otra parte, dentro de estos diversos campos es necesario precisar a qué tipo de conocimientos o capacidades especiales vamos a referirnos fundamentalmente: a aquellos que le otorgan a la persona actuante la aptitud, capacidad o facultad de identificar y en su caso evitar riesgos que no pueden identificar la mayoría de las personas, por carecer de dichos conocimientos o capacidades especiales. Dejamos fuera otros tipos de conocimientos o capacidades especiales. Por ejemplo, el caso inverso en que dichos conocimientos o capacidades permiten a esa persona que los posee percibir que no existe el riesgo o peligro, que percibiría la mayoría. En estos casos, que esa persona no adopte los medios para conjurar el peligro percibido por el espectador ordinario no da lugar a responsabilidad (ni siquiera por tentativa) porque hay que excluir la tipicidad la conducta.

Prácticamente todas las discusiones doctrinales se centran en el primer grupo de casos. La cuestión que se plantea aquí es, abreviadamente, la de determinar si una persona, generalmente un profesional, puede incurrir en responsabilidad penal por no emplear, pudiendo hacerlo, conocimientos o capacidades superiores a los que concurren en otras personas en su mismo ámbito de actuación. Se centra sobre todo en el delito comisivo imprudente, pero también afecta a la omisión. La mayoría de las aportaciones doctrinales centran su atención en los conocimientos especiales y considerando exigible su empleo, atribuyendo a las capacidades especiales, o bien un tratamiento semejante a los conocimientos, o bien distinto, incluso totalmente contrario, por entender que no es exigible su empleo. Anticipando mi posición, las capacidades especiales no constituyen ningún problema diferente al que plantean los conocimientos especiales en cuanto

² Cfr. GRECO, 2005, pp. 519 ss. Asimismo, PANTALEÓN, 2021, p. 13 y *passim*, en el análisis de los casos en que la concurrencia de una perturbación puede afirmarse a los efectos civiles, pero no, en cambio, a los penales.

³ GRECO, 2005, pp. 519 ss; ROJAS, 2010, pp. 233-244; WOLTER, 2020, pp. 1173-1189; WOLTER, 2024, pp. 574-581; SILVA, 2025, 10/9.

⁴ DÍAZ ARANA, 2014, pp. 113 ss.

⁵ SILVA, 2025, 13/75-79.

⁶ SILVA, 2025, 12/135 ss.

a la exigibilidad de su empleo, si bien su diferencia puede radicar en la mayor dificultad que aquéllas plantean en cuanto a la prueba o demostración de su concurrencia y posibilidad de empleo. Las diferencias y similitudes que ambos conceptos tienen en el plano general también se aprecian en el ámbito penal. En éste –y sobre todo en las capacidades– no se desprende de la doctrina con suficiente claridad qué ha de entenderse por el sustantivo ni por el adjetivo⁷.

El significado del concepto capacidad no es unívoco. Tanto en el uso común como en el ámbito penal, capacidad (aptitud, destreza, etc., o *Fähigkeit*, *Begabung*, etc., o *skill*, *know-how*, etc.) significa que un sujeto goza –o carece– de capacidades para hacer o lograr algo. E igualmente el conocimiento, que es la acción y el efecto de conocer. Y conocer es averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas.

Otro tanto sucede con el calificativo especial, o superior. Los conocimientos y las capacidades superiores (en terminología alemana *Sonderwissen*, los primeros, y *Sonderfähigkeiten*, las segundas) suelen entenderse como términos comparativos en relación con los conocimientos y capacidades que se considera concurren en una figura-baremo (*Maßfigur*), el estándar de la persona razonable, prudente y cuidadosa, modelo de conducta (*reasonable person model* –RPM–, *model of behavior*) –generalmente en este contexto el buen profesional (a modo de *bonus pater familias*) – y significan que el sujeto actuante supera en conocimientos o capacidades a dicha figura-baremo, de semejante posición.

Los conocimientos y las capacidades guardan una estrecha relación entre sí. Generalmente las capacidades son consecuencia de los conocimientos, pero no siempre ni necesariamente. Incluso en las innatas existen esas interrelaciones con los conocimientos: el superdotado puede adquirir más y más complejos conocimientos que el resto de los sujetos. El carácter innato o adquirible de las capacidades es una cuestión discutida y a la que se vinculan importantes consecuencias prácticas. Una de las razones por las que, por ejemplo, Luzón Peña defiende (anteriormente en todo caso⁸ y actualmente con alguna excepción⁹) un tratamiento diferenciado de los conocimientos y de las capacidades superiores radica en considerar transmisibles únicamente los conocimientos. En mi opinión también las capacidades superiores son susceptibles de adquisición y transmisión. Las capacidades especiales son en su gran mayoría adquiridas, como consecuencia del desarrollo de imprescindibles aptitudes o facultades mínimamente necesarias¹⁰.

⁷ Cfr. ULSSENHEIMER, 2015, pp. 58 ss.

⁸ LUZÓN PEÑA, 2016, 18/30; de la misma opinión VALLEJO, 2015, p. 148.

⁹ LUZÓN PEÑA, 2025, 18/30.

¹⁰ Cfr. DE VICENTE REMESAL, 2020, pp. 8 ss.

II. LOS BAREMOS OBJETIVOS COMO BASE GENERAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA

La respuesta al problema de la exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades especiales del sujeto actuante está estrechamente vinculada a las distintas posiciones doctrinales sobre la imprudencia y sobre su baremo o concepción determinantes, existiendo interpretaciones divergentes entre quienes comparten (compartimos) el baremo objetivo para la determinación de la imprudencia.

Su mayor discusión se produce en la determinación del juicio de peligro¹¹, en el análisis de la imputación objetiva y del deber objetivo de cuidado en el tipo imprudente¹². Las críticas a la concepción clásica de la imprudencia, que la contemplaba exclusivamente en la culpabilidad¹³, dieron lugar a que se impusiera un concepto normativo de imprudencia¹⁴, como infracción, incumplimiento o inobservancia del cuidado debido o de la diligencia debida¹⁵. En los presupuestos de los que aquí se parte, los baremos objetivos constituyen la base general, tanto del núcleo de la imprudencia como de su presupuesto. El sujeto debe adoptar las precauciones necesarias para evitar la realización del tipo, y con ello la lesión. Para ello se toma como baremo un idealizado (y criticado por la doctrina)¹⁶ sujeto medio ideal, si bien esta delimitación del contenido normativo del deber de conducta no admite respuestas simples ni puede resolverse con fórmulas generales¹⁷.

III. INEXISTENCIA DE PROBLEMA ALGUNO EN LOS CASOS DE CORRESPONDENCIA CON LOS BAREMOS OBJETIVOS GENERALES

Las reglas que rigen para determinar la infracción del deber de cuidado parten del supuesto normal de que los conocimientos y capacidades del sujeto actuante se corresponden con los que concurren en cualquier otro sujeto de semejante posición (generalmente en el ámbito profesional) colocado en la misma situación que aquél. Con esta premisa no se plantean mayores proble-

¹¹ PANTALEÓN, 2021, pp. 120 ss.

¹² Cfr. SACHER, 2006, pp. 15 ss.

¹³ Cfr. MEZGER, 1957, pp. 185-186; MAURACH, 1962, p. 226.

¹⁴ Detalladamente sobre las diferentes teorías que surgen en este contexto, cfr. DE VICENTE REMESAL, 2020, pp. 11 ss.

¹⁵ O formulaciones semejantes. Cfr. WELZEL, 1969, pp. 130-133.

¹⁶ Ampliamente al respecto, DE VICENTE REMESAL, 2014, pp. 121 ss.

¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 339 ss.

mas para exigir al sujeto actuante, sobre la base de una prognosis objetiva posterior, el empleo de sus conocimientos o capacidades, pues esto se corresponde con las exigencias generales, esto es, con el carácter objetivo-general de la determinación de la infracción del deber de cuidado o del juicio de peligro.

El tipo no puede pretender imponer, con carácter general a todos los ciudadanos, aquello que no se puede cumplir. El deber de cuidado o diligencia que impone la norma a los ciudadanos en general, en el tipo de situación o actuación de que se trate, es aquel respecto del cual existe la expectativa de que el sujeto, en esa situación o posición, es capaz de cumplir con el empleo de los conocimientos y capacidades normales requeridas en cada caso. Por ejemplo, para conducir o para realizar una intervención quirúrgica.

Pero existen también supuestos en que los conocimientos o capacidades del sujeto actuante son inferiores o superiores a los concurrentes en esos otros sujetos en su mismo ámbito de actuación. Y es aquí donde surge la discusión acerca de la exigibilidad jurídico penal de su empleo.

IV. LOS CONOCIMIENTOS Y/O CAPACIDADES INFERIORES

No cabe duda de que existen casos en que las capacidades y/o conocimientos del autor concreto pueden ser inferiores a lo que corresponde a la persona baremo en su posición, esto es, a las exigencias generales. Y esto puede dar lugar a que por ese motivo no se represente la previsibilidad (objetiva) de producción del resultado. Por ejemplo, quien desconoce o confunde el significado de una señal de tráfico, o quien no sabe interpretar una radiografía por falta de formación. Y en cuanto a las capacidades, quien decide seguir conduciendo aun siendo consciente de sus problemas de visión o de sus disminuidos reflejos, o el cirujano que decide seguir practicando intervenciones quirúrgicas aun notando que está afectado de un Parkinson que pretende ocultar.

El tipo de los delitos imprudentes se realiza con la contravención de esos baremos objetivos generales, mientras que la cuestión de si el sujeto podía satisfacer esas exigencias únicamente es un problema de culpabilidad. La afectación del injusto se produce con el incumplimiento de lo que la norma espera, como mínimo, de cualquier sujeto, en cuanto se parte de la presunción de su concurrencia en general¹⁸. Aplicar aquí el criterio de la individualización implica confundir injusto y culpabilidad¹⁹.

¹⁸ Cfr. DE VICENTE REMESAL, 2020, p. 10; similar PANTALEÓN, 2021, p. 124.

¹⁹ Cfr. SCHÜNEMANN, 1975 b, pp. 159-177.

La imputación subjetiva del hecho requiere la posibilidad de cumplir la norma por el sujeto según su representación (*ultra posse nemo obligatur / ad impossibilia nemo tenetur*), pero eso no significa que la lesión del contenido de la norma sea subjetiva; ésta requiere que el obrar del destinatario se manifieste como peligroso en términos intersubjetivos *ex ante* ²⁰. El sujeto que, por sus deficientes conocimientos o capacidades, no está en condiciones de cumplir ese mínimo, realiza la conducta intersubjetivamente desvalorada por la norma, pero no se le imputa su vulneración ²¹. Lo que concurre aquí es una incapacidad subjetiva de cumplir el auténtico deber de cuidado, aunque puede resultar excluida o atenuada la culpabilidad individual ²². Mientras éstos sólo inciden sobre la imputación subjetiva al agente, los conocimientos o capacidades superiores pueden influir sobre el significado intersubjetivo de la conducta ²³.

Esta es la posición más correcta tras la inclusión de la imprudencia en el tipo de injusto. La norma es también una llamada de atención para que se abstengan de actuar quienes carezcan de sus exigencias ²⁴. Quien tiene graves problemas de visión –advierte Puppe ²⁵– no puede circular en bicicleta, y como no se le puede exigir que se limite a quedarse recluido en casa, debe en consecuencia ser especialmente atento y cuidadoso como peatón en el tráfico.

V. LOS CONOCIMIENTOS Y/O CAPACIDADES SUPERIORES

Lo que especialmente se discute es si la norma puede exigir el empleo de conocimientos y/o capacidades superiores, aunque para ello se deba sustituir el criterio objetivo-general por la individualización. Así, entre otros muchos casos ²⁶, los conocimientos que sólo puede llegar a tener un superdotado intelectual excepcional, o la capacidad excepcional, no adquirible ni transmisible, de quien, por su constitución física extraordinaria, tiene una fuerza descomunal, o la del ginecólogo que por haber nacido con una mano sin los dedos meñique y anular puede evitar utilizar el fórceps, del que cualquier otro médico no podría prescindir aun siendo consciente del peligro que eso puede suponer para el feto.

²⁰ SILVA, 2025, pp. 607-608/76.

²¹ SILVA, 2025, 8/78.

²² Así lo destaca LUZÓN PEÑA (Trat. s/a), 18/34. En sentido semejante PANTALEÓN, 2021, p. 206.

²³ SILVA, 2025, 10/66. Acertadamente opina SILVA, 2025, 10/61 que «el juicio intersubjetivo sobre la creación o incremento del riesgo no solo ha de tener en cuenta los aspectos externos de la situación que enjuicia, sino también los conocimientos del sujeto activo que muestran un acceso privilegiado a aquella».

²⁴ Cfr. DE VICENTE REMESAL, 2020, 20 ss

²⁵ PUPPE, 2017, nm. 160, n. 220.

²⁶ Ampliamente en DE VICENTE REMESAL, 2023, pp. 27 ss.

Resulta evidente que las teorías individualizadoras no encuentran mayor problema para exigir el empleo tanto de los conocimientos como de las capacidades superiores. Y entre quienes defienden la utilización de un criterio objetivo-general en todo caso, algunos abogan por un tratamiento distinto, según se trate de conocimientos o de capacidades. Así, Luzón Peña²⁷, quien (introduciendo alguna excepción actualmente)²⁸ considera que sólo el empleo de los conocimientos especiales puede ser objetivamente exigible porque –argumenta– conceptualmente, los conocimientos especiales del autor son perfectamente transmisibles al sujeto o profesional ideal. En cambio, las capacidades especiales y superiores del autor son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadirse las hipotéticamente al mismo²⁹.

Coincido con mi maestro en algunos aspectos, pero discrepo en otros³⁰. Esta cuestión no debe resolverse de modo diferente para los conocimientos y para las capacidades superiores. Lo que rige para los conocimientos debe ser en principio igual para las capacidades, si bien el problema de la prueba-demostrabilidad puede ser diferente.

No sólo los conocimientos son susceptibles de ser adquiridos, sino también las capacidades. Sin duda las que podemos denominar normales, porque son las que sirven de base al mandato general de previsión y cuidado. No cabe duda de que tanto los conocimientos normales, como asimismo las capacidades normales han de ser y son adquiribles, pues el tipo –como norma dirigida a todo ciudadano, para indicarle lo que como mínimo se espera de él, o aquello para lo que como mínimo se le considera competente³¹–, se construye sobre la base del carácter normal o usual, y por tanto necesariamente adquirible, de dichos conocimientos y capacidades. Y si esto es así, no se entendería por qué sólo el empleo de los conocimientos, y no también de las capacidades, puede ser exigible cuando pasan a ser especiales. Las capacidades normales pueden llegar a ser especiales, superiores a la media, por la práctica o entrenamiento³². Incluso el virtuoso pianista sólo es capaz de perfeccionar la interpretación de la obra después de múltiples ensayos. (Estas observaciones

²⁷ LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 18/28 ss. De forma similar, y con distintos argumentos, MIR PUIG, 2015, 11/35 y 11/41.

²⁸ Como veremos, Luzón Peña matiza en la 4.ª edición de sus Lecciones de Derecho penal, Parte General, su posición en la 3.ª edición.

²⁹ LUZÓN PEÑA (Trat. s/a), 18/39.

³⁰ Cfr. DE VICENTE REMESAL, 2020, p. 33.

³¹ Cfr. RAUCH, 2018, pp. 263 ss.

³² Cfr. con numerosos ejemplos DE VICENTE REMESAL, 2020, pp. 9, 33, 36.

han dado lugar a que actualmente Luzón Peña³³ haya modificado en parte su opinión, introduciendo la excepción de aquellas capacidades especiales que pueden ser adquiridas mediante entrenamiento, práctica o aprendizaje, las cuales, según él, serían pocas, pero en mi opinión son la mayoría de las capacidades especiales).

La pregunta central que aquí debe responderse es, como se ha indicado, si en estos casos debe y puede seguirse un criterio objetivo-general o si, por el contrario, es preciso recurrir a otras alternativas, entre ellas, la individualización hacia arriba.

La exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades superiores debe determinarse en principio con el criterio objetivo-general, tradicionalmente seguido³⁴, para lo cual es preciso que a ese sujeto de referencia –figura baremo– se le puedan añadir (hipotéticamente) las capacidades especiales del sujeto actuante³⁵.

En la aplicación de este criterio objetivo-general tendrían cabida la inmensa mayoría de los conocimientos y/o capacidades superiores, en cuanto son susceptibles de adquisición, desarrollo o perfeccionamiento por el sujeto. Pero quedaría fuera todo lo innato o personalísimo, pues si esto no es susceptible de adquisición o mejora, etc. (transmisible) no podría sumarse hipotéticamente al sujeto medio ideal.

Para ampliar los casos que tendrían cabida con la aplicación de un criterio objetivo-general como el expuesto cabe pensar sin embargo en algunas alternativas. Por ejemplo, la de Schünemann³⁶ de tomar como referencia las capacidades especiales, e incluso extraordinarias, del sujeto actuante y convertir a éste en parámetro o baremo objetivo general frente a todos los sujetos del mismo sector de riesgo. O la de elevar al máximo el baremo mínimo de cada ámbito³⁷. Ciertamente, ambos procedimientos coincidirían en gran medida en sus resultados, de ampliar al máximo los casos incluidos, pero tampoco podrían incluir los conocimientos y/o las capacidades innatas o personalísimas. Por otra parte, ambos planteamientos o propuestas no son otra cosa más que un camuflado reconocimiento del criterio de la individualización hacia arriba³⁸.

³³ LUZÓN PEÑA, 2025, 18/30 y nota 6.

³⁴ Cfr. STERNBERG-LIEBEN, D./SCHUSTER, 2019, § 15, nm. 133 y 139.

³⁵ Cfr. DE VICENTE REMESAL, 2020, p. 34.

³⁶ SCHÜNEMANN, 1975 b, pp. 66 ss.

³⁷ Cfr. WOLTER, 1977, pp. 257, 267.

³⁸ Sobre el análisis y críticas posibles a estas alternativas, Cfr. DE VICENTE REMESAL, 2020, pp. 25 ss.

La solución más correcta es la de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba. Sólo así es posible fundamentar también la exigibilidad del empleo de los conocimientos y/o capacidades innatas o personalísimas en los casos que (entre otros posibles) hemos mencionado, tanto de omisión como de comisión activa³⁹.

La doctrina se resiste a acudir a este criterio de la individualización porque considera que por coherencia debería emplearse también para las exigencias mínimas⁴⁰. Pero se trata de problemas completamente distintos. Y la exigibilidad del empleo de los conocimientos o de las capacidades especiales no conduce de ninguna manera a una carga adicional inaceptable para dichos sujetos con capacidades, o conocimientos, superiores al promedio⁴¹. Quien goza de una fuerza descomunal, resulta evidente que si puede debe emplearla para liberar a una persona atrapada bajo una roca⁴².

Les asiste toda la razón a Roxin y a Greco⁴³ cuando dicen que con franqueza (*unumwunden*: sin tapujos, sin rodeos) uno debería declararse partidario de este criterio, porque de todos modos no existe un límite para la construcción de sectores del tráfico, cada vez más específicos, graduados según las capacidades individuales de los intervinientes. Deben evitarse las lesiones evitables de bienes jurídicos⁴⁴. El empleo de las capacidades especiales del sujeto actuante para evitar dichas lesiones sólo es jurídico-penalmente exigible cuando y porque a ese sujeto actuante el Derecho no le exige comparativamente más que lo requerido a un sujeto con capacidades normales⁴⁵. El tipo marca lo que como mínimo se espera de cualquier sujeto, con independencia de sus capacidades individuales. Pero también lo que puede exigir, como máximo, a un sujeto en función de sus superiores conocimientos o capacidades. Por ejemplo, que el camarero experto en botánica se abstenga de servir la ensalada peligrosamente tóxica⁴⁶.

³⁹ Cfr. ROXIN/GRECO, 2020, § 24, nm. 53 ss.

⁴⁰ V. en este sentido, CASTALDO, 1993, pp. 495, 497 s. y 509. DUTTGE, 2001, pp. 83 ss.

⁴¹ ROXIN, 2006, § 24, nm. 54-57; 64.

⁴² Otros ejemplos en DE VICENTE REMESAL, 2020, pp. 23 ss. Sobre la relevancia de los protocolos en ejemplos como el citado del fórceps. Cfr. DE VICENTE REMESAL, 2023, p. 37.

⁴³ ROXIN/GRECO, 2020, § 24, nm. 63.

⁴⁴ Para PANTALEÓN, 2021, p. 135 y nota 120, 136, 139, 208, 230 este argumento de la función preventiva de la responsabilidad penal requeriría la valoración de los conocimientos o capacidades especiales, pero por encima de él está el principio del hecho, como garantía protectora del fuero interno del ciudadano, que impone desechar aquella valoración. Por otra parte, opina (ob. cit. 210) que las concretas capacidades del autor, sean inferiores o superiores a las de la persona baremo, resultan absolutamente irrelevantes.

⁴⁵ Por eso deben quedar excluidas las que denomina no estandarizadas WOLTER, 2024, pp. 578 ss.

⁴⁶ Entre otros, en este sentido, DE VICENTE REMESAL, 2020, p. 3 y nota 7; SILVA, 2025, 10/63; en contra, JAKOBS, 1997, p. 280, con su doctrina del rol; PANTALEÓN, 2021, p. 124 por faltar en estos casos «una conducta (objetivamente) típica». Descarta incluso que cometa una omisión del deber de socorro.

Ahora bien (y en esto no puedo detenerme aquí) ⁴⁷, en cualquier caso, el principal escollo con el que se va a encontrar la exigibilidad de empleo de los conocimientos o capacidades especiales es el problema de la prueba; esto es, la demostrabilidad de su concurrencia y posibilidad de empleo ⁴⁸. Asimismo, otro límite a esa exigibilidad es el que constituyen los protocolos o normas semejantes en sectores regulados específicamente, en los cuales el contenido de la norma de conducta no se determina por los conocimientos o capacidades especiales, como sucede fuera de dichos sectores, sino que por esa concreta regulación se estandarizan a aquellos efectos ⁴⁹. No se le podría exigir al ginecólogo del ejemplo el empleo de su mano de tres dedos en lugar de los fórceps. No infringiría el deber objetivo de cuidado aunque el feto sufriera algún daño por el uso del fórceps de acuerdo con la *lex artis* ⁵⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTALDO, A. R.: *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts*, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, pp. 495-510.
- DE VICENTE REMESAL, J.: *Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial*, Revista de derecho y proceso penal 36, 2014, pp. 121-169.
- *Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 22-03, 2020, pp. 1-52.
- *La infracción del deber objetivo de cuidado y el criterio de la individualización hacia arriba para determinar la exigibilidad del empleo de los conocimientos o capacidades superiores*, Foro FICP, Tribuna y Boletín de la FICP, 2023-3, 2023, pp. 11-42.
- DÍAZ ARANA, A. F.: *La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado*, Cuadernos de Derecho Penal, 2014, 113-165.
- DUTTGE, G.: *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001.
- GRECO, L.: *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum Problem des Sonderwissens*, ZStW, 117, 2005, pp. 519 ss.

⁴⁷ Un detenido desarrollo de este punto, sobre la prueba, en DE VICENTE REMESAL, 2020, pp. 39 ss.

⁴⁸ La dificultad de prueba no debe llevar a admitir la irrelevancia de los conocimientos especiales. De otra opinión, PANTALEÓN, 2021, p. 136.

⁴⁹ En el mismo sentido, SILVA, 2025, 13/77-78.

⁵⁰ DE VICENTE REMESAL, 2023, p. 37.

- JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, 3.^a ed., Valencia, 2016.
- *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 4.^a ed., Valencia, 2025.
- (Trat. s/a), *Tratado de Derecho Penal. Parte General* [en preparación].
- MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Barcelona, 1962.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Madrid, 1957.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2015.
- PANTALEÓN DÍAZ, M.: *Dogmática comparada del delito y de la responsabilidad civil extracontractual*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Director: Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, 2021.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho Penal* (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Madrid, 1995.
- RAUCH, M.: *Notwendige juristische Kompetenzen des Arztes*, 2018 Baden-Baden.
- ROJAS AGUIRRE, L. E.: *Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?*, Revista de Derecho, vol. XXIII, núm. 1, 2010, pp. 233-254.
- ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997, Madrid.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen*. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, 2006.
- ROXIN, C. / GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen*. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, 2020.
- SACHER, M.: *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Berlin, 2006.
- SCHÜNEMANN, B.: *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, en Juristische Arbeitsblätter, München, 1975 a, pp. 436-442, 512-516, 575-584.
- *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? – Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau*, en Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Göttingen, 1975 b, pp. 159-177.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2025.
- STERNBERG-LIEBEN, D. y SCHUSTER, F.: *StGB § 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*, en Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2019.
- ULSENHEIMER, K.: *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2015.
- VALLEJO JIMÉNEZ, G. A., *Las capacidades especiales del profesional de la salud*, en Revista Colombiana de Anestesiología, 2015, pp. 147-150.
- WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969.

- WOLTER, J.: *Adäquanz-und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1977, pp. 257-274.
- *La imputación objetiva en un sistema del delito de doble vía*, en Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, Madrid, 2020, pp. 1173-1189.
- *Javier de Vicente Remesal y la FICP: un modelo para una ciencia hispano-alemana del Derecho penal de igual peso. A la vez: capacidades especiales en el sistema del delito*, en Libro Homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, 2024, pp. 567-581.

6. HACIA UNA TEORÍA DEL HECHO PUNIBLE QUE SUPERE LA DOCTRINA DEL BIEN JURÍDICO. SOBRE LOS CRITERIOS PARA LA RACIONALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE CRIMINALIZACIÓN*

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

El tema de este homenaje a una persona entregada en cuerpo y alma a la vida académica y abnegadamente comprometida con la Universidad como el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda tiene que ver con un proyecto de investigación financiado como Proyecto de Generación de Conocimiento del que somos investigadores principales bajo el título «Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el siglo XXI». Si, como yo entiendo, el Derecho Penal económico no representa una excepción en el sistema penal, dicha racionalización de la protección del orden socioeconómico se encuentra íntimamente ligada a una teoría general sobre la selección de hechos punibles entendidos básicamente como hechos merecedores de pena, que es lo mismo que la configuración de la parte especial por parte del legislador, si bien adicionalmente también sea relevante que exista necesidad, conveniencia y oportunidad de contemplar una pena y que el

* 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*.

castigo se pueda entender como eficiente. Espero que estas reflexiones dedicadas a Enrique Peñaranda sean dignas de su interés.

Desde el siglo XIX ha tenido un papel protagonista la teoría del bien jurídico para cribar las decisiones legislativas sobre la tipificación de conductas delictivas. El objetivo de este trabajo es cuestionar dicho protagonismo para desarrollar una teoría material del hecho punible (delito). Para ello el presente trabajo consta de tres partes: (i) una primera en la que se intenta definir sucintamente la teoría y centrar en qué sentido se lleva a cabo una revisión crítica de la teoría del bien jurídico (II y III); (ii) una segunda en la que se pretenden identificar las principales críticas que se pueden dirigir contra la teoría del bien jurídico como definidora del ámbito de lo punible en la parte especial (IV) y (iii) esbozar un camino alternativo haciendo un croquis de otras vías de legitimación de la parte especial que me parecen más prometedoras (V). Hace ya un tiempo que la teoría del bien jurídico, de la que es un tópico definirla como en crisis, está a la defensiva y sus partidarios alegan que hasta el momento no se ha desarrollado una alternativa mejor. Es cierto que la doctrina del hecho punible como teoría político-criminal no ha alcanzado la solidez de la teoría jurídica del delito. Pero ello no significa que la teoría del bien jurídico forme parte de la solución y no del problema.

II. SOBRE LA DENOMINADA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

El término bien jurídico aparece en diversos lugares de la teoría del Derecho Penal:

a) Desde el punto de vista de la legitimación general se plantea si la función de la pena es primordialmente proteger bienes jurídicos o, más bien, estabilizar normas¹. Por tanto, la protección de bienes jurídicos es un elemento del debate sobre la función que desempeña o debe desempeñar el Derecho Penal, que es una cuestión ampliamente controvertida². En función de ello se concibe en esencia el delito como lesión o puesta en peligro de bienes o como puesta en entredicho de normas esenciales. Esta cuestión está siempre de fondo en cualquier debate jurídico-penal, pero será dejada de lado.

¹ Por muchos, AMELUNG, 2003, pp. 178 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, 2021, pp. 25 ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2019, 1/29 ss.; JAKOBS, 2009, pp. 37 ss.; EL MISMO, 2013, pp. 81 ss.; EL MISMO, 2017, pp. 81 ss.

² Sobre estas cuestiones PEÑARANDA RAMOS, DOXA 2000, pp. 289 ss. y RPDJP 2001, pp. 401 ss., en especial 424 ss. Sobre la relevancia de estas aportaciones, *vid.* recientemente CUELLO CONTRERAS, 2025, pp. 163, 173 ss.

b) Desde el punto de vista de la parte especial el bien jurídico se utiliza como referencia para una interpretación teleológica de los tipos penales³, junto con otros criterios hermenéuticos. Sobre esta última cuestión relativa a un concepto metodológico, hermenéutico, formal o inmanente al sistema creo que existe un amplio consenso⁴. Desde esta perspectiva con el bien jurídico se intentan resumir las valoraciones subyacentes a la elaboración y tramitación de la norma que ha motivado la criminalización. El bien jurídico resume los fines de la respuesta del sistema jurídico a un problema o una necesidad social. Para este uso inmanente del concepto no hace falta considerar que la función general del Derecho Penal es la protección directa de bienes jurídicos, sino que basta con asumir que las normas crean y configuran los bienes jurídicamente protegidos. Se trata de una cuestión vinculada a los cánones hermenéuticos de los tipos de la parte especial.

c) En una tercera dimensión, que es la que interesa aquí, la *teoría del bien jurídico* sería una teoría material de la criminalización que centra en este concepto el criterio esencial para la legitimación o deslegitimación de los tipos penales o para determinar qué normas de conducta deben quedar dentro o fuera del Derecho Penal. La operativa es sencilla: Si se protege un bien jurídico y no existe otra forma subsidiaria de protección frente a lesiones o puestas en peligro el tipo es legítimo y hay un hecho punible; si no se protege algo que se pueda definir como un bien jurídico el tipo es ilegítimo y no existe un hecho merecedor de pena. Sin bien jurídico la criminalización es ilegítima. Esta teoría está vinculada a la definición del hecho punible como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. El bien jurídico opera como el baremo esencial de legitimidad de los tipos de la parte especial.

En este último sentido, que es el que interesa en el presente trabajo, se suele utilizar la denominación de concepto de bien jurídico crítico, material o trascendente al sistema⁵ y afecta a la legitimidad de la parte especial, es decir, de cada concreta criminalización.

³ AMELUNG, 2003, p. 156; EISELE, 2025, Vor 13/9a; ENGLÄNDER, 2025, pp. 129 ss.; EL MISMO, ZStW 2015, p. 620; DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 75 ss.; HASSEMER, 1973, pp. 19 ss., 57 ss.; KRÜGER, 2000, p. 17; KUDLICH, ZStW 2015, pp. 638 ss.; ROXIN/GRECO, 2020, 2/4; SILVA SÁNCHEZ, 2025, 2/56; WOHLERS, 2000, p. 218.

⁴ Sostiene NEUMANN, 2018, p. 183 que la crítica «se refiere principalmente al concepto de bien jurídico trascendente al sistema (crítico), y menos al concepto de bien jurídico inmanente al sistema (metodológico)». Una opinión distinta a la dominante en KORIATH, GA 99, pp. 574 ss.; STUCKENBERG, ZStW 129, p. 350, con ulteriores referencias.

⁵ EISELE, 2025, Vor 13/10; ENGLÄNDER, 2025, p. 130; EL MISMO, ZStW 2015, p. 617; HASSEMER, 1973, pp. 19 ss.; HÖRNLE, 2005, p. 11; KRÜGER, 2000, pp. 17 ss.; NEUMANN/SALIGER, 2023, Vor 1/113; ROXIN/GRECO, 2020, 2/12; WOHLERS, 2000, pp. 218 ss.

III. SOBRE LA CRISIS DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

Parece que los presupuestos de esta teoría están seriamente cuestionados en su lugar de origen, la doctrina alemana, en los últimos tiempos⁶. Y no sólo por los que entendemos que la función esencial del Derecho Penal es la estabilización de normas, que sería como el Derecho Penal protege los bienes jurídicos que van siendo creados o reconocidos por el sistema. Si bien es cierto que en la doctrina española goza de mejor salud y gran predicamento, manteniendo los autores que somos críticos una posición claramente minoritaria. Sin embargo, cada vez está más a la defensiva y se atrincheró como un elemento del principio de proporcionalidad⁷. En todo caso, me da la impresión de que existe una sensación generalizada de que se han puesto demasiadas esperanzas en la prestación de esta teoría para diferenciar entre normas penales legítimas e ilegítimas, mientras su aportación habría sido defraudante. Su papel de límite se ha mostrado excesivamente débil⁸. Quien quiere encontrar un bien jurídico para legitimar un tipo penal acaba encontrándolo con algo de imaginación. Muchos defensores de la teoría del bien jurídico estiman que se le ha pedido mucho más de lo que estaba en condiciones de proporcionar.

Lo cierto es que cada vez que surgen nuevos ámbitos de intervención del Derecho Penal (nuevos delitos económicos, delitos contra el medio ambiente, delito relativos a manipulaciones genéticas, corrupción o doping en el deporte, etc.) la doctrina se encuentra huérfana de criterios para tomar decisiones, especialmente cuando se trata de riesgos sociales novedosos, y en general suele ser necesario reafinar el concepto de bien jurídico para que se vaya adaptando a nuevas realidades. Estoy convencido, por ejemplo, de que en nuestros códigos penales acabarán existiendo neurodelitos como respuesta a los retos que plantean las nuevas neurotecnologías, que generan nuevas necesidades de regulación y protección. Sin embargo, qué es lo que debe proteger el Derecho Penal (autodeterminación mental o neuronal, libertad cognitiva, libertad mental, libertad de agencia, libertad de consciencia, libre albedrío, identidad personal, etc.) va a depender de decisiones previas al Derecho Penal y de si se constitucionalizan nuevos neuroderechos o se modifica el alcance de los derechos fun-

⁶ Amplias referencias en ENGLÄNDER, 2025, p. 125; HÖRNLE, 2005, p. 12; KUDLICH, ZStW 2015, p. 637; PAWLIK, 2019, p. 351 («las voces que defienden la idea del bien jurídico (...) como límite jurídicamente vinculante de la legislación penal están perdiendo fuerza»); NEUMANN, 2018, p. 183; ROXIN/GRECO, 2020, 2/120.

⁷ DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 266 ss., 524, 535; MIRÓ LLINARES, 2020, pp. 611 ss. Esta es una tendencia que se puede apreciar también en los defensores del concepto personal de bien jurídico tras las manifestaciones del TC alemán. Cfr. NEUMANN, 2018, pp. 195 ss.

⁸ MIRÓ LLINARES, 2020, p. 605; SILVA SÁNCHEZ, 2025, 2/70.

damentales tradicionales con el objetivo de abarcar nuevas realidades⁹. Pero sobre la cuestión decisiva de qué debe ocuparse el Derecho Penal y qué debe dejarse a otros órdenes normativos con respecto a las neurotecnologías ninguna ayuda aporta la teoría del bien jurídico. De nuevo la teoría nos deja huérfanos cuando nos enfrentamos a posibles nuevos ámbitos de intervención del Estado y de criminalización. No es un ejemplo aislado. Con anterioridad a que exista la norma el bien jurídico es una brújula de escasa utilidad para tomar decisiones en materia de criminalizaciones.

Por otro lado, la teoría del bien jurídico no sólo está cuestionada por su escasa capacidad limitadora. Hace tiempo que ha dejado de ser un tabú doctrinal afirmar que pueden existir normas penales legítimas sin bienes jurídicos o que no desvaloren lesiones o puestas en peligro de algo que se pueda denominar bien jurídico y por esta vía también ha entrado en crisis el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁰. No sólo no opera como límite, sino que puede ser un obstáculo a criminalizaciones razonables, sobre todo si se restringe mucho el concepto de bien jurídico. Pero si la solución para evitar ser una rémora de una necesaria modernización del ordenamiento penal es convertir cualquier respuesta a una necesidad política criminal o sentimiento de la mayoría en un bien jurídico (paz pública¹¹, sentimientos mayoritarios de inseguridad o temor¹², seguridad como bien jurídico¹³, etc.)¹⁴ o aceptar nexos de imputación indirectos o de alta abstracción entre conductas y bienes protegidos el concepto pierde totalmente su atribuida utilidad crítica¹⁵.

En mi opinión, el principal inconveniente de la teoría del bien jurídico reside en que pone demasiado énfasis en la seguridad en detrimento de la libertad, contribuyendo a las patologías que afectan a un Derecho Penal propio de

⁹ UNESCO, Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology, 2025.

¹⁰ Clásico STRATENWERTH, 1989, pp. 377 ss.; EL MISMO, 2005, passim; STRATENWERTH/KUHLEN, 2004, 2/7 ss., 7/8. *Id.* también HEFENDEHL, 2002, pp. 52 ss.; SEELMANN, 2007, pp. 893 ss. Críticos con la categoría de los denominados «delitos de conducta» propuesta por STRATENWERTH ROXIN/GRECO, 2020, 2/59 a.

¹¹ ROXIN/GRECO, 2020, 2/47 entienden que no es un bien jurídico por su «abstracción intangible», si bien hasta la tercera edición entendió Roxin la paz pública como un bien jurídico digno de protección. Básica HÖRNLE, 2005, pp. 2 ss., 90 ss. y passim (paz social como «bien jurídico aparente»). Sobre esta cuestión PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, pp. 425 ss.

¹² En este sentido ROXIN/GRECO, 2020, 2/26 ss. ponen de manifiesto el cambio con respecto a la edición anterior sobre los sentimientos. Estoy de acuerdo en que «los sentimientos no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos», pero la definición general de bien jurídico del manual no ha cambiado sustancialmente. Los argumentos que se utilizan en la última edición tienen que ver especialmente con las funciones legítimas del Estado más que con la teoría del bien jurídico.

¹³ KINDHÄUSER, 1989. En contra FEJOO SÁNCHEZ, 2017a, pp. 415 ss.

¹⁴ Sobre otras posibles ampliaciones legítimas ROXIN/GRECO, 2020, 2/51 ss. (protección de embriones, de animales y plantas y de la vida de futuras generaciones).

¹⁵ FEJOO SÁNCHEZ, 2017b, pp. 121 ss., 140 ss.

un sistema de libertades (adelantamiento o anticipación de la incriminación, exceso de abstracción en la protección, criminalización de actos preparatorios, introducción de normas exclusivamente preventivas como los «delitos obstáculo», protección excesivamente paternalista, etc.)¹⁶.

En la doctrina también se suele hacer referencia a una función sistemático-clasificatoria que tendría que ver con la ordenación de los tipos de la parte especial estrechamente vinculada a la función hermenéutica a la que he hecho referencia¹⁷. Creo, sin embargo, que a la vista del Derecho positivo español esta función debería ser ampliamente matizada. Cuando hablamos en la división entre Títulos del Libro II de delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, contra los derechos de los trabajadores, contra la seguridad colectiva, contra la Constitución o contra la Comunidad Internacional no estamos haciendo referencia a delitos que protegen bienes jurídicos similares en sentido técnico (una familia de bienes jurídicos), sino a un fin político-criminal genérico que aúna diversas criminalizaciones. Cada Título manifiesta más bien una decisión política de que el Derecho Penal intervenga en determinados ámbitos sociales. Los bienes jurídicos que protege cada uno de ellos son sumamente diversos. En todo caso el Código Penal no siempre utiliza una referencia tuitiva como sucede con los primeros Títulos del Libro II o los Títulos relativos a la omisión del deber de socorro o de las falsedades, por lo que sus criterios clasificatorios son más bien confusos y aleatorios. Lo mismo se puede decir con las subdivisiones en Capítulos y Secciones. Si ampliamos el foco a la legislación especial las dudas sobre esta función se tornan mayores. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando, es un cajón de sastre que define como delito conductas que protegen bienes jurídicos de lo más variado.

¹⁶ Básico JAKOBS, 1985, pp. 752 ss. Sobre que «el bien jurídico presenta un lado antiliberal» ROXIN/GRECO, 2020, 2/12 a, con referencias a Jakobs, Pawlik, Kühn, Vornbaum, Müssig y Stuckenberg. Vid. también ANASTASOPOULOU, 2005, p. 275; JAKOBS, 1991, 2/25 b s.; PAWLIK, 2012, pp. 137 ss.; STUCKENBERG, 2013, p. 37.

Intenta rebatir esta crítica DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 240 ss., pero lo hace a costa de convertir la teoría del bien jurídico en otra cosa, ya que equipara su dimensión crítica a un «principio de legítima protección de bienes jurídicos», pero en ese caso el epicentro se desplaza del bien jurídico protegido al cómo protegen legítimamente las normas de conducta (p. 253). Reconoce que «su función limitadora o de defensa tendrá que ser puesta en relación con otros bienes y factores que ayuden a resolver la legitimidad de la decisión del legislador» (p. 253). Los criterios de materialización que propone como límite son independientes de la teoría del bien jurídico. Puedo compartir, por ejemplo, que exista un límite que se base en la «intangibilidad del núcleo de libre configuración de la vida privada», pero ello no tiene que ver con la protección de bienes, sino con el respeto al contenido esencial de derechos fundamentales (art. 53.1 CE).

¹⁷ EISELE, 2025, Vor 13/9a; ENGLÄNDER, 2025, p. 138; KUDLICH, ZStW 2015, pp. 637 ss.; PÉREZ SAUQUILLO, 2019, p. 46; SILVA SÁNCHEZ, 2025, 2/56.

Orientar de *lege lata* la sistemática a la protección del bien jurídico me parece más voluntarista que algo que se sustente en datos objetivos.

Por concretar con un ejemplo, cuando el Código Penal hace referencia a delitos contra el orden socioeconómico no está haciendo referencia a lo que protegen los tipos penales como bien jurídico en sentido técnico¹⁸, sino a que se trata de normas que si no se estabiliza su cumplimiento, de tal manera que se generalizan las infracciones sin respuesta adecuada, ello acabará afectando al correcto funcionamiento del orden socioeconómico como subsistema social. De esta manera no se está haciendo referencia a la lesividad de una concreta conducta típica, sino a los efectos socialmente lesivos de un incumplimiento continuado. Tampoco me parece correcta la idea de que el orden socioeconómico sea un bien jurídico mediato o de segundo orden de alto nivel que se iría concretando progresivamente en los diversos tipos penales en subsistemas específicos (relación genero-especie) y en bienes jurídicos inmediatos o en sentido técnico¹⁹. En realidad no estamos hablando de un bien jurídico en sentido técnico que sirva como criterio hermenéutico de cada figura delictiva o implique la imputación objetiva o subjetiva de una lesividad específica. Los delitos contra el orden socioeconómico no se caracterizan por proteger bienes homogéneos o de las mismas características (colectivos, supraindividuales, institucionales, etc.). A pesar de los esfuerzos de la doctrina para diferenciar los delitos económicos de otros como los patrimoniales centrándose en el bien jurídico protegido como criterio sustantivo, el resultado ha sido poco fructífero²⁰. Esto es así porque si la interpretación de los tipos penales nos va llevando en cada caso a un concepto u otro de bien jurídico ello depende de cómo el poder legislativo haya llevado a cabo la configuración de cada tipo penal, de pequeños detalles gramaticales y de otras cuestiones adyacentes como si se establecen cláusulas de perseguibilidad por parte de los ofendidos o agraviados por el delito. De tal manera que si determinados delitos contra el mercado protegen la competencia como bien jurídico institucional, los intereses de los competidores o de otros operadores del mercado (inversores, consumidores, etc.) o la capacidad competitiva de una determinada empresa depende de cuestiones de detalle sin que se puedan realizar generalizaciones por su ubicación en el Código.

¹⁸ Hace tiempo que existe consenso en la doctrina española en que «orden socioeconómico» no es un bien jurídico: MUÑOZ CONDE, RP 1998, p. 69; VIDALES RODRÍGUEZ, EPC 1998, pp. 332 ss., 335, 369 (*ratio legis*).

¹⁹ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, 2022, pp. 203 ss.; PÉREZ SAUQUILLO, 2019, pp. 65 ss., con ulteriores referencias.

²⁰ Paradigmático MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, 2022, pp. 195 ss., si bien con su concepción procedimental. En contra, FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, pp. 957 ss.; GARCÍA CAVERO, 2025, pp. 9 ss.

IV. CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

Resumiendo mucho considero que la teoría del bien jurídico ha sido certeramente criticada desde aspectos complementarios:

1. Problemas conceptuales²¹

El bien jurídico es un concepto vago y maleable que carece de contenido material por sí mismo. Se trata de una fórmula vacía que depende de valoraciones o consideraciones sociales ajenas a la propia teoría. Sólo tiene relevancia en casos evidentes de ausencia de lesividad social. La mejor prueba de ello es que hasta el momento no ha sido posible concretar un listado de bienes jurídicos penalmente relevantes. Si la teoría del bien jurídico tiene como objetivo que los tipos penales no protejan cualquier finalidad política, aunque sea jurídicamente legítima, no saber qué es un «auténtico bien jurídico» representa un gran problema porque sin tal presupuesto la teoría no puede desempeñar su presunta capacidad crítica. ¿Cómo identificamos a los impostores que circulan bajo el nombre de bien jurídico?²².

²¹ AMELUNG, 2003, pp. 158 ss., 182; APPEL, 1998, pp. 337, 344 ss.; ENGLÄNDER, 2025, pp. 126 ss.; EL MISMO, ZStW 2015, pp. 619 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, 2017b, pp. 123 ss.; FRISCH, 1993, p. 72; EL MISMO, 2003, pp. 216 ss.; EL MISMO, NSTZ 2016, p. 22; HÖRNLE, 2005, pp. 14 ss.; HUMMELMEIER, JA 2024, pp. 89 ss.; JAKOBS, 1991, 2/7, 12; EL MISMO, 2017, pp. 84 ss. («término vacío»); KORIATH, GA 99, pp. 561 ss.; KRÜGER, 2000, p. 18; KUBICIEL, JZ 2018, p. 173 («se refiere únicamente a un lugar en el que se debaten los pros y los contras de la criminalización, pero no es un concepto fijo que pueda guiar o incluso sustituir este discurso. Por lo tanto, no es adecuado como directriz para la política»); MIRÓ LLINARES, 2020, p. 606; MÜSSIG, 1994, pp. 67 ss., 137 ss., 149 ss., 229 ss. y passim; EL MISMO, 2018, pp. 171 ss.; PAWLIK, 2012, pp. 137 ss.; SEHER, 2003, p. 39; STRATENWERTH, 1989, pp. 378 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, 2004, 2/7; STUCKENBERG, 2013, p. 36; WOHLERS, 2000, pp. 214, 219 ss., 279; EL MISMO, GA 2002, p. 16.

Desde la posición de los defensores de la teoría del bien jurídico ALCÁZER GUIRAO, ADP 98, p. 540; DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 73 («El concepto material de delito y el concepto de bien jurídico son herramientas al servicio de la dogmática, no de la crítica, y se deben interpretar en sentido descriptivo. Debemos desistir de la formulación de un concepto material de delito crítico y del concepto material de bien jurídico. La crítica legislativa se lleva a cabo a través de otros productos intelectuales»), 258 ss., considerando el argumento convincente, pero superable, 525, 532; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, 1989, pp. 105 y ss.; KUDLICH, ZStW 2015, p. 640; ROXIN/GRECO, 2020, 2/3 señalan cómo la multiplicidad de definiciones hace que no esté infundado el escepticismo con respecto a la capacidad de prestación del bien jurídico; RÖNNAU, JuS 2009, p. 210.

²² En este sentido se han desarrollado tendencias dentro de la teoría del bien jurídico que pretenden otorgarle un ulterior contenido material para dejar claro qué objetos de protección no pueden ser definidos como bienes jurídicos. Destacan en Alemania la teoría personal del bien jurídico y en Italia o España la teoría constitucional del bien jurídico. Más allá de los problemas de fundamentación general de cada una de estas perspectivas (con respecto a la teoría personal FEJOO SÁNCHEZ, 2007, pp. 424 ss. y 2017b, pp. 129 ss.), si se aplican de forma estricta conducen a una limitación injustificada de las posibilidades de intervención del Derecho Penal.

Relacionado con las deficiencias conceptuales constituye un problema serio la validez o carácter vinculante del bien jurídico para controlar la actividad legislativa. Si no sabemos qué es un «auténtico bien jurídico», ¿Con qué legitimidad puede la doctrina penal pretender criticar la labor legislativa desde este presupuesto²³? Si el fundamento último ya no se puede buscar fuera del ordenamiento jurídico y sólo la Constitución puede otorgar dicho fundamento para controlar al legislador, el bien jurídico se diluye en el principio de proporcionalidad con respecto a la norma de conducta (fin legítimo, idoneidad de la norma para el fin, necesidad y no desproporcionalidad de la limitación de la libertad). Los problemas conceptuales dan lugar en última instancia a un serio problema de legitimidad como criterio de control de la actividad legislativa.

2. Insuficiencia de la teoría para desarrollar una teoría completa del hecho punible²⁴

Desde el punto de vista político-criminal lo más relevante no es qué protegemos, sino qué conductas desvaloramos mediante las normas penales. En este sentido, cuándo debe el Estado intervenir mediante normas penales o bien recurrir a otro tipo de normas. Si tenemos en cuenta que, al menos las normas de Derecho Público también protegen bienes jurídicos, la teoría no puede ayudar a resolver muchas de las grandes cuestiones político-criminales en la actualidad. Los límites más importantes no están relacionados en la mayoría de los casos con lo que se protege, sino con cómo, cuándo y hasta dónde se debe llevar a cabo legítimamente esa protección por parte de las normas penales (cuestiones de imputación)²⁵. Es decir, cuáles son las estructuras típicas legítimas: qué hechos se imputan. El problema de legitimidad de las normas de la parte especial es mucho más complejo que lo que la teoría del bien jurídico indica.

²³ MIRÓ LLINARES, 2020, p. 611 («aquello que puede ser falso, pues, del dogma de la protección de bienes jurídicos, es lo que implica de una posible existencia de un “catálogo natural” de bienes que estaría fuera de toda decisión»).

²⁴ ANASTASOPOULOU, 2005, pp. 277, 291; APPEL, 1998, pp. 349 ss., 384 ss.; EL MISMO, KritV 99, pp. 297 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, 2017b, pp. 131 ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2024, Vor 13/60; FRISCH, 1993, pp. 76 ss.; EL MISMO, 2003, p. 216; EL MISMO, NStZ 2016, p. 22 («contiene respuestas de utilidad limitada»); V. HIRSCH, GA 2002, pp. 9 ss.; EL MISMO, 2003, pp. 19 ss.; HÖRNLE, 2005, p. 18; JAKOBS, 1991, 2/23; EL MISMO, RPDJP 2000, p. 153; MIRÓ LLINARES, 2020, p. 613; MÜSSIG, RPDJP 2001, p. 322; PAWLIK, 2012, pp. 137 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 289 ss.; EL MISMO, 2025, 2/57 («la doctrina del bien jurídico no puede soportar el peso de toda una teoría de la criminalización»), 124; WOHLERS, 2000, pp. 278 ss.; EL MISMO, GA 2002, p. 15; EL MISMO, 2003, pp. 282 ss.

²⁵ DE LA FUENTE CARDONA, 2025, p. 73 («la evaluación constitucional de las normas penales debe girar sobre los criterios de materialización del principio de legítima protección de bienes jurídicos y no sobre el concepto (formal, descriptivo) de bien jurídico»), 526.

3. Se trata de la historia de un fracaso y su rendimiento ha sido escaso²⁶

La teoría ha carecido de eficacia práctica y ello se hace cada vez más evidente en épocas de expansión del Derecho Penal derivadas de una transformación de las funciones del Estado. No se trata sólo de la idea general de que los ideales nunca se pueden alcanzar o de que las expectativas resultaran excesivas, sino de que la aportación ha sido llamativamente escasa. Los supuestos éxitos (despenalización de relaciones sexuales entre adultos como la sodomía o la homosexualidad) tienen que ver con evoluciones o cambios sociales y de valores ajenos a la teoría. Por ejemplo, los cambios del Código Penal español en los años ochenta no hicieron más que dar fe de la transición de una dictadura nacionalcatólica a un régimen constitucional y a un nuevo sistema de libertades. Históricamente los procesos de criminalización y penalización de conductas que tenían que ver con el ejercicio de derechos ha dependido del contexto político. No es cierto que la teoría del bien jurídico permita deslindar injustos de meras infracciones morales, sino que simplemente se afirma que no protegen bienes jurídicos las normas que quedan vinculadas a valoraciones morales obsoletas²⁷.

En su lúcido estudio sobre la evolución de Europa tras la Segunda Guerra Mundial Tony Judt²⁸ expone de esta manera el cambio cultural de principios de los años sesenta:

«El aumento de la influencia del Estado sobre el empleo y el bienestar de sus ciudadanos se vio acompañado por una constante reducción de su autoridad sobre su moral y sus opiniones. En aquel momento esto no resultaba paradójico.

²⁶ ANASTASOPOULOU, 2005, pp. 275, 295; APPEL, 1998, pp. 356, 381 ss., 389 ss.; EL MISMO, KritV 99, pp. 285, 296 ss., 306 ss.; ENGLÄNDER, ZStW 2015, p. 618; FEJOO SÁNCHEZ, 2017b, pp. 138 ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2024, Vor 13/60; FRISCH, 2003, p. 217; HÖRNLE, 2005, pp. 18 ss.; JAKOBS, 1991, 2/22; KUBICIEL, JZ 2018, p. 178; MIRÓ LLINARES, 2020, pp. 605 ss., 611 ss.; PAWLIK, 2012, pp. 133 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2025, 2/52 s.; WOHLERS, 2000, pp. 279 ss.; EL MISMO, GA 2002, p. 17; EL MISMO, 2003, p. 281.

²⁷ ANASTASOPOULOU, 2005, p. 276; APPEL, 1998, p. 356; EL MISMO, KritV 99, p. 285; FEJOO SÁNCHEZ, 2017b, pp. 140 ss.; FRISCH, 1993, pp. 72 ss.; EL MISMO, 2003, p. 218; EL MISMO, NStZ 2016, p. 22 [«No es la doctrina del bien jurídico penal, sino la reflexión sobre el alcance de los derechos de libertad y las funciones limitadas del Estado (además, en caso de concepciones morales divergentes, el postulado de la neutralidad del Estado) lo que encierra aquí el potencial de solución»]; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, 1989, p. 168; JAKOBS, RPDJP 2000, pp. 160 ss., llegando a afirmar tajantemente que «no existe un límite inamovible entre el bien jurídico y la infracción moral» (p. 169); PAWLIK, 2012, pp. 135 ss.; STRATEN-WERTH/KUHLEN, 2004, 2/15; WOHLERS, 2000, p. 227, 229 ss., 279; EL MISMO, GA 2002, p. 17; EL MISMO, 2003, p. 281, señalando este autor en sus contribuciones como lo único que exige la teoría del bien jurídico es la prueba de que lo que protege la norma debe estar en armonía con la estructura de racionalidad o el estándar de racionalidad de una determinada sociedad.

En contra de que la relatividad histórica y cultural sirva de argumento crítico NEUMANN, 2018, pp. 186 ss.

²⁸ pp. 545 ss.

Los defensores liberales y socialdemócratas del Estado del bienestar europeo no veían en principio razón por la que el Gobierno no debiera prestar atención al bienestar económico o médico de la población y garantizar el bienestar de los ciudadanos de la cuna a la sepultura, mientras se mantenía al mismo tiempo completamente al margen de cuestiones personales como la religión y el sexo, o los gustos y criterios artísticos (...)

Hasta principios de la década de 1960 las autoridades públicas de toda Europa occidental (con la excepción parcial de Escandinavia) habían ejercido un control firme y represivo sobre los asuntos y las opiniones privadas de la ciudadanía. Las relaciones homosexuales eran ilegales en casi todas partes y estaban castigadas con largas penas de prisión. En muchos países ni siquiera estaba permitida su representación artística. El aborto era ilegal en la mayoría de los países. Incluso la contracepción era técnicamente contraria a la ley en algunos países católicos, a pesar de consentirse en la práctica. El divorcio también resultaba problemático y, en ciertos países, imposible. En muchos lugares de Europa occidental (de nuevo con la excepción parcial de Escandinavia) los organismos del gobierno seguían ejerciendo la censura en el teatro, el cine y la literatura, y la radio y la televisión eran monopolios públicos en casi todas partes, y su funcionamiento, como ya hemos visto, se regía por estrictas normas respecto a sus contenidos, y su nivel de tolerancia hacia la disensión o la «falta de respeto» era muy bajo (...).

La censura, al igual que los impuestos, aumentó debido a la guerra. En Gran Bretaña y Francia algunas de las limitaciones más estrictas en materia de conducta y expresión de opiniones habían sido introducidas durante la Primera o la Segunda Guerra Mundial, y nunca desde entonces habían sido revocadas. En todas partes –Italia, Alemania Occidental y algunos de los países que habían ocupado– las regulaciones de la postguerra constituían un legado de las leyes fascistas que los legisladores democráticos habían preferido mantener en vigor. Un número relativamente escaso de los poderes «morales» más represivos que seguían vigentes todavía en 1960 databan de fechas anteriores al siglo XIX».

En este contexto la teoría del bien jurídico fue la «palanca» que el mundo del Derecho encontró para seguir a la sociedad en esta profunda transformación. Afirmar de repente que algo no era un bien jurídico suponía una forma de levantar acta de un profundo cambio social y de valores. Sin cambio social las normas que hoy nos parecen ilegítimas seguirían vigentes. El texto escogido demuestra por qué la moral pública retrocedió como objeto de protección para el Estado en la medida en que la religión y la moral pública dejaron de ser de su incumbencia, mientras el surgimiento de nuevos ámbitos estatales de gestión provocó que el Derecho Penal se empezara a ocupar del bienestar socioeconómico (delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad social, contra derechos de los trabajadores, etc.). Todo habría sucedido igual sin teoría del bien jurídico como lo acreditan fenómenos similares en países en los que no tenía predicamento esta teoría. Las grandes transformaciones en los procesos de criminalización tienen que ver

básicamente con transformaciones en la configuración y funciones del Estado, muchas veces motivadas por la aparición de nuevos riesgos sociales (neurotecnologías, inteligencia artificial, riesgos sistémicos financieros en una sociedad crecientemente financierizada, cambio climático, etc.).

Es importante tener en cuenta que los supuestos que los defensores de la teoría del bien jurídico reivindican como éxitos no son casos de despenalización o descriminalización en sentido estricto, sino supuestos en los que el Estado deja de poder establecer en general normas de conducta en determinadas materias y de imponer al respecto sanciones de cualquier tipo (no sólo penales, sino también civiles, administrativas, disciplinarias, etc.). En 1834, cuando Birnbaum escribe su artículo sobre los bienes jurídicos, el Estado todavía era competente en ciertos temas de moral sexual y religión. A partir de los años sesenta del siglo xx fue perdiendo esa competencia mientras iba asumiendo otras en cuestiones sociales y económicas que generaron nuevos fenómenos de criminalización. La teoría del bien jurídico simplemente dio cuenta de que el Estado ya no podía prohibir ciertas conductas.

V. ALTERNATIVAS A LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

No considero una alternativa válida partir de que los criterios de legitimación sólo pueden ser formales o procedimentales, de tal manera que el legislador tendría una amplia libertad para criminalizar conductas siempre que tenga el suficiente respaldo parlamentario²⁹, por lo que la política penal tendría los mismos requisitos y límites que cualquier otra política pública del Estado (contenido esencial de los derechos fundamentales, proporcionalidad, etc.). Existe, en mi opinión, un margen para trabajar con una política penal con elementos diferenciadores de otras políticas públicas. Pero no creo que la teoría del bien jurídico tenga que ocupar el lugar central³⁰. Una norma puede no ser inconstitucional (porque no afecte al contenido esencial de derechos fundamentales, no los restrinja desproporcionadamente, no implique presunciones contra reo, etc.), pero sí puede ser ilegítimo utilizar un recurso como la pena para su estabilización. No se trata sólo de que la pena no sea una buena idea, sino que puede resultar inaceptable para garantizar cierto tipo de comporta-

²⁹ En contra también de esta posición, especialmente en la formulación de Gärditz COCA VILA, 2023, pp. 79 ss.; NEUMANN, 2018, pp. 188 ss., 191 ss.; ROBLES PLANAS, 2021, pp. 1211 ss.; EL MISMO, 2025, pp. 249 ss. en contra en ambos trabajos de lo que denomina «relativismo político-criminal»; ROXIN/GRECO, 2020 2/94 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2025, 2/74 ss., con amplias referencias.

³⁰ STUCKENBERG, GA 2011, pp. 659 ss.

mientos. Se puede individualizar una teoría de la política penal diferenciada metodológicamente de la evaluación de la constitucionalidad de las leyes penales³¹. La pena estatal es un recurso escaso que, además de un uso prudente, precisa de ciertos presupuestos para su utilización, que no siempre tienen rango constitucional. La teoría del bien jurídico no es, sin embargo, útil para esta delimitación ni para determinar cuándo no debería desvalorarse una conducta mediante una pena³². No se trata tanto de si la prohibición o el mandato tienen efectos positivos³³, sino de si habilita la imposición de penas concretas que se pueden entender como legítimas, justas y necesarias desde un punto de vista intersubjetivo. Las criminalizaciones y las despenalizaciones son, sin duda, decisiones políticas, pero la doctrina penal tiene la obligación social de establecer criterios para identificar cuándo la política no está utilizando de forma legítima o racional la pena como recurso.

La teoría del bien jurídico y la fórmula «los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes» ha provocado un menor desarrollo de otras cuestiones centrales para la legitimidad de la parte especial. Entre las cuestiones que echo en falta para el desarrollo de una teoría material del delito (de los hechos merecedores de pena) la doctrina debería emprender una mejor definición de modelos de injusto. No será una sorpresa si a estas alturas del trabajo señalo que no es suficiente con limitarse a hacer una taxonomía de modos de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos (abstracto, abstracto-concreto, concreto, etc.)³⁴. Los tipos de injusto penales no son meras descripciones de modos de lesionar o poner en peligro bienes. Partiendo de injustos clásicos y generalmente admitidos como la violencia y la intimidación por un lado y el engaño por otro queda por llevar a cabo una definición de modelos generales de interacción merecedores de pena independiente de la naturaleza del bien jurídico que se proteja. Un ejemplo serían los esfuerzos de la doctrina alemana³⁵ y española³⁶ para definir en qué consiste el injusto de la corrupción (pública o privada), con independencia del bien jurídico protegido (imparcialidad u objetividad en la función pública, com-

³¹ DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 29, 38 ss.

³² HÖRNLE, 2005, p. 17 («el propio legislador necesita criterios para llevar a cabo una política penal racional. Lo decisivo en este punto es que la fijación en el concepto de bien jurídico no lleva a ninguna parte»); MÜSSIG, 2018, p. 171 («es mejor abandonar la terminología de la protección de los bienes jurídicos en el derecho penal, pero no un enfoque crítico con la legislación»).

³³ Dejo aquí de lado la cuestión de que no todo efecto positivo será un bien jurídico en sentido técnico.

³⁴ Combinándolo con decisiones que el legislador se ve obligado a tomar con respecto a instituciones con un sistema de *numerus clausus* como si se castiga la modalidad dolosa o también la imprudente (menos grave o grave), los actos preparatorios o si se contempla la responsabilidad penal para personas jurídicas.

³⁵ KINDHÄUSER, 2011, pp. 461 ss.; ZIMMERMANN, 2018, *passim*; EL MISMO, GA 2024, *passim*.

³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, 2024, pp. 100 ss.

petencia, intereses económicos de los competidores, etc.). Aunque entiendo que la función esencial del Derecho Penal es la estabilización (subsidiaria) de normas de conducta esenciales, la pena individual debe ser una respuesta a la arrogación o perturbación de un ámbito de organización ajeno o de una posición jurídica ajena (no exclusivamente individual)³⁷. Sólo en esos casos es legítimo recurrir a una restricción de derechos en forma de pena. Esta es una cuestión dogmática o de aplicación, pero también de política legislativa. En ambos casos la cuestión relevante, más que lo que protege cada norma, es qué modelo de conducta desvalora como injusto. Si tenemos bien definidos los diversos modelos de injusto (violencia, intimidación, engaño, sustracción o privación de bienes, corrupción, administración desleal, etc.) podremos ir valorando si podemos extender los criterios a otros supuestos similares y si surgen nuevos criterios normativos que permitan ampliar la taxonomía de los injustos merecedores de pena. En este sentido habría que discutir, por ejemplo, si en ningún caso un mero abuso de derecho puede tipificarse como un injusto penal o bajo qué condiciones ello sería asumible. Muchos de los tipos de más que dudosa legitimidad en el ámbito de la protección del orden socioeconómico tienen que ver con esta cuestión. Por ejemplo, el artículo 291 de imposición de acuerdos abusivos³⁸ o el artículo 311 en lo que respecta a la imposición de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo que castiga un supuesto de abuso del derecho como el fraude de ley. En tales casos no hay problema en identificar tanto algo que puede ser definido como bien tutelado y un daño fáctico, determinable e individualizable. En este ámbito de discusión entran también los límites de la responsabilidad subjetiva, como el tradicional debate sobre la imprudencia leve o menos grave como hecho punible en el que el bien jurídico representa un argumento expansivo³⁹.

Pueden existir desde luego limitaciones adicionales de tal manera que un injusto no sea relevante en general para cualquier tipo de interacción. Por ejemplo, puede que la usura no permita hablar de un injusto económico merecedor de pena, pero sí exista un injusto en determinadas situaciones altamente personales. Por ejemplo, aprovecharse de la necesidad económica de una mujer para explotarla en el negocio de la prostitución (art. 187 CP).

También debemos ser conscientes de que las configuraciones en detalle de los tipos penales (por ejemplo, si un tipo penal se configura como delito de re-

³⁷ JAKOBS, 1991, 2/25a.

³⁸ Sobre esta cuestión LONDOÑO MARTÍNEZ, 2025, pp. 110 ss.

³⁹ FEJOO SÁNCHEZ, PJ 2001, pp. 105 ss.; PANTALEÓN DÍAZ, RDPP 2019, pp. 145 ss.

sultado lesivo o de resultado cortado o exige determinados elementos subjetivos) puede depender de muchas variables y de la propia evolución de la práctica.

Por otro lado, y de forma complementaria, deberíamos tener en cuenta un fenómeno característico de las nuevas formas de criminalidad como es la creación de nuevos tipos penales que criminalizan las infracciones más graves en ámbitos previamente regulados por el orden normativo primario (administrativo, mercantil, etc.). Se trata de tipos penales que en trabajos previos he caracterizado por su accesoriadad asimétrica⁴⁰ (donde abundan leyes penales en blanco, elementos normativos, accesoriadad del acto o la accesoriadad conceptual) y donde el injusto viene definido por deberes previamente existentes en ámbitos extrapenales. Por ejemplo, el delito de información privilegiada del artículo 285 CP. Un buen ejemplo es también el último proyecto de ley enviado por el gobierno a las Cortes para transponer la Directiva 2024/1226 que incorpora un nuevo Título dedicados a los «Delitos contra el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea» para tipificar como delito el incumplimiento de las medidas restrictivas de la UE. El bien jurídico suele ser de escasa utilidad en estos casos porque ambos órdenes, primario y secundario, protegen bienes jurídicos de forma complementaria. Como señala Frisch⁴¹, «en las sociedades modernas, la cuestión del bien jurídico está decidida en casi todos los ámbitos de importancia práctica mucho antes que en el Derecho Penal». Ya no se trata de la interacción social en el «mundo general de la vida», sino de injustos en subsistemas con dinámicas y lógicas propias con los que las normas penales tienen una relación muy estrecha de accesoriadad. En este segundo grupo de criminalizaciones, que se podrían definir como regulatorias, la doctrina tiene pendiente un mayor desarrollo de una teoría que nos permita inmunizar al Derecho Penal de lógicas incompatibles con su función y con la pena, aunque tengan sentido en el Derecho administrativo, el Derecho tributario o el Derecho mercantil⁴². Por ejemplo, en mi opinión se deben rechazar como injustos penales los delitos cumulativos

⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, pp. 970 ss. En el mismo sentido, BRAVO BOLADO, 2025, pp. 279 ss.; GUTIÉRREZ PÉREZ, 2021, pp. 328 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, 2024, pp. 25 ss., con nota 14. Cercano con su idea del «contexto de regulación» GARCÍA CAVERO 2025, pp. 12 ss.

⁴¹ 2003, p. 220. Básico en la crítica a la teoría del bien jurídico desde esta perspectiva, pp. 219 ss.

⁴² Esta creo que es una de las muchas deficiencias del denominado moralismo jurídico angloamericano (Dan-Cohen, Duff, Dworkin, Gardner, Moore, Tradós). Vid. las críticas de ROXIN/GRECO, 2020, 2/19 b y 2/49 b ss. al fairness como bien jurídico, pero no creo que la solución se encuentre en «argumentos relacionados con los bienes jurídicos». Por ejemplo, en el libro de GREEN, 2006 se identifica el engaño y la apropiación de lo ajeno como injusto. Pero el «hacer trampas» (*cheating*) al que se refieren los Caps. IV y XX hace referencia a un sistema de reglas y deberes del orden primario. Hacer trampas es incumplir reglas buscando ventajas. Cercanos en la doctrina alemana, incidiendo en que el fundamento del injusto de los delitos económicos estaría vinculado a contrarrestar las ventajas indebidas del que hace trampas ALWART, JZ 2006, pp. 546 ss. y 2007, pp. 3 ss., 17 ss.; NÖCKEL, 2012, pp. 49 ss. No toda trampa debe ser un injusto penal, por lo que deberíamos desarrollar criterios sobre las características de esas trampas para poder ser definidas como delitos.

(que tipifican conductas no colectivas que aisladamente consideradas son inocuas) o los delitos de peligro basados en el principio de precaución⁴³. También todo tipo de elementos que impliquen presunciones contra reo. Para ello creo que es preciso seguir trabajando en una distinción entre estructuras típicas legítimas e ilegítimas independientemente del bien jurídico que se proteja⁴⁴. Si una estructura típica es ilegítima es indiferente si protege bienes jurídicos o cuán importantes sean los bienes jurídicos tutelados. Por ejemplo, el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea parece algo valioso digno de protección (se entienda o no como un bien jurídico o como un bien jurídico más bien artificial o superficial), pero esta no es la cuestión esencial a la hora de abrir una nueva vía de criminalizaciones. Los nuevos ámbitos de criminalización exigen un análisis interdisciplinar donde se tenga en cuenta qué puede aportar el Derecho Penal que no resulta posible a otras ramas del ordenamiento jurídico sin desvirtuar las funciones que le son propias.

Los modelos de injusto van evolucionando con la propia sociedad, por lo que nunca será un trabajo cerrado. En sociedades codificadas fue preciso crear tipos que garantizaran, por ejemplo, las obligaciones de entregar o devolver derivadas de determinados títulos o que se garantizaran los deberes más esenciales del deudor con respecto a su patrimonio, surgiendo los delitos de insolvencia. En cuanto se generaliza una gestión profesionalizada de patrimonios ajenos con grandes dosis de libertad y discrecionalidad pasa a ser esencial garantizar con pena los deberes esenciales de fidelidad en dicha gestión porque los deberes que subyacen a la apropiación indebida son insuficientes. En esa evolución surgen otros deberes complementarios en la gestión societaria como de veracidad y transparencia (art. 290), siendo necesario en una sociedad en la que gran parte de los ciudadanos se juegan sus ahorros en productos financieros que el Derecho Penal colabore a estabilizar dichos deberes tanto en el momento en que las sociedades cotizadas colocan sus instrumentos financieros como las restantes informaciones que se deben seguir publicando y difundiendo tras dicha colocación (art. 282 bis). El bien jurídico es un reflejo muy tenue de estas evoluciones que no permite describir adecuada y plenamente los procesos de criminalización. Si sólo nos fijamos, por ejemplo, en lo que protegen la apropiación indebida o la administración desleal dejamos de apreciar como la evolución legislativa tiene que ver con ciertas necesidades sociales para garantizar ciertas normas de conducta.

⁴³ FEJOO SÁNCHEZ, 2006, pp. 157 ss. y 2007, pp. 815 ss. La posición que adopto es enormemente controvertida en la doctrina. *Vid.* recientemente en sentido contrario DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 482 ss. («cuando se trata de la protección de los bienes jurídicos colectivos más importantes parece razonable no restringir en exceso el margen de discrecionalidad del legislador»).

⁴⁴ Básico WOHLERS, 2000, p. 280. Sobre esta cuestión escéptico FRISCH, 2003, pp. 227 ss.

VI. BALANCE FINAL

En este homenaje de alcance limitado me tengo que circunscribir a estos esbozos de carácter excesivamente fragmentario, manifestando la sensación de que si se profundiza en las dos cuestiones expuestas y se establecen relaciones entre ellas podremos acabar desarrollando una teoría material de la criminalización –mejor que la teoría del bien jurídico– que nos permita disponer de criterios útiles cada vez que el Derecho Penal se vea interpelado a responder a nuevas necesidades sociales. Si la doctrina desconfía definitivamente de la teoría del bien jurídico se dará cuenta de que queda mucho camino por delante y que esta doctrina ha recortado en exceso la complejidad de los problemas de legitimidad en el proceso de elaboración de leyes penales.

No se trata de negar algo evidente: desde el punto de la vista de la norma de conducta el Estado no puede establecer prohibiciones o mandatos para proteger algo ilegítimo o sin finalidad alguna (la vigencia de la norma por la vigencia de la norma). Pero para esta conclusión no necesitamos una teoría del bien jurídico, que resulta superflua.

Por otro lado, las cuestiones político-criminales esenciales están relacionadas en la actualidad con otra pregunta: ¿Cuándo el Estado puede o no estabilizar prohibiciones o mandatos con una pena?

Cada tipo penal debe reflejar –en toda la extensión de su alcance– la legitimidad general de la pena y ello no depende básicamente de lo que la norma de conducta protege, sino de la lesividad social de las conductas que desvalora y permite imputar. Como ya he señalado, el problema de legitimidad de las normas de la parte especial es mucho más complejo que lo que la teoría del bien jurídico sugiere.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Anuario de Derecho Penal 1998.
- ALWART, Heiner: *Wirtschaftsstrafrecht im Übergang*, Juristenzeitung 2006.
- *Modernes Wirtschaftsstrafrecht als Projekt*, en Otto-FS, Múnich, 2007.
- AMELUNG, Knut: *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, en Hefendehl/V. Hirsch/Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003.
- ANASTASOPOULOU, Ioanna: *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, Múnich, 2005.

- APPEL, IVO: *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlín, 1998.
- *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1999.
- BRAVO BOLADO, Andrea: *El derecho penal ante la inteligencia artificial: problemas de imputación y propuesta de solución*, Madrid, 2025 (tesis inédita).
- COCA VILA, Ivó: *Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung*, en Staffler y otros, *Strafrecht und Demokratie*, Baden-Baden, 2023.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *La evolución de la teoría del delito en el fin de siglo*, Universidad de Extremadura, 2025.
- EISELE, Jörg: *Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch*, 31.^a ed., 2025.
- ENGLÄNDER, Armin: *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 127 (2015).
- *Filosofía del Derecho y Ciencia Penal. Una perspectiva crítico-racional*, Bogotá, 2025.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible*, Revista del Poder Judicial núm. 61 (2001).
- *Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo xxi*, en Liber amicorum Prof. Antonio González-Cuellar García, Madrid, 2006.
- *Retribución y prevención general*, Montevideo y Buenos Aires, 2007.
- *Los delitos económicos*, en Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo, Madrid, 2016.
- *Normativización del Derecho Penal, teoría de la pena y realidad social*, Santiago de Chile, 2017a.
- *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*, Santiago de Chile, 2017b.
- *Estabilización normativa como función del Derecho penal*, Santiago de Chile, 2021.
- *La corrupción pública en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter del Código Penal como delito contra el mercado*, 2.^a ed., Madrid, 2024.
- FREUND, Georg/ROSTALSKI, Frauke: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3.^a ed., Berlin, 2019.
- *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., München, 2024.
- FRISCH, Wolfgang: *An den Grenzen des Strafrechts*, en Stree/Wessels-FS, Heidelberg, 1993.
- *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens*, en Hefendehl/V. Hirsch/Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003.
- *Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2016.

- DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador: *La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales*, Madrid y otras, 2025.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *Un concepto dogmático del Derecho Penal económico*, en Feijoo/Peñaranda, *Teoría y práctica de los delitos económicos*, Madrid, 2025.
- GREEN, Stuart P.: *Lying, Cheating and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime*, Nueva York, 2006.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena: *El Derecho penal frente a la insolvencia. Delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Navarra, 2021.
- HASSEMER, Winfried: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Francfort, 1973.
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, 1989.
- HEFENDEHL, Roland: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia, 2002.
- V. HIRSCH, Andrew: *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur: Eine Annäherung von drei Seiten*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2002.
- *Der Rechtsgutsbegriff und das «Harm Principle»*, en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers. *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003.
- HÖRNLE, Tatjana: *Grob anstössiges Verhalten*, Francfort, 2005.
- HUMMELMEIER, Johannes: *Das Rechtsgut und seine Bedeutung für die Legitimität strafrechtlicher Normen*, Juristische Arbeitsblätter 2024.
- JAKOBS, Günther: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 97 (1985).
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungsregeln*, 2.^a ed., Berlín, 1991.
- *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2000 (núm. 1).
- *Sozialschaden? -Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem*, en Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht, Amelung-FS, Berlín, 2009.
- *Recht und Gut-Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*, en Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Frisch-FS, Berlín, 2013.
- *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, en Pawlik (Edit.), *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, Tübinga, 2017.
- JUDT, Tony: *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Barcelona, 2019.
- KINDHÄUSER, Urs: *Gefährdung als Straftat*, 1989.
- *Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 6/2011.
- KORIATH, Heinz: *Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1999.
- KRÜGER, Matthias: *Die Entmaterielisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlín, 2000.
- KUBICIEL, Michael: *Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft*, Juristenzeitung 2018.

- KUDLICH, Hans: *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 127 (2015).
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando: *¿Irrelevancia del delito de imposición de acuerdos abusivos? Casuística y sentido*, en Feijoo/Peñaranda, Teoría y práctica de los delitos económicos, Madrid, 2025.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 6.ª ed., Valencia, 2022.
- MIRÓ LLINARES, Fernando: *Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal*, en Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo, Valencia, 2020.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, Revista Penal núm. 1 (1998).
- MÜSSIG, Bernd: *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort, 1994.
- *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2001 (núm. 2).
- *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?*, en Fischer-FS, Múnich, 2018.
- NEUMANN, Ulfrid: *Dezision statt Argumentation? Zur (post)modernen Kritik der Rechtsgutslehre*, en Fischer-FS, Múnich, 2018.
- NEUMANN, Ulfrid/SALIGER, Frank: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Baden-Baden, 2023.
- NÖCKEL, Anja: *Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts*, Heidelberg, 2012.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta: *Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito*, Revista de derecho y proceso penal núm. 55 (2019).
- PAWLIK, Michael: *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, 2012.
- *Vom Rechtsgut zur Freiheitsgestalt. Zur ontologischen Tiefenstruktur strafrechtlicher Grundkategorien*, en Kindhäuser-FS, Baden-Baden, 2019.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, DOXA 23 (2000).
- *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho Penal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2001 (núm. 2).
- PÉREZ SAUQUILLO, Carmen: *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, 2019.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Barcelona, 2024.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *El relativismo político-criminal como problema*, en Estudios penales en homenaje al Prof. José Manuel Lorenzo Salgado, Valencia, 2021.
- *Sobre el concepto constitucional de delito (a propósito de Carbonell y la teoría material de la criminalización)*, en Estudios Penales en homenaje al Prof. Juan Carlos Carbonell Mateu, Valencia, 2025.

- RÖNNAU, Thomas: *Grundwissen-Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff*, Juristische Schulung 2009.
- ROXIN, Claus/GRECO, Luis: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.^a ed., München, 2020.
- SEELMANN, Kurt: *Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht?*, en Heike Jung-FS, Baden-Baden, 2007.
- SEHER, Gerhard: *Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutstheorie*, en Hefendehl/V. Hirsch/Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.^a: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2025.
- STRATENWERTH, Günter: *Zum Begriff des Rechtsgutes*, en Th. Lenckner-FS, München, 1989.
- *Zur Legitimation von Verhaltensdelikten*, en V. Hirsch/Seelmann/Wohlers, Mediating Principles-Prinzipien der Strafbegrenzung, Baden-Baden, 2005.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5.^a ed. Colonia y otras, 2004.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich: *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutstheorie. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2011.
- *The Constitutional Deficiencies of the German Rechtsgutstheorie*, Oñati Socio-Legal Series 3/1 (2013).
- *Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 129 (2017).
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXI (1998).
- WOHLERS, Wolfgang: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, Berlín, 2000.
- *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2002.
- *Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers*, en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003.
- ZIMMERMANN, Till: *Das Unrecht der Korruption*, Baden-Baden, 2018.
- *Die Universalgrammatik der Korruptionsdelikte*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2024.

7. REFLEXIONES SOBRE LA CONTROVERTIDA VIABILIDAD DE LA TENTATIVA DE LOS DELITOS DE PELIGRO EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

ALFONSO GALÁN MUÑOZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide

I. PLANTEAMIENTO DE UN PROBLEMA

Los delitos de peligro representan una fuente casi inagotable de controversias. Todo es discutible con respecto a estas figuras y, así, desde la concreta delimitación de sus injustos y la diferenciación de sus distintas clases, hasta su propia legitimidad han sido y continúan siendo objeto de una viva discusión ¹.

Siendo así, y dado que gran parte de estas controversias se derivan del hecho de que las figuras de peligro adelantan, o más bien habría que decir, amplían la intervención penal a actuaciones dotadas de una cuestionable lesividad y gravedad y que, por ello, gozan de un merecimiento de penas discutible, no puede sorprender que también se haya puesto en tela de juicio si dichos delitos pueden ser objeto de la nueva ampliación de su tipicidad que supondría la aplicación a los mismos de aquella institución, propia de la teoría general del delito, que hace factible que los delitos puedan llegar a ser castigados aunque no se llegue a completar su tipo de injusto. Esto es, que se discuta si se les podrá aplicar la cláusula extensiva de la tipicidad de los delitos relativa al castigo de sus tentativas, dando así lugar a un adelantamiento o expansión aún

¹ Respecto a estas cuestiones, véase, entre otros, MENDOZA BUERGO, 2001.

mayor de la intervención penal que la propia creación de dichos delitos ya habría determinado.

Evidentemente, estudiar esta cuestión con profundidad y analizando todos los problemas e interrogantes dogmáticos y político criminales que plantea necesitaría de un análisis de una extensión mucho mayor que el que presente trabajo puede tener. Por ello, hemos decidido centrar nuestra atención exclusivamente en la realización de unas breves reflexiones que tratan de responderla buscando referentes normativos de nuestro Código que nos pueden dar alguna indicación no solo sobre si resulta viable o no el castigo de las tentativas de dichas figuras en nuestro ordenamiento, sino también, y en caso de que esto se admitiera, sobre en qué casos ello sería posible y cuáles serían los requisitos necesarios para ello, cuestiones todas ellas que, evidentemente, tienen una gran transcendencia práctica.

Partimos, por tanto, de lo establecido en nuestro texto actualmente vigente para intentar concretar si es admisible dicha posibilidad y hasta qué punto lo sería, tarea para la que hay que partir del hecho evidente de que no existe en nuestra legislación penal ninguna manifestación expresamente dirigida a responder a tan controvertido tema, lo que nos obliga a tener que buscar otro tipo de prescripciones que nos indiquen, aunque sea de forma indirecta, cuál sería su posicionamiento con respecto a dicha cuestión.

Llama la atención, en este sentido, por ejemplo, que el artículo 16 de nuestro Código penal, donde se establece la cláusula general sancionadora de las tentativas, no delimite en modo alguno su posible ámbito de aplicación más allá de hacerlo, evidentemente, a los delitos dolosos, al ser estos los únicos en los que cabrá decir que quien los realiza sin conseguir completarlos, al menos los habría intentado. Esta amplitud legislativa, como señaló Quintero Olivares, resulta harto cuestionable, entre otras cosas, porque no se corresponde con lo que han hecho al respecto otros ordenamientos, como el alemán², dónde, como es sabido, se ha optado por limitar la posible ampliación de la tipicidad de los delitos, derivada del castigo de su tentativa, expresamente a los delitos graves y solo a aquellos delitos menos graves que prevean expresamente dicha posibilidad.

Nuestro ordenamiento, en clara contraposición con dicho sistema, no limita la extensión de la relevancia penal de las tentativas atendiendo a la gravedad del delito con respecto al que se prediquen. Desde el asesinato, hasta un hurto de escasa cuantía que dé lugar a la apreciación de un delito leve resultan,

² QUINTERO OLIVARES, quien también cita a los ordenamientos portugués o francés como sistemas limitadores del castigo de la tentativa 2025a.

por tanto, susceptibles de ser castigados si quedan en mero grado de tentativa, lo que fue severamente criticado por el anteriormente citado autor, que abogó y aboga por introducir un sistema de *numerus clausus* referido a los delitos susceptibles de ser castigados en tentativa similar al previsto para los delitos imprudentes, por entender que dicho sistema resultaría mucho más acorde que el actual al principio de intervención mínima³.

Sin embargo, y dado que no ha sido ésta la opción adoptada por el legislador español, tampoco resulta posible entender que la cláusula general tipificadora de las tentativas en nuestro ordenamiento, contenida en el comentado, artículo 16 CP, excluya, directamente, de su posible ámbito de aplicación a los delitos dolosos de peligro que se contemplan en nuestro ordenamiento, quedando así, en principio, abierta dicha posibilidad que, pese a ello, se ha enfrentado al firme rechazo de importantes sectores de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia⁴, por más que haya sido admitida, sin mayores problemas, por otros⁵.

Veamos, a continuación, cuáles son los motivos o razones alegados por unos y otros para adoptar sus correspondientes posturas, mientras buscamos indicios normativos que nos den orientaciones sobre tan controvertido tema, ante la ausencia absoluta de una manifestación directa y expresa en nuestro ordenamiento con respecto al mismo.

II. EN BUSCA DE INDICADORES SOBRE LA VIABILIDAD DE LA TENTATIVA DE LOS DELITOS DE PELIGRO

Como hemos puesto de manifiesto, no existe ningún precepto en nuestro Código penal que admita, ni rechace, de forma expresa, la viabilidad de la posible realización en grado de tentativa de los delitos de peligro. Esto ha llevado a que muchos autores hayan buscado responder a la dudosa cuestión de su viabilidad acudiendo y utilizando los argumentos sustentados en los principios penales más generales, y, entre ellos, especialmente, a algunos derivados del principio de intervención mínima.

³ QUINTERO OLIVARES, 2025a.

⁴ En este sentido, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, rechazada la viabilidad de la tentativa en los casos de delitos de peligro con respeto a bienes jurídicos supraindividuales con referente individual, por entender que si se castigase se estaría castigando la lesión de la confianza y seguridad de los ciudadanos en que no se lesione la seguridad y confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de los ámbitos de actividad, lo que iría contra el principio de subsidiariedad y última ratio, 2024, p. 227.

⁵ La admite, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, 2025, p. 732.

Fue precisamente partiendo desde este principio, desde donde algunos rechazaron tajantemente la posible apreciación de las tentativas de estos delitos por entender que, al ser los delitos de peligro unas figuras que castigaban como delito consumado la mera generación de una puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, castigar su tentativa supondría hacerlo con conductas que simplemente habrían generado un mero «peligro de un peligro» para el bien jurídico, algo tan lejano de su efectiva afectación que no podría justificar la sanción penal de dichas actuaciones, al no representar la lesividad mínima que se requeriría para hacerlo⁶.

En esta misma línea, tampoco han faltado quienes han mantenido que, de hecho, al exigir el artículo 16 CP, para apreciar una tentativa, que los actos castigables como tales debiesen ser «actos que objetivamente deberían producir el resultado», dejaba claro no solo que nuestro ordenamiento solo permitiría castigar como tentativa aquellas actuaciones que sean aptas, desde un punto de vista *ex ante*, para producir una lesión, al menos partiendo de la valoración que haría de las mismas un observador objetivo y razonable que tuviese los mismo conocimientos que aquel que las realizó y no uno que tuviese en cuenta todas las circunstancias objetivas que realmente concurrieron en el caso y que hacían imposible que generase tal efecto (las denominadas tentativas inidóneas y no las completamente imposibles o irreales), sino que también se excluía la posibilidad de apreciar una tentativa en aquellos actos previos a la generación del peligro que consumaría los injustos de los delitos de peligro abstracto, por más que se dirigieran a generarlos, ya que, al consumarse dichos delitos, precisamente, cuando las actuaciones que sancionan generan el peligro que define a las tentativas inidóneas, se entendía que cuando una actuación subsumible en sus correspondientes tipos no completase su injusto no podría ser castigada atendiendo a lo establecido en el artículo 16.1. CP, ya que no habrían llegado a generar el peligro mínimo requerido para poder hacerlo⁷.

Como se puede comprobar, ambos planteamientos parten y se sustentan en considerar que la escasa lesividad que entienden caracteriza a las conductas que podrían llegar a ser consideradas como tentativas de los delitos de peligro hace inviable que se puedan llegar a considerar como penalmente relevantes.

⁶ Así lo señalan, entre otras, sentencia como la STS 48/2020, de 11 de febrero (ECLI: ES:TS:2020:386).

⁷ BAGES SANTACANA, 2017, p. 416.

Sin embargo, y comenzando por lo que mantiene la primera de las referidas posturas, debe señalarse que, en realidad, nuestro ordenamiento castiga los «peligros de peligros» con cierta frecuencia.

Así, debe recordarse, por ejemplo, que se castigan expresamente actuaciones como las sancionadas por los actos de participación intentada que se definen en los artículos 17 y 18 CP o también en aquellos delitos que castigan conductas que necesitarían de otras actuaciones posteriores, incluso de terceros, para poder generar una verdadera y directa puesta en peligro *ex ante* del bien jurídico, con lo de que se pone de manifiesto que nuestro texto penal sanciona lo que podría considerarse como «peligros de peligros» y se demuestra que nuestro ordenamiento no limita ni excluye tajantemente la intervención penal frente a dichas actuaciones que, al fin y al cabo, también generan un peligro de lesión, por más que éste esté algo más alejado de la producción real de dicho efecto de lo que lo estarán otras conductas peligrosas penalmente sancionadas.

Piénsese, por poner un caso, en la figura del artículo 270.5 c) CP, donde se castiga, entre otras cosas, a quien simplemente favorezca la realización de los delitos contra la propiedad intelectual que se contemplan en sus apartados 1 y 2, eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir la realización de tales delitos. Una conducta que, evidentemente, podrá dirigirse a facilitar que un tercero pueda hacer copias del material desprotegido para venderlas, por más que ninguno hubiese comenzado a ejecutar esa segunda actuación⁸, con lo que estaremos ante una figura que, evidentemente, castigará la mera generación del «peligro de un peligro» para el bien jurídico que protege sin mayores problemas.

Habrà que entender, por tanto, que, si bien resulta razonable, en términos de lesividad y siguiendo los parámetros del principio de intervención mínima, que nuestro legislador limitase la intervención penal a peligros más cercanos a la lesión de los que lo hace, lo cierto y verdad es que ni esto es obligatorio partiendo de los más reducidos filtros derivados del principio de proporcionalidad que los propios al recomendable respeto al principio de intervención mínima, ni está, de hecho, exigido en ningún precepto del Código penal, ni tampoco se corresponde con lo que algunas de sus disposiciones establecen, con lo que dicho planteamiento se termina presentando más como un desiderátum político criminal que como una realidad normativa que defina una limi-

⁸ GALÁN MUÑOZ, 2025, p. 1030 ss.

tación real, total o al menos parcial, de la viabilidad de la apreciación de las tentativas de los delitos de peligro en nuestro ordenamiento⁹.

Algo similar, por otra parte, sucede con el segundo planteamiento restrictivo comentado. A nuestro modo de ver, no resulta discutible que nuestro ordenamiento excluya la viabilidad del castigo de las tentativas imposibles o irreales. Sin embargo, ello no supone que solo cuando se llegue a dar la peligrosidad propia de las tentativas inidóneas se pueda apreciar la realización de una tentativa, por cuanto, al castigar nuestro ordenamiento la tentativa inidónea tanto cuando esté acabada, como cuando no lo esté, resultará perfectamente posible que el artículo 16 CP pueda aplicarse a actuaciones previas a la generación efectiva de aquel peligro que se considera consumaría los delitos de peligro abstracto (el de la tentativa inidónea), pero que se hubiesen realizado con el dolo de generarlo.

Habría que entender, por tanto, que, por más que ambas propuestas aporten interesantes argumentos para abogar por limitar el castigo de los lejanos peligros que podrían llegar a ser castigadas como tentativas de los delitos de peligro, se enfrentan a una realidad legislativa que contradice abiertamente sus planteamientos y las limitaciones que pretenden imponer con respecto a dicha posibilidad.

Ahora bien, continuando con esta línea de rechazo a esta posibilidad, no han faltado voces en nuestra doctrina que han desechado la viabilidad del castigo de la tentativa de los delitos de peligro, por considerarla incompatible con otras de las exigencias propias de nuestra configuración legal de dicha institución, contenida en el artículo 16.1 CP, que, como es sabido, establece que habrá tentativa «...cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

Esta delimitación legislativa ha llevado, por una parte, a algunos a negar la viabilidad de la apreciación de las tentativas, por lo menos, con respecto a los delitos de peligro abstracto, por entender que, dado que dicho precepto exige, para apreciar una tentativa, que se dé «principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores», se excluirá su posible apreciación con respecto a tal grupo de delitos de peligro, por cuanto, al presentarse éstos como figuras que se consuman y completan con la mera realización de su actuación

⁹ Se comparte, en este sentido, la crítica que realizaba Kiss, con respecto a la denominada tesis del adelantamiento por partir, como un dogma, de la idea de que el comienzo de la ejecución del delito de lesión marcaba el comienzo infranqueable de la punibilidad, sin justificar en modo alguno que esto fuese realmente así. InDret, 2015, p. 7.

típica, tan pronto como ésta se comience a ejecutar estarán consumados, quedando las conductas que se hubiesen realizado antes de dichas actuaciones, aunque tendiesen a ejecutarlas (p. ej. ponerse el casco o montarse en el vehículo para conducir bajo los efectos del alcohol, sin llegar a arrancar el vehículo), en el ámbito de lo meramente preparatorio y, por tanto, al margen de la tentativa, al no suponer el principio de la ejecución del delito, tal y como exige el comentado precepto del Código penal español para poder apreciarla ¹⁰.

Pero es que además, y en la misma línea, tampoco han faltado quienes han descartado la posibilidad de apreciar las tentativas de los delitos de peligro abstracto por considerar que, al ser éstos unos delitos de mera actividad cuyos tipos no requieren la producción de ningún resultado externo diferenciado de su acción para estar completos y consumados, se presentan como figuras a las que nunca se les podrá aplicar la cláusula vigente de extensión de la tipicidad relativa a la tentativa, dado que ésta solo resulta predicable con respecto a actuaciones que objetivamente hubiesen debido ocasionar «el resultado» de los delitos a los que se aplique, algo que, a su modo de ver, alude directamente a los resultados típicos de dichas figuras y, consecuentemente, restringe la aplicación de esta institución a los delitos que los tengan. Es decir, a los delitos de resultado, excluyéndose así la predicabilidad de la tentativa, entre otros, con respecto a los delitos de mera actividad, como serían, a su modo de ver, todos o la mayoría de los delitos de mero peligro abstracto ¹¹.

Ahora bien, frente al primer planteamiento se han manifestado aquellos que consideran que, aunque se delimite a las figuras de peligro abstracto como delitos de mera actividad, nada impedirá que existan algunas, entre ellas, que castiguen conductas claramente fraccionables en varios actos, lo que permitiría apreciar el comienzo de la ejecución típica de un segmento de su conducta típica y, por tanto, de su tentativa, sin que resulte imprescindible que se hubiesen llegado a realizar todos los actos que se determinarían su consumación ¹². Mientras tanto, el segundo de los referidos planteamientos se ha encontrado con la opinión contraria de aquellos otros que lo han rechazado por entender que, en realidad, la diferencia entre la consumación y la tentativa de los delitos es de carácter puramente formal y no atiende a consideraciones de ofensividad,

¹⁰ Así, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, 2024, p. 233. Véase también, a este respecto, la argumentación sostenida en la ya citada STS 48/2020, con respecto al delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas comentada por BORJA JIMÉNEZ, 2021, p. 233 ss.

¹¹ En este sentido, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, 2025 b, p. 265, autor que, en cualquier caso, ya había cuestionado incluso que los delitos de peligro concreto pudieran ser realmente considerados como verdaderos delitos de resultado, dado que, entendía que lo único que generan es una perturbación del bien jurídico que también se podría apreciar en los de mera actividad.

¹² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2025, p. 819.

sino a razones puramente referidas a cómo se ha delimitado o definido el legislador el tipo delictivo del que se trate, lo que entienden que, por una parte, abrirá las puertas a la existencia y apreciación de la tentativa en los delitos de consumación anticipada, aunque sus tipos hayan adelantado su consumación formal a momentos anteriores a que se produzca el resultado que deberían perseguir su realización, pero, también y por lo que ahora nos interesa, permitirá que se pueda castigar la imperfecta realización de los delitos de mero peligro, tanto si éstos exigen la producción de un resultado material para estar consumados, como si se definen como figuras de mera actividad¹³.

Evidentemente, la adopción de cualquiera de estas posturas requiere de un posicionamiento con respecto a la delimitación de las tentativas realiza por el artículo 16.1 CP. Un precepto que, a nuestro modo de ver y en primer lugar, al exigir no solo que se realicen todos o al menos parte de los actos externos que objetivamente deberían producir el resultado, sino también que dichos actos determinen que quien los realice dé «principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores», delimita las tentativas relevantes en nuestro ordenamiento atendiendo a un criterio objetivo formal, al solo permitir apreciarlas cuando se comience a ejecutar una conducta que encaje y sea subsumible en la acción típica contemplada en su tipo¹⁴. Pero un precepto que, además y por otra parte, al exigir expresamente que la realización de dichas conductas debiese haber producido «objetivamente el resultado», no solo excluye de entre las tentativas sancionables en nuestro sistema a las imposibles o irreales¹⁵, sino que también elimina la posibilidad de apreciar tentativas de todos aquellos delitos cuyos tipos objetivos no aludan y contemplen expresamente la producción del resultado que la tentativa exige que sea pronosticable que la conducta castigable como tal pudiese llegar a producir. Esto, a nuestro juicio, excluye que dicha institución pueda predicarse con figuras cuyo tipo objetivo no requiera la producción de resultado alguno, como sucederá con los de mera actividad, como son muchos de los delitos de peligro abstracto, por más que castiguen actuaciones objetivamente fraccionables, pero deja abierta la posibilidad de su apreciación tanto con respecto a aquellos delitos de peligro

¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, p. 443 y 444.

¹⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 386. De otra opinión, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. quien, pese a partir de una concepción objetiva de la delimitación de los actos ejecutivos, se decanta por la denominada teoría declarativa amplia que permite considerar que éstos se habrán empezado a efectuar y se habrá iniciado la tentativa tan pronto como la actuación realizada, aunque no tenga encaje inmediato en la actuación contemplada en tipo, esté ligada a la que lo está en indisoluble unidad de acción, 2022, p. 437.

¹⁵ Así, los señalan, por ejemplo, con respecto a las tentativas irreales y a las absolutamente idóneas MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 389.

abstracto cuyos tipos requieran expresamente de la producción de un resultado separado de su acción típica para ser castigados, aunque éste no sea determinante de la lesión o de la puesta en peligro concreto de su bien jurídico (p. ej. la efectiva introducción del documento o de la moneda falsificados en el tráfico jurídico), como también lo hace en relación a aquellos otros delitos de peligro, que, precisamente por necesitar de la producción efectiva de un resultado de peligro, son considerados como delitos de peligro concreto.

Quedaría así limitada, a nuestro juicio, la polémica aplicabilidad de la tentativa a los delitos de peligro, en nuestro ordenamiento, a estos dos últimos grupos de delitos. A los de peligro abstracto (incluidos los de peligro hipotético) cuyos tipos exijan la producción de un resultado separable y causalmente conectado con su conducta típica y a los de peligro concreto, que, precisamente por serlo, exigen la producción de un resultado para estar consumados. Unos delitos éstos, en cualquier caso, cuya posible sanción en mero grado de tentativa tampoco ha estado exenta de controversia, lo que nos obliga a seguir explorando los argumentos, razones y los posibles respaldos normativos que encuentran tanto su admisión, como su rechazo.

III. ¿TENTATIVAS DE DELITOS DE PELIGRO CON RESULTADOS TÍPICOS?

Pese a que lo expuesto lo anteriormente podría llevarnos a pensar que la exigencia en algunos delitos dolosos de peligro de la producción de un resultado separable y derivado de su actuación típica para alcanzar la consumación podría abrir las puertas a su posible apreciación y sanción en grado de tentativa, lo cierto y verdad es que tampoco existe unanimidad en la doctrina a la hora de admitir tal cosa.

Por una parte hay autores que, si bien excluyen la viabilidad de la tentativa en toda clase de delitos de peligro abstracto, la admiten sin mayores problemas, por ejemplo, en los delitos de peligro concreto, precisamente por entender que en ellos resultaría perfectamente posible que quien realizase su actuación típica no llegase, pese a ello y por razones ajenas a su voluntad, a poner en contacto su peligrosa actuación con el concreto valor que dicha figura exigía para estar completa, como sucedería, por poner un caso perfectamente imaginable, con quien, pese a haber conducido con la temeridad manifiesta que castiga el delito del artículo 380 CP y haberlo hecho abarcando en su dolo la posible generación por su parte de una puesta en peligro concreto para la vida o salud de terceros, no llegase, sin embargo, a cruzarse con nadie y, por

tanto, no alcanzase a generar ese resultado de peligro concreto que dicha figura exige para su completa consumación.

Pero también y, por otra, existen otros autores que continúan cuestionando dicha posibilidad, por considerar que será la propia configuración típica subjetiva de los delitos de peligro la que excluirá el castigo de sus tentativas, dado que, al ser todos estos delitos figuras que castigan actuaciones que suponen ataques para sus bienes jurídicos protegidos que se habrían realizado con una mera imprudencia consciente con respecto a su lesión, de castigarse su tentativa, necesariamente dolosa, se estaría sancionando una conducta que, en realidad, no dejaría de ser sino una tentativa dolosa de una actuación que, a su vez, cuando se complete no dejaría de ser sino una suerte de «tentativa» meramente imprudente con respecto a dicha lesión (la castigada por el delito de peligro consumado), lo que entienden debería dejar tal clase de comportamientos en el ámbito de lo penalmente irrelevante atendiendo al principio de intervención mínima, dada su mínima gravedad y, consecuentemente, escaso merecimiento de pena¹⁶.

Evidentemente, este planteamiento partiría de considerar que todos los delitos dolosos de peligro, —obviamente, los únicos que podrían cometerse en tentativa—, se caracterizarían por tener unos dolos diferentes y menos exigentes y graves que el propio de las figuras de lesión¹⁷. Los denominados dolos de peligro. Unos dolos que serían estructuralmente equivalentes a las meras imprudencias conscientes con respecto al resultado de lesión que actuaría de referente del peligro configurado del tipo objetivo del delito de peligro; algo que, si bien es rechazado por aquellos que mantienen concepciones puramente intelectivas del dolo, que terminan por asimilar, al menos en algunos casos, los dolos de los delitos de lesión y de peligro¹⁸, a nuestro modo de ver, ha sido refrendado expresamente por nuestro Código penal, al afirmar el artículo 142.1 CP, tras su reforma realizada por la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, que «A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho», lo que, *de facto*, supone reconocer que la realización dolosa de dichas figuras de

¹⁶ GALÁN MUÑOZ, 2023, p. 40 y 41; QUINTERO OLIVARES, quien afirma que sería como castigar el intento de un intento del delito (2025a).

¹⁷ Admite la existencia de esta divergencia entre los dolos de unos y otros delitos, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1006.

¹⁸ Al menos, entre los dolos de lesión y el de los delitos de peligro concreto, como mantuvo FEJOO SÁNCHEZ, 2005, nota al pie 67, p. 337.

peligro representa una conducta meramente imprudente, por más que sea grave, del delito de lesión en que su realización se llegase a materializar.

Ahora bien, pese a que esta postura consigue colocar, a nuestro modo de ver, el debate referido a la concreta gravedad de los delitos de peligro y su cuestionable castigo en sus justos términos, al centrarlo en la expansión que representan para la intervención penal (castigan actuaciones que, en caso de no existir el delito de peligro sería atípicas) y no solo de mero adelantamiento a momentos previos a la lesión de los bienes jurídicos (lo que puede hacer y, de hecho, hace también la tentativa del delito de lesión), parece enfrentarse al problema de que no encuentran ninguna declaración legal que parezca respaldarla y, por tanto, deje clara la inviabilidad de la nueva y cuestionable ampliación de la intervención penal que supondría la apreciación de las tentativas de todos estos delitos.

¿Por qué vamos a rechazar, entonces, el castigo de las tentativas de los delitos de peligro con resultado por ser meras actuaciones dolosas referidas un ataque meramente imprudente con respecto a la lesión del bien jurídico protegido si no hay ninguna norma en nuestro ordenamiento que indique que ello no es viable? Es más, si se parte de que muchos delitos de peligro se presentan como figuras de mero peligro para los bienes jurídicos individuales (p. ej. la vida o la salud de los consumidores, participantes en el tráfico vial, etc...), pero son delitos que también dañan o lesionan efectivamente los bienes jurídicos que agrupan el difuso grupo de intereses de aquellos (salud pública, seguridad vial, etc...) ¹⁹, ¿por qué no podría entenderse que, al realizarse estos delitos con dolo con respecto a la afectación material de estos últimos valores abstractos y más generales sin completar su tipo de injusto, no existiría ya un ataque efectuado con dolo de lesión con respecto a los mismos que legitimaría el castigo de su mera tentativa?

Evidentemente, la ausencia de una declaración general referida a la viabilidad o no del castigo de este tipo de actuaciones impide responder a estas cuestiones de forma tajante.

Ahora bien, ello no impedirá que podamos buscar algunos indicadores, siquiera indirectos, respecto al posicionamiento de nuestro legislador con respecto a esta cuestión.

Podría pensarse, por ejemplo, que podría dar alguna pista sobre este tema el hecho de que el delito de abandono de menores propio del artículo 229 CP

¹⁹ Sobre las diferentes concepciones de estos bienes jurídicos y la cuestionable delimitación tanto de su puesta en peligro como de su lesión, entendida, evidentemente, como daño y no como destrucción absoluta, véase GARCÍA PÉREZ, 2025, pp. 180 ss.

castigue en su tipo básico «el abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años» en lo que, a nuestro modo de ver, permitiría castigar una puesta en peligro abstracta para la salud, la vida, integridad física o libertad sexual del menor²⁰; mientras que su apartado 3 sancione con «pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave».

Evidentemente, si se admitiese que todos los delitos de peligro tienen la misma clase de dolo (el de peligro) y, además, se reconociese la posibilidad de la comisión en grado de tentativa de los delitos de peligro concreto, no quedaría más remedio que entender que el tipo básico del delito de abandono propio del artículo 229 CP, protector de un bien jurídico de naturaleza netamente individual, resultaría del todo innecesario e incluso redundante, por cuanto, al poder castigarse la actuación que sanciona, sin mayores problemas, como tentativa de la figura de peligro concreto que le sigue y poder hacerlo, además, con exactamente la misma pena que la figura de peligro abstracto prevé para ejecución, se dejaría a este tipo carente de cualquier sentido y utilidad, a no ser que se considerase que su expresa previsión vendría a castigar la acción de la que se ocupa precisamente porque su realización no podría ser castigada como tentativa de la figura que le sigue, atendiendo a la cláusula general del artículo 16.1 CP por no resultar ésta aplicable a ningún delito de peligro.

Sin embargo, y a nuestro modo de ver, la existencia del castigo separado de estas conductas y de sus diferentes penas puede comprenderse, si se parte,

²⁰ Comentar en este sentido que MUÑOZ CONDE, considera que el tipo básico de este delito castiga una conducta lesiva para la seguridad material de sus sujetos pasivos, 2023, p. 365; concepto este, el de la seguridad que, a nuestro modo de ver, no puede ser considerado como referente de un bien jurídico, ya que no es sino el reverso de la vigencia de las normas penales, por lo que necesita ser completado o rellenado de un referente que lo dote de verdadero contenido material. De hecho, CARBONELL MATEU rechaza que se pueda tener a la seguridad como bien jurídico protegido por esta figura por lo que entiende que la misma protegería la situación personal del menor o incapaz, por alejarlo del cuidado de quienes están encargados de ella, 2023, p. 356; algo que, a nuestro juicio y, sin embargo, no difiere mucho del propio concepto genérico de seguridad que rechaza, por más que lo limite al concreto aspecto derivado de su pérdida de protección. Es por ello, por lo que hemos considerado que lo más adecuado es entender que si bien este delito requiere el incumplimiento de los deberes de garante que corresponden a sus sujetos activos, tiende a proteger la agrupación de bienes jurídicos individuales del menor o incapaz que se ponen en peligro con su abandono y, especialmente, la aquellos cuya puesta en peligro concreto castiga, precisamente el tipo cualificado de este delito. En esta línea, por ejemplo, FERNÁNDEZ BAUTISTA, quien señala que es precisamente la situación de desamparo generada la que diferencia este delito del de abandono de familia, cuyo castigo se limita a la no prestación de asistencia, 2024, p. 1037.

como aquí se hace, de admitir que el dolo de las diferentes clases de delitos de peligro no es equivalente, sino que difiere dependiendo, precisamente, de lo que exijan sus respectivos tipos objetivos para poder ser apreciados. Así, y por ejemplo, para poder responsabilizar a un sujeto por un tipo de peligro concreto no solo se necesitará que quien lo realice lo hubiese hecho sabiendo que su conducta era apta, desde un punto de vista *ex ante*, para llegar a producir una lesión y que, pese ello, se hubiese decidido a realizar, sino que también se exigirá que hubiese actuado conociendo que su conducta podría llegar a generar un verdadero resultado de peligro (un peligro concreto) y que, pese saberlo y no haber descartado dicha posibilidad, se hubiese decidido a realizarla, algo, esto último, que, evidentemente, no se necesitará para poder castigarle por la dolosa realización de un delito de peligro abstracto. En efecto, estos últimos delitos se cometerán de forma dolosa incluso aunque quien efectúe su conducta típica excluyese completamente la generación como consecuencia de la misma, no solo de una efectiva lesión del bien jurídico, sino también del referido resultado de peligro con respecto a dicho valor, lo que, por una parte, impedirá que se pueda considerar que quienes las cometan tengan necesariamente que haber realizado una conducta que podría ser considerada como una tentativa de la figura de peligro concreto que protegiese el mismo valor y, por otra, también pondrá de manifiesto que la previsión acumulada de una figura de peligro abstracto, cuando exista una de peligro concreto para el mismo ataque al mismo bien jurídico, en realidad, no generará un simple adelantamiento de la intervención penal con respecto a su posible lesión o puesta en peligro concreto, sino que producirá una nueva ampliación de dicha intervención penal al venir a castigar conductas diferentes de las tipificadas en los delitos de peligro concreto, incluso aunque se admitiese el cuestionable castigo de su tentativa, al venir a sancionar actuaciones que no se habrían realizado con el dolo que estos últimos delitos requerirían para poder ser apreciados.

Habrá que entender, por tanto, que la existencia y previsión acumulada de figuras de peligro abstracto y de peligro concreto referidas a las mismas conductas lesivas para los mismos bienes jurídicos, como sucede en el caso comentado, no representa un indicador suficiente para admitir o rechazar la viabilidad de la apreciación de la tentativa de estos últimos delitos, ya que, al no coincidir los dolos y los tipos subjetivos de ambas clases de figuras, ni se puede entender que el delito de peligro abstracto castigue una tentativa del de peligro concreto, ni tampoco que la expresa previsión puntual de los primeros indique que las tentativas de los segundos serán penalmente irrelevantes a no ser que se sancionen de forma autónoma mediante la creación de dichos delitos. Esto es, mediante la creación específica de un delito de peligro abstracto.

Ahora bien, si se revisa con algo más de detalle nuestra parte especial, sí que encontraremos una figura de la que se puede extraer alguna indicación con respecto a las cuestiones que hemos planteado. Se trata, en concreto, del delito de conducción con temerario desprecio hacia la vida de los demás contemplado en el artículo 381 de nuestro Código penal.

Como es sabido, este artículo castiga, en su primer apartado, «... con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior», esto es, conducir con la temeridad manifiesta y poniendo en concreto peligro la vida o la salud de terceros que contempla y sanciona el artículo 380 CP. Pero, además e inmediatamente a continuación, establece en su apartado 2 que «Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior».

De nuevo nos encontramos ante preceptos que contemplan y castigan por separado, como delitos consumados y con diferentes penas, la realización de una conducta generadora de un peligro concreto, en su apartado 1, y la de un mero peligro abstracto, en su apartado 2, del mismo bien jurídico protegido. A saber, en principio, la vida o la salud de las personas.

Estamos, por tanto, ante un artículo que contempla una figura de peligro abstracto y una de peligro concreto con respeto al mismo bien jurídico, frente a la misma conducta objetiva. Pero, además, estamos ante dos figuras que, a diferencia de lo que sucedía con las anteriormente comentadas, tienen exactamente la misma configuración subjetiva al tener que ser cometidos necesariamente por sujetos que, además de saber que la conducción que realizaban era temeraria, deberían haberla llevado a cabo «con manifiesto desprecio por la vida de los demás».

No es éste el lugar, ni el momento, evidentemente, de entrar a analizar todos los efectos que se derivan de esta particular exigencia típica. Baste con decir, aquí y ahora, que la exigencia del manifiesto desprecio hacia un bien jurídico ha sido generalmente asimilado a la presencia en quien lo tiene de un verdadero dolo de lesionarlo²¹, lo que convertiría las figuras de peligro en las que se introduce, como sucede en las ahora analizadas, en unos delitos que

²¹ Así lo entendía ya la mayor parte de la doctrina cuando se introdujo este delito, como reconoció RAMOS TAPIA, 2000. De otra opinión, sin embargo, CARDENAL MONTRAVETA, por considerar que este planteamiento daría lugar a un injustificable tratamiento privilegiado de los autores de estos hechos, RE-CPC, 2024, p. 1687.

habrían de realizarse con un verdadero dolo eventual de lesión con respecto a su bien jurídico protegido. Un dolo de lesión que, evidentemente, trascenderá al referido a los elementos y peligros que definen sus correspondientes tipos objetivos (peligro abstracto o concreto), pero que no determinará que estas conductas se castiguen mediante la apreciación de una tentativa de una figura de lesión (homicidio, lesiones, etc...), porque, tal y como acertadamente señalaba Ramos Tapia, «la indeterminación cualitativa y cuantitativa de los eventuales resultados que podían imputarse como intentados, hacía difícil decidir qué tipos de lesión en grado de tentativa debían entrar en concurso»²².

Ahora bien, y por lo que ahora nos interesa, la compleja configuración típica requerida por el tipo subjetivo de estas figuras y específicamente, que las dos exijan para ser apreciadas que quien las cometa tenga que actuar albergando en su dolo la eventual producción de un resultado de lesión que abarcará y, de hecho, trascenderá tanto al resultado de peligro concreto que configura su tipo básico, como a la mera puesta en peligro abstracto que se contempla en su tipo privilegiado, hará perfectamente factible que se pudiera y tuviese que entender que quien cometa la actuación objetiva castigada por este último tipo, el de peligro abstracto, podría haber sido castigado por haber realizado una actuación que estructuralmente sería, tanto objetiva, como subjetivamente sancionable como una tentativa del tipo delictivo de peligro concreto que la precede, lo que, ahora sí, nos permitirá plantear varias cuestiones de interés.

La primera y la más evidente es la que se refiere a la necesidad de la expresa tipificación del tipo privilegiado referido al delito de mero peligro abstracto. Si el tipo básico del artículo 381.1 CP castiga la generación de un peligro concreto y cabe apreciar y castigar la tentativa de esta clase de delitos, ¿para qué tipificar expresamente la figura privilegiada de peligro abstracto del segundo apartado de dicho artículo si dicha actuación ya se podría castigar mediante la apreciación de tal tentativa? Pero es más, y en segundo lugar, una vez que el comentado artículo de nuestro Código castiga la mera generación de un peligro abstracto de forma separada y diferenciada a la del peligro concreto que configura su tipo básico, ¿por qué el legislador ha decidido castigar esta figura atenuada con exactamente las mismas penas abstractas de prisión de prisión y de multa que corresponderían a la rebaja en un grado que se aplicarían a la apreciación de la tentativa del delito de peligro concreto contemplado en su tipo básico?

La respuesta más lógica a estas preguntas es entender que lo ha hecho, porque ha partido de que el artículo 16 de nuestro Código penal no castiga las

²² RAMOS TAPIA, RECPC, 2000.

meras tentativas de delitos de peligro aun cuando algunos de ellos contemplen y exijan un resultado para alcanzar su consumación, lo que evidentemente, le ha llevado a tener que crear un precepto específico para punir las actuaciones que contempla el delito de peligro concreto, pero que no llegan a producir el resultado de peligro que consumaría su injusto, para evitar, de ese modo, que su realización quede en el ámbito de lo penalmente irrelevante, precisamente, por no haber llegado a generar tal resultado. Se encontrará así, y con este concreto delito, un apoyo legislativo a aquella posición doctrinal que negaba la viabilidad de la apreciación de las tentativas en los delitos de peligro por más que éstos contemplen un resultado típico. Pero, también y, por otra parte, uno que permitirá extender el rechazo de su viabilidad incluso con respecto a aquellos delitos dolosos cuyos injusto contemplan y sancionan la efectiva lesión de un bien jurídico supraindividual unida a la mera puesta en peligro de uno individual, como es el caso del mencionado delito (lesión para seguridad vial y puesta en peligro para la salud o vida de las personas).

Bien es cierto, que algunos podrían afirmar que, en realidad, la expresa sanción del delito de peligro abstracto contenido en el artículo 381.2 CP, pese a la tipificación previa de la misma conducta cuando genere un peligro concreto, contenida en el apartado 1 de dicho artículo, más que tratar de impedir que las meras tentativas de este último delito quedasen impunes, tendería a asegurar que tales tentativas fuesen sancionadas con la misma pena de privación del derecho a conducir que correspondería a la figura de peligro concreto aun cuando ésta no se llegue a completar, algo que, sin embargo y a nuestro modo de ver, no parecer ser suficiente causa, por sí sola, para justificar la creación del tipo de peligro abstracto y, además, seguiría sin responder a la cuestión de por qué el legislador habría decidido determinar el resto de penas de dicha figura atendiendo, precisamente, a aquellas que corresponderían a la tentativa acabada del delito de peligro concreto que le precede.

Habría, por tanto y a nuestro modo de ver, al menos un indicador normativo de que nuestro ordenamiento no contempla ni acepta el castigo de las tentativas de los delitos de delito concreto, de forma general, ni, por tanto, menos aún, y en pura coherencia, lo hará con las de los delitos de peligro abstracto, aunque sus tipos exijan algún resultado separable de su conducta típica para estar completos. Bien es cierto que no es un indicador expreso y general y que ello permitirá que se pueda seguir discutiendo sobre este tema, manteniéndose así la preocupante y dudosamente compatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad dosis de incertidumbre e inseguridad que rodea el posible castigo de las tentativas de estos delitos. Una incertidumbre que ha quedado reflejada en las contradictorias resoluciones que se han emiti-

do sobre la materia en la práctica cotidiana de nuestros tribunales referida a esta cuestión²³ y que, a nuestro juicio, solo podrá eliminarse mediante la del todo recomendable delimitación legislativa expresa del ámbito de aplicación de las tentativas que, como hemos visto, ya lleva algún tiempo reclamando una parte de nuestra doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

- BAGES SANTACANA, Joaquín: *La tentativa en los delitos de peligro abstracto*. Barcelona, 2017, disponible en <http://hdl.handle.net/10803/663023> (últ. vis. 12 de diciembre de 2025).
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *El castigo de la tentativa de un delito de peligro abstracto: algunas reflexiones a raíz de la STS 48/2020, de 11 de febrero*, en Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Valencia, 2021, pp. 227-243.
- CARBONEL MATEU, Juan Carlos: *Derecho penal Parte Especial*, Valencia, 2023.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2024.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Buenos Aires, 2024.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005. pp. 307-342.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia: *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2024.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso: *Manual de Derecho penal económico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- *Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, Tratado de Derecho penal económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. pp. 979-1363.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *Bienes jurídicos supraindividuales, delitos de peligro y tentativa*, en Protección radiológica y Derecho público, Barcelona, 2025. pp. 165-200.
- KISS, Alejandro: *Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo «adelantado»?*, InDret 1/2015. En <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/365899/459959> (últ. vis. 12 de noviembre de 2025).
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Valencia, 2025.

²³ Sobre la polémica jurisprudencial existente y, en particular, sobre las contradictorias resoluciones que se han emitido sobre esta cuestión, primordialmente, con relación a los delitos contra la seguridad vial y los de tráfico de drogas, véase, BORJA JIMÉNEZ, 2021, p. 234 ss.

- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MENDOZA BUERGO, Blanca: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal Parte Especial*. Valencia, 2023.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal parte general*, Valencia, 2022.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: (2025 a) *La incriminación de la tentativa y los delitos de peligro*, en Almacén de Derecho, en <https://almacenederecho.org/la-incriminacion-de-la-tentativa-y-los-delitos-de-peligro> (últ. vis. 10 de diciembre de 2025).
- (2025 b) *Teoría General del delito*, Iustel, Madrid, 2025.
- RAMOS TAPIA, Inmaculada: *El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (a propósito de la STS 25 octubre 1999)*, RECPC 02-03 (2000) (últ. vis. 2 de noviembre de 2025).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Derecho penal. Parte General*. Las Rozas, 2025.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: «*Tentativa y delitos de peligro abstracto*», Un derecho penal moderno para una democracia del siglo XXI: Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez. Valencia, 2025, pp. 813-820.

8. LA RELEVANCIA DE LA METODOLOGÍA TELEOLÓGICA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO

OCTAVIO GARCÍA PÉREZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente sostener que los fines de la pena no se pueden tener en cuenta para configurar el delito, puesto que ello supondría incurrir en un error lógico. En este sentido, Díez Ripollés señala que «la elección de la pena como punto de referencia del juicio de valor de necesidad, al igual que del juicio de valor de merecimiento, resulta improcedente en la configuración del juicio de responsabilidad... el juicio de responsabilidad penal precede al de la imposición de pena, y en ambos coexisten razones de merecimiento y necesidad. La indudable importancia del segundo de los juicios no debe llevar a su confusión con el primero, privando a este de su autonomía y prioridad conceptuales. En suma, una categoría de la infracción penal, como es la punibilidad, no puede fundarse en la necesidad que se pueda tener o no para la imposición de la pena, juicio es posterior y que atiende a objetivos distintos a los vinculados al juicio de responsabilidad»¹. En esta misma dirección decía Gracia Martín que «los

¹ Así, por ejemplo, Díez RIPOLLÉS, 2020, p 759. Este mismo autor, 2003, p. 119, ha señalado que «cimentar toda la fundamentación del derecho penal en torno a la justificación de los fines de la pena supone, en primer lugar, un drástico recorte de los contenidos legitimadores de aquél y de sus racionalidades ética y teleológica en particular: las decisivas cuestiones sobre los contenidos de tutela, las estructuras básicas de exigencia de responsabilidad o incluso el sistema de penas quedan colocadas en un segundo plano frente a la omnipresente cuestión de qué tipo de efectos es legítimo lograr con la sanción». Este

contenidos materiales del concepto del delito, o sea de aquello que, en su caso, podría justificar la aplicación de la pena, no pueden ser fijados a partir de los fines mismos de la pena, del mismo modo ... que la enfermedad no puede ser definida a partir del tratamiento, sino justamente a la inversa»².

En este trabajo pretendo destacar la importancia que la metodología teleológica tiene de cara a la configuración del Derecho penal.

En el espacio limitado del que dispongo pretendo rendir homenaje a mi querido amigo y compañero Enrique Peñaranda Ramos con esta modesta contribución en la que intento subrayar la relevancia que la pena y sus fines tienen de cara a la configuración del Derecho penal por medio del recurso a una metodología teleológica.

II. LOS ORÍGENES

En los años 30 del siglo pasado se empezó a teorizar sobre la relevancia de la metodología teleológica para el Derecho penal aunque ello no significa que sus bases no las podamos encontrar en trabajos anteriores. Inicialmente en algunas de las primeras construcciones la orientación teleológica se introdujo de cara a la interpretación de los tipos penales. Así lo defendía Grünhut. Este autor señaló que la interpretación de los tipos penales tiene la función de delimitar y caracterizar la conducta humana que está prohibida y frente a la cual tiene sentido acudir a la pena. Para ello lo decisivo no es ni la voluntad del legislador ni el sentido gramatical. Lo relevante es entender los elementos del tipo como modalidades de una conducta prohibida y conminada con una pena. Para ello no solo hay que tener en cuenta la idea general de la pena como fin común, sino el hecho de que precisamente esta conducta está prohibida con pena debe tener una especial consideración en cada interpretación. Esto es lo que significa una interpretación material, captadora del sentido institucional y teleológica, es decir, que determina la esencia a partir del valor jurídico y del correspondiente fin de la ley. Su empleo en el Derecho penal tiene lugar a través de la introducción de dos conceptos específicos: el bien jurídico y el contenido delictivo. El primero designa la necesidad de protección específica a la

autor termina señalando que es «muy desorientador que algunas de estas corrientes se llamen a sí mismas teleológicas: en el mejor de los casos, estos es, cuando no se limitan a plantearse problemas propios de la racionalidad pragmática, el telos al que se alude es exclusivamente el fin o los fines de la pena asumidos, descuidando el resto del rico contenido de la racionalidad teleológica. Por lo demás, la consistencia de la teoría jurídica del delito y la preeminencia en ella de esos principios llamados limitadores desmiente diametralmente esas pretensiones de absolutizar la teoría de los fines de la pena» (p. 120).

² GRACIA MARTÍN, 2007, p. 13.

que sirve la sanción penal. Este concepto es relevante para la sistemática del delito, especialmente como medio de interpretación de los tipos penales. Representaría la abreviatura de la idea de fin. El concepto de bien jurídico aclara la interpretación conforme a criterios teleológicos, como hay que verlos desde la perspectiva de la víctima. La noción de bien nos sirve para identificar a la persona lesionada, es decir, al titular del interés. Pero dado que las normas que atribuyen a las víctimas ciertos derechos o deberes también deben ser interpretadas teleológicamente, el círculo de las lesiones dignas de atención debe ser limitado por medio de los fines de estos preceptos. Para la interpretación del tipo penal la consideración del fin adopta aún una segunda forma de objetivación. Desde la perspectiva del autor, la forma de comisión del delito prevista como típica por la Ley requiere atención: el contenido delictivo. Este se comporta con el tipo legal como un concepto sociológico general con un concepto normativo jurídico: mientras este último es una completa abstracción, en aquellos, en cambio, en la generalización se mezclan todavía elementos reales precisos. Por ello el contenido delictivo viene a representar un modelo demasiado estrecho para un vestido demasiado amplio y, por ello, desempeña una función restrictiva en la interpretación de los elementos del tipo³. Indudablemente el uso de conceptos como bien jurídico o contenido delictivo conduce a que diferentes fines y necesidades de protección puedan ser tenidos en cuenta, siendo así que su selección no es fruto de una función cognoscitiva, sino que es una cuestión de juicios de valor y decisiones normativas⁴.

No obstante, algunos autores apuntan ya a la relevancia de la orientación teleológica para todo el sistema. En este sentido, Radbruch indicaba que el término sistema se usa en cinco sentidos: deductivo, clasificatorio, categorial, teleológico y didáctico aunque en un principio, como este autor señala, él solo se había referido a los dos primeros. El sistema teleológico configura el ordenamiento conforme a fines y medios, indicando este autor que un ejemplo lo encontramos en el sistema de doble vía (Eisenbahnsystem) von Liszt. Para Radbruch en un mismo sistema se pueden dar las características de las diversas clases, de tal modo que en un mismo ámbito pueden darse elementos clasificatorios y categoriales o deductivos y teleológicos. Así indicaba que la distinción entre Derecho público y privado o la teoría general del Derecho eran categoriales mientras que el Derecho del trabajo y el Derecho económico eran construcciones teleológicas. De este modo se han alternado en el Derecho épocas

³ GRÜNHUT, 1930, pp. 7 ss. Sobre la biografía y la obra de este autor, cfr. STUCKENBERG, 2023, pp. 189 ss.

⁴ *Ibidem*, p. 12.

formalísticas con otras finalistas, así como etapas de jurisprudencia de conceptos con otras de fines. También el sistema del Derecho penal tiene una doble fundamentación: la teoría del fin de la pena es teleológica y la teoría de las normas categorial. En particular, también la teoría del delito es susceptible tanto de una estructura categorial como teleológica. Se construye de manera clasificatoria-categorial cuando el concepto unitario de ilícito propio de la teoría general del derecho se restringe mediante una concreción más precisa en el concepto de ilícito penal, es decir, ilícito delictivo. En cambio se llega a una teoría deductivo-teleológica del delito cuando el concepto de ilícito penal se deriva directamente del fin de la pena sin pasar por el concepto general de ilícito. La sistemática categorial del delito parte del concepto general de todo ilícito delictivo: el concepto de acción. En cambio, la sistemática teleológica toma como punto de partida de la definición de delito el elemento específico del ilícito penal, el tipo, y por tanto el concepto de delito no se puede derivar del concepto general de ilícito, sino que se separa de él desde un principio. Radbruch indicaba que von Liszt, el gran arquitecto de la sistemática penal dominante en esa época, aspiraba a un sistema categorial de la teoría del delito, añadiendo que era bastante extraño que el gran político criminal como dogmático penal era esencialmente una persona dedicada a la lógica y no a la teleología. Es verdad que von Liszt intentó fundamentar teleológicamente el concepto general de ilícito, pero, a juicio de Radbruch, su concepción no era sólida. Para Radbruch fue Beling el que permitió alcanzar una sistemática teleológica al sustituir el concepto de acción en su función de concepto básico de la teoría del delito por el concepto de realización del tipo, pasando a incluir el de acción como elemento estructural en el concepto de realización del delito. Con esta modificación se logró el paso de una sistemática categorial a una teleológica en la que todos los elementos del delito se derivan del fin de la pena y el concepto de delito se construye desde el fin de la pena⁵.

⁵ RADBRUCH, 1930, pp. 158 ss. En realidad, este autor ya había planteado la metodología teleológica en obras anteriores. En este sentido, RADBRUCH, 1914, pp. 188 ss., señalaba que si es cierto que la construcción y sistemática jurídica es la recreación de los preceptos jurídicos desde su idea de fin, entonces la formación jurídica de conceptos es formación teleológica de conceptos. De la misma forma que el concepto de Derecho se orienta a la idea del Derecho, también el concepto de cada instituto jurídico se ha de derivar de una idea específica. Allí donde hay varias posibilidades de interpretar tanto los conceptos jurídicos como los extrajurídicos empleados por las normas hay que recurrir a una metodología teleológica. A partir de la cuestión de cómo debía el legislador interpretar los supuestos de hecho para poder vincularlos fundamentalmente a las consecuencias jurídicas, los problemas relativos al supuesto de hecho deben reconstruirse siempre desde la consecuencia jurídica y de esto deriva el resultado aparentemente paradójico, según el legislador, de que para decidir sobre la consecuencia jurídica lo decisivo debe ser la concurrencia de los elementos del supuesto de hecho y de nuevo, en los casos dudosos, la interpretación de los elementos del supuesto de hecho se alcanza a partir de la idoneidad o inidoneidad de la consecuencia jurídica.

En 1939 Mittasch señalaba que solo un sistema que tenga la orientación valorativa del Derecho penal como punto de vista rector se ajusta a la estructura del Derecho penal. Añadía, citando a Stammler, que la Ciencia del Derecho tiene que ser necesariamente teleológica⁶. La relevancia práctica de este planteamiento se muestra ya en la interpretación y la formación de conceptos. Si el sentido de la Ley es realizar fines y valores, entonces el contenido de sus conceptos se tiene que entender desde esta orientación a valores. Incluso conceptos naturalísticos cuando se incorporan a las leyes pierden este carácter y se transforman en otros de índole teleológica. Si la formación de conceptos teleológicos no es segura, a ello se sumaría que la tensión existente entre diferentes valores entre los que hay que optar. Aunque el bien jurídico sea el más relevante elemento de la interpretación, no se puede perder de vista que hay otros valores (seguridad jurídica, igualdad, equidad, etc.). Así, por ejemplo, el bien jurídico como instrumento de interpretación encuentra frecuentemente su límite en el punto de vista material-teleológico de la seguridad jurídica. Tampoco deben olvidarse los valores propios del Derecho penal, los fines de la pena –retribución, prevención general y prevención especial– que pueden ser de gran relevancia para la formación teleológica de los conceptos en el Derecho penal⁷.

Ciertamente, como antes indiqué, las bases de esta metodología ya aparecen en la obra de von Liszt. En el modelo orientado a la prevención especial de von Liszt, la configuración del sistema está marcada fundamentalmente por su concepción de las relaciones entre Derecho penal y política criminal. Mientras el Derecho penal es la «magna carta del delincuente» que materializa la defensa de la libertad individual frente a los intereses de la colectividad y que, por tanto, representa «la barrera infranqueable de la política criminal», esta última es el dominio de la idea de fin en la pena cuya función es «la protección del ordenamiento jurídico a través de la lucha contra el delito en la persona del delincuente»⁸. A partir de estas premisas procedió este autor a delimitar las esferas de actuación del Derecho penal y la política criminal. Mientras la segunda se ha de ocupar de la legislación, de la determinación de la pena (su clase y medida) y de la ejecución de la misma, «el fallo de culpabilidad» que, «simplificando los conceptos legales del delito, tiene que dictarse conforme a reglas jurídicas en virtud de conclusiones lógico-jurídicas» representa el campo

⁶ MITTASCH, 1939, p. 30.

⁷ *Ibidem*, pp. 30 ss. Ciertamente la exposición no está completa, pues faltaría incluir, al menos, referencias a autores como Schwinge o Gallas, pero no ha sido posible sus trabajos de los años 30.

⁸ VON LISZT, 1970, T. II, pp. 80 ss. y 83. Este autor definía la política criminal como «el conjunto sistemático de aquellos principios en virtud de los cuales el Estado tiene que dirigir la lucha contra el delito por medio de la pena y de medidas similares», cuyo fin es «la lucha contra el delito». *Ibidem*, T. I, p. 291. En términos similares, T. II, pp. 78 ss., 82 y 293 ss.

de actuación del Derecho penal⁹. De esta forma, la elaboración del delito y, por consiguiente, la cuestión de si se dan los presupuestos necesarios para recurrir a la pena queda en manos del Derecho penal, mientras que la del tipo de pena más adecuada para evitar la futura comisión de delitos por parte del sujeto, la de la medida de esta y la de su ejecución corresponden a la política criminal.

Pues bien, aunque desde la perspectiva político-criminal, es decir, de la idea del fin de la pena, –decía von Liszt– lo relevante no es el resultado del hecho, sino la actitud del sujeto hacia el ordenamiento jurídico¹⁰, «el autor se sanciona con pena por la actitud delictiva documentada a través de su hecho y en la medida de esta». Y ello a pesar de que el propio von Liszt señala que «quizás fuera consecuente con nuestra concepción atender sólo a la actitud y no esperar hasta el hecho». El no proceder en este último sentido lo justifica este autor indicando que «la pena significa una injerencia tan profunda en la libertad individual de la persona que no la podemos imponer si no existe la certeza sino simplemente la sospecha», o sea, «si no se da el hecho sino sólo la actitud delictiva»¹¹. Con su concepción la dogmática quedaba en gran medida al margen del fin, limitándose a la elaboración de un sistema conforme a un método lógico¹².

El impulso que estaba cobrando la orientación teleológica¹³ en la doctrina se vio interrumpido por el ascenso al poder del partido nazi y la 2.^a Guerra Mundial. Es difícil determinar el papel que la filosofía neokantiana que está en la base de estas primeras construcciones jugó en las concepciones sobre el Derecho nazi en general y del Derecho penal en particular¹⁴.

⁹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁰ *Ibidem*. pp. 56 ss.

¹¹ *Ibidem*. p. 16.

¹² *Ibidem*, p. 81. No obstante, la idea de fin sí que penetró en su concepción del delito. En efecto, para este autor el hecho pasó a ser un síntoma de la actitud asocial del sujeto que es lo que constituye el contenido de la culpabilidad. De este modo, la política criminal penetra en la configuración del delito. Sin embargo, esta incursión es limitada, puesto que el hecho ofrece una base insuficiente para la determinación de la actitud asocial del sujeto, como lo demuestran las siguientes palabras de von Liszt: «en cambio, según nuestra postura, la actitud del autor acreditada a través del hecho debe ser lo decisivo. Su actitud hacia el ordenamiento jurídico, todo su pasado y lo que de ella se puede esperar para el futuro deben ser determinantes para el tipo y la medida de la pena. Si el acusado está por primera vez ante el Tribunal o si pertenece a los fieles y habituales visitantes de la institución debe adquirir una relevancia decisiva». *Ibidem*. T. II, pp. 57 y 388.

¹³ Cfr. la síntesis que ofrece MEZGER, 1933, pp. 91 ss.

¹⁴ Sobre esto, cfr., por ejemplo, AMBOS, 2019, pp. 56 ss. VORMBAUM, 2019, pp. 152 ss. y 178 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 529 ss. NEUMAN (2023, p. 385) indica que la cuestión de si el nacionalsocialismo supuso un desarrollo o una ruptura con el neokantismo es una cuestión valorativa. «Quien pretenda establecer una conexión entre neokantismo y el pensamiento penal del nacionalsocialismo puede aludir a que el método de orientación a valores había abierto una puerta por la que pudieron entrar ideologías totalitarias en el Derecho penal y en la Ciencia penal. El que ve el neokantismo como oponente al Derecho penal del nacionalsocialismo, puede alegar que el dualismo metodológico, el relativismo valorativo y el

En cualquier caso, ya en los años 60 Gallas en su discurso rectoral con motivo de la celebración de 578º aniversario de la Universidad de Heidelberg destaca la importancia de la pena y su fin para configurar el delito ¹⁵. Más tarde en 1970 Schmidhäuser publica su *Lerbuch* y en él dedica un capítulo a trazar las directrices de un sistema teleológico de los elementos del delito ¹⁶. También en 1970 Roxin publica su obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, en la que propuso un cambio en la relación entre dogmática y política criminal, pasando de un modelo basado en la separación de ambas, como había propuesto von Liszt, a uno asentado en la integración por la vía de introducir las valoraciones de la segunda en la primera ¹⁷. Como es sabido, esta última obra tendría un enorme impacto en la actual configuración del Derecho penal.

III. EL CONCEPTO FORMAL DEL DERECHO PENAL

El delito y las consecuencias jurídicas previstas para este constituyen la base del Derecho penal. Así lo acreditan las definiciones que de este se formulan. En efecto, si nos preguntamos por el concepto de Derecho penal, cabría en principio ensayar definiciones como las siguientes:

«Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia» ¹⁸.

Derecho penal es «un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas» ¹⁹.

principio de la constitución del objeto a través del método era incompatible con las ideas básicas del pensamiento jurídico nacionalsocialista, con la idea de la fuerza normativa de la vida del pueblo o más general del ser social». En cualquier caso lo que quizás no se pueda discutir es la influencia que la filosofía neokantiana tuvo en el ámbito del Derecho penal (así lo resaltó MITTASCH, 1939, p. 31) y ello con independencia del papel que pudiera jugar en el Derecho nazi.

¹⁵ GALLAS, 1968, pp. 1 ss.

¹⁶ SCHMIDHÄUSER, 1970, p. 109 ss.

¹⁷ ROXIN, 1970, *passim*.

¹⁸ Así definía el Derecho penal hace un siglo VON LISZT, sin fecha, p. 5. Ciertamente como advierte MIR PUIG, 2016, p. 45, esta definición es actualmente incompleta porque junto a las penas ahora contamos con otra consecuencia jurídica, la medida de seguridad. Además, el Derecho penal no se limita a las normas que establecen penas y medidas de seguridad, sino que incluye las normas que se dirigen a los ciudadanos para que no cometan delitos. El Derecho penal no solo está constituido por el conjunto de normas dirigidas a los jueces, ordenándoles que impongan penas y/o medidas de seguridad, sino también por las normas dirigidas a los ciudadanos a través de las cuales se les prohíbe cometer delitos bajo amenaza de pena.

¹⁹ Así, MUÑOZ CONDE, 2022, p. 29.

«El Derecho penal es el conjunto de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta amenazada con una pena o una medida de corrección y de seguridad»²⁰.

A partir de este último concepto, señalan Roxin y Greco que «pena y medida son el punto de referencia común de todos los preceptos penales. *Esto significa que el Derecho penal en sentido formal se define a través de sus sanciones*. Un precepto no pertenece al Derecho penal sólo porque estipule la infracción de mandatos o prohibiciones –eso lo hacen también muchos preceptos civiles y administrativos–, sino porque esta infracción se sanciona con penas o medidas»²¹.

Como se puede ver, en todas las definiciones el Derecho penal consta de dos elementos: delitos y consecuencias jurídicas, penas y medidas de seguridad. De este modo el delito es una conducta castigada con penas y/o medidas de seguridad. De otra, las penas o las medidas de seguridad son las consecuencias jurídicas previstas para los delitos. Pero hasta aquí nos estamos moviendo en un plano meramente formal, sin que aparezca cuál deba ser su contenido material.

IV. EL CONCEPTO MATERIAL DE DERECHO PENAL

No es posible conformarse con un concepto meramente formal de Derecho penal, sino que es preciso buscar uno material. Partiendo de los dos componentes del Derecho penal, Gallas se planteaba la cuestión de si no sería posible determinar el contenido de alguno de los componentes a partir del otro. A primera vista ello no es posible, pues si se define el delito como un hecho sancionado con pena nos seguimos situando en el plano formal, y lo mismo sucede con la pena, puesto que ésta sólo se puede conceptuar por referencia al delito. Para salir de este círculo vicioso, Gallas propuso acudir a «la esencia y la función» de la pena, pues si se dilucida cuál es el fin que la sociedad persigue cuando amenaza con pena sólo determinados hechos, a partir de ahí será posible fijar las características que tienen que reunir los delitos²². Así, la pena también cobra una importancia trascendental de cara a la configuración material del Derecho penal desde la perspectiva de un método teleológico²³.

Implicita o explícitamente este proceder se utiliza continuamente. Así acaece cuando se erige en principios básicos los de exclusiva protección de

²⁰ ROXIN/GRECO, 2020, p.1.

²¹ *Ibidem* (subrayado añadido).

²² GALLAS, 1968, pp. 1 ss.

²³ Como el propio destaca, ROXIN, 1972, especialmente pp. 67 ss.

bienes jurídicos y de fragmentariedad. ¿Por qué solo pueden constituir delito los comportamientos que afecten a bienes jurídicos? ¿Por qué el Derecho penal únicamente debe considerar delito los ataques más importantes a los bienes jurídicos más relevantes? La respuesta a estas cuestiones es siempre la misma. En efecto, al ser la pena –como ya decía von Liszt– un medio de «protección de bienes jurídicos a través de la lesión de bienes jurídicos»²⁴ esenciales de la persona, sólo se debe recurrir a ella en los casos de ataques intensos a los bienes más importantes²⁵. Estos principios cumplen un papel muy destacado en la configuración de lo injusto, descartando aquellas construcciones de los tipos que lleven a prescindir del bien jurídico o recortando el alcance de los mismos. O piénsese en las reflexiones que se han hecho en el sentido de afirmar que una pena solo puede ser justa si responde a las exigencias del principio de culpabilidad²⁶ y las enormes repercusiones que este axioma ha tenido tanto en la imputación subjetiva como en la configuración de la categoría de la culpabilidad.

El método teleológico supone que siempre hay que tener presentes las consecuencias jurídicas cuando se aborda el otro elemento del Derecho penal: el delito²⁷, y, en definitiva, cuando se trata de dotar de contenido material a este sector del ordenamiento jurídico.

No obstante, dentro de las corrientes teleológicas²⁸ existen diferencias. Ello depende de que la orientación se refiera a la esencia de la pena y a los fines de la pena²⁹ o sólo a estos últimos³⁰. La opción por una vía u otra tiene importantes repercusiones. En efecto, si se atiende únicamente a los fines de la pena,

²⁴ LISZT, 1970, p. 161. En términos similares se manifiesta también ROXIN, 1976, pp. 21 ss.

²⁵ Así, por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS, 1989, p. 740; MARTOS NUÑEZ, 1987, p. 107; CUERDA ARNAU, 1997, pp. 470 ss.; GÜNTHER, 1983, p. 238. En verdad, los principios de insignificancia (ROXIN, 1972, p. 53) o el de *minima non curat praetor* (LISZT, sin fecha, p. 21) no son más que formulaciones negativas del de fragmentariedad. Cfr. respecto a la conexión del primero de ellos con este último, LUZÓN PEÑA, 1995, pp. 28 ss.

²⁶ Así, por ejemplo, ENGISCH, 1971, pp. 174 ss.; MÜLLER-DIETZ, 1985, p. 823.

²⁷ En este sentido, SCHMIDHÄUSER, 1970, p. 110, señala que el método teleológico «significa que siempre hay que preguntarse por la consecuencia jurídica de la pena cuando se abordan los elementos del delito y su ordenación». Aclara este autor que el término teleológico se utiliza en cuestiones de interpretación en el sentido de que «hay que interpretar en atención al fin», pero desde un punto de vista metodológico supone que «no sólo la interpretación del precepto penal singular sino ya la propia comprensión del delito como tal, de sus elementos generales y de su ordenación, está orientada teleológicamente». SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 591, indica que «el sistema de la teoría del delito ha de mostrar una impronta teleológica. Esto último significa que su dimensión estructural-formal –de infracción de una norma jurídica de conducta– no puede conducir al olvido de cuál es su *telos*. A su vez, este viene dado por la fundamentación acerca de si se impone una pena o no.»

²⁸ Como bien ha destacado PEÑARANDA RAMOS, 2000, p. 289, modernamente también se identifica a estas corrientes o, al menos, a algunas de ellas con el término funcionalismo.

²⁹ Así, por ejemplo, GALLAS, 1968, pp. 3 ss.; GÜNTHER, 1987, pp. 368 ss.

³⁰ En este sentido se había manifestado ya RADBRUCH, 1930, p. 163. Esta es también la opción de JAKOBS, 1991, *passim*.

el contenido del Derecho penal puede variar sensiblemente según la función que se atribuya a la sanción penal. Así, una teoría relativa elaborará el Derecho penal a partir de un juicio de utilidad, la necesidad de prevención, o sea, desde la perspectiva de una racionalidad conforme a fines. En cambio, una teoría absoluta lo hará según un juicio de valor, la realización de la justicia. Por último, las teorías de la unión conjugarán ambos tipos de juicios³¹.

Sin embargo, un análisis más atento de las teorías relativas y absolutas pone de relieve que ninguna de ellas renuncia respectivamente a los juicios de valor³² o a los de utilidad³³. Esto no es más que una prueba de que en verdad en el Derecho penal han de coexistir consideraciones tanto axiológicas como de funcionalidad³⁴. Y esto es justamente lo que destaca la orientación que atiende no sólo a los fines de la pena³⁵ sino también a la esencia de ésta³⁶.

La pena por su esencia representa una privación o restricción de bienes esenciales de la persona. Aquí la sanción aparece contemplada desde la perspectiva del individuo y representa un mal gravísimo que requiere una especial legitimación. En cambio, si se la contempla desde el punto de vista de su fin, la pena aparece como algo socialmente útil. En esta otra vertiente la consecuencia jurídica se contempla desde el punto de vista de la sociedad³⁷. A mi

³¹ Sobre ello, cfr. GARCÍA PÉREZ, 1997, pp. 318 ss.

³² JAKOBS, 1985, pp. 751 ss. y para la cita, p. 783, cuyo modelo ha sido calificado como el más consecuente desde la perspectiva de la prevención general positiva, consideraba que muchas de las anticipaciones de las barreras de protección contenidas en el Código penal alemán no son legítimas en un Estado libre. Y ello aun cuando «ciertamente puede haber situaciones, incluso quizá las haya actualmente, en las que normas que son irrenunciables para un Estado libre, pierdan su vigencia si se espera con la represión hasta que el autor abandone su esfera privada». Pese a todo pensaba que sólo excepcionalmente sería legítimo el mantenimiento de la vigencia de tales normas. Con ello distinguía dos planos: el de la necesidad de la intervención para satisfacer las exigencias de prevención general positiva (aspecto utilitario) y el de la legitimidad de dicha intervención (aspecto valorativo).

³³ MAURACH/ZIPF, 1992, p. 76, señalan que «asimismo los defensores más decididos de la dirección clásica en la lucha de escuelas como, por ejemplo, Nagler, Oetker y Beling, sostuvieron postulados de la unión...» (subrayado en el original).

³⁴ GARCÍA PÉREZ, 1997, pp. 315 ss.

³⁵ Por ello me parece acertada la crítica de Díez Ripollés al recurso masivo a los fines de la pena, pues no tiene en cuenta esta otra vertiente. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, 1988, pp. 1086 ss.

³⁶ MIR PUIG, 2016, p. 79, señalaba que «la función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad. No obstante, añadía que ni la función del Derecho penal puede derivarse de una contemplación de penas y medidas de seguridad como figuras aisladas del sentido que en cada momento histórico-cultural y en cada modelo de Estado corresponde al Derecho, ni la función del Derecho penal se agota en la función de la pena y la medida de seguridad».

³⁷ Nótese la diferencia en el punto de partida con un enfoque orientado sólo a los fines de la pena como el de JAKOBS, 1991, p. 6, cuando señala que su concepción se distingue de una imagen de la pena bastante extendida: «lo injusto es un mal y el deber del autor de soportar los costes es también un mal, pero pese a ello no se puede definir la pena como imposición de un mal a causa del mal cometido. Sería absurdo “querer un mal porque ya existe otro mal” y esta secuencia del mal define la pena únicamente a través de una “característica superficial”. La pena tiene que ser definida positivamente: es demostración de la validez de la norma a costa de uno competente. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido con este

juicio, las orientaciones a los fines de la pena, al centrarse en esta esfera social, dejan en un segundo plano algo esencial: el valor que la persona tiene en modelos de Estado que, como el nuestro, erigen la dignidad de ésta en fundamento del orden político. Aunque ciertamente no prescinden de esta idea, sin embargo, a veces no extraen todas las consecuencias que de ello se deriva o cuando lo hacen, en ocasiones aparecen como límites externos a la propia racionalidad del sistema penal. En cambio, desde la orientación que incluye también la esencia de la pena, inmediatamente se destaca que, dado el valor de la persona y los derechos que le son inherentes, las injerencias en estos exigen algo más que una justificación utilitaria.

Pues bien, si se tiene presente, como destaca Schmidhäuser, que el enfoque teleológico implica que entre aquello que es presupuesto para la consecuencia jurídica y ésta tiene que existir una estrecha conexión³⁸, ello supone que los presupuestos de una pena tienen que reflejar ambas esferas, la individual y la social. Por ello el contenido del Derecho penal aparece como un entramado de fines. Así, si la sanción, por su esencia, supone una grave injerencia en bienes fundamentales, ello debe tener su reflejo en aquello que la desencadena: el delito. Por otra parte, cuando se tienen presentes sus fines, los presupuestos solo pueden contemplar lo necesario para su consecución.

V. CONSECUENCIAS DE ESTE PLANTEAMIENTO PARA EL DERECHO PENAL

Desde la perspectiva individual, es decir, de la persona que sufre la pena, esta es un mal, puesto que priva a la persona de bienes esenciales. Es esta la idea que singulariza al Derecho penal como subsistema de control social frente a otros. Es habitual destacar que su especificidad radica en su alto grado de formalización³⁹. Esta característica se interpreta acertadamente como una consecuencia derivada del hecho de que el Derecho penal es el subsistema de control social que dispone de las sanciones más graves⁴⁰. Pero con ello se está reconociendo que en el fondo la principal singularidad reside precisamente en que el Derecho penal posee las reacciones más rigurosas, las penas y las medidas de seguridad, de cuantas existen en todo el sistema de control social. En

efecto su función, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada». Aquí la esfera individual ocupa un plano bastante secundario en relación a la esfera social.

³⁸ Schmidhäuser, 1987, p. 374.

³⁹ Así, por ejemplo, HASSEMER, 1991, pp. 320 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 250.

⁴⁰ HASSEMER, 1991, p. 320; SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 250 nota 294.

efecto, éstas suponen la privación o restricción de bienes esenciales de la persona. Si a esto se añade la posición que tales bienes ocupan en un modelo de Estado que existe por y para el individuo, como lo demuestra el artículo 10.1 CE al establecer que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»⁴¹, es lógico que a partir de esta característica de las sanciones penales se concreten unas consecuencias cualificadas respecto a otros ámbitos del control social. Entre éstas no sólo se encuentra el alto grado de formalización del Derecho penal (principio de legalidad) sino también otras como, por ejemplo, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico o el principio de fragmentariedad. En efecto, la gravedad de las penas y medidas de seguridad exige asimismo que éstas se utilicen sólo para reaccionar frente a los ataques más importantes a las bases de la convivencia social. También esa privación de bienes que representa la pena debe legitimarse frente al que la sufre, siendo esto, a mi juicio, el papel del principio de culpabilidad.

Pero al mismo tiempo, hay que tener presente que la privación o restricción de bienes esenciales de la persona no constituye un fin en sí mismo, sino que se orienta a la consecución de una determinada finalidad: el aseguramiento de los presupuestos básicos para la vida en sociedad. De ahí que el sacrificio de tales bienes sólo esté justificado en la medida en que ello suponga una contribución a la consecución de este objetivo, es decir, en la medida que en que la pena sea necesaria para prevenir la comisión de delitos (fines de la pena).

En definitiva, la naturaleza o esencia de las consecuencias jurídicas del Derecho penal y sus fines están estrechamente relacionados con los presupuestos de su intervención, siendo posible, como apuntan las concepciones teleológico-funcionales, desarrollar éstos a partir de aquéllos.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K.: *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Derechos humanos y Derecho penal*, en Estudios penales y criminológicos, XI, Santiago de Compostela, 1988.
- CUERDA ARNAU, M. L.: *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal*, en Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. T. I. Valencia, 1997.

⁴¹ Cfr., por ejemplo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 1988, p. 32.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Política Criminal y Derecho penal. Estudios. T. I. Tirant lo blanch, Valencia, 2020.
- La racionalidad de las leyes penales. Trotta, Madrid, 2003.
- ENGISCH, K.: Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Piper, Munich, 1971.
- GALLAS, W.: *Beiträge zum Verbrechenlehre*. Walter de Gruyter, Berlin, 1968.
- GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GRACIA MARTÍN, L.: *Prólogo a Mendes de Carvalho*, É. Punibilidad y delito. Madrid, Editorial Reus, 2007.
- GRÜNHUT, M.: *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*. Festgabe für Reinhard von Frank. T. I. 1930 (reimpresión de 1969, pp. 1 ss.
- GÜNTHER, H. L.: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Carl Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1983.
- *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*. T. I. Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländ. u. intern. Strafrecht, Freiburg i. B., 1987.
- HASSEMER, W.: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. 2.^a ed., C. H. Beck, Munich, 1991.
- JAKOBS, G.: Strafrecht. AT. 2.^a ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.
- *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en ZStW, 1985.
- LISZT, F. VON: Tratado de Derecho penal. Trad. de L. Jiménez de Asúa y anotaciones de Quintiliano Saldaña. Reus, Madrid, sin fecha.
- Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze. Reimpresión de la edición de 1905. Walter de Gruyter, Berlin 1970.
- LUZÓN PEÑA, D. M.: *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona, 1995.
- MARTOS NUÑEZ, J. A.: *El principio de intervención penal mínima*, en ADPCP, 1987.
- MAURACH/ZIPF: STRAFRECHT. AT. T. I. 8.^a ED. C. F. MÜLLER, Heidelberg, 1992.
- MEZGER, E.: Tratado de Derecho penal. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz de la 2.^o edición de la obra Strafrecht. Ein Lehrbuch publicada en Munich en 1933. Con prólogo de Francisco Muñoz Conde. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General. 10.^a ed. Actualizada con la colaboración de Victor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016.
- MITTASCH, W.: *Die Auswirkungen des Wertbeziehenden denkens in der Strafrechtssystematik*. Walter de Gruyter, 1939.
- MÜLLER-DIETZ, H.: *Integrationsprävention und Strafrecht: zum positiven Aspekt der Generalprävention*, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. T. II., Berlin 1985.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: Derecho penal. PG. 11.^a ed. Actualizada por Pastora García Álvarez. Valencia, 2022.

- NEUMAN, U.: *Strafrechtlicher Neukantianismus in der Zeit des Nationalsozialismus*, en Pawlik/Stuckenberg/Wohlers: *Strafrecht und Neukantianismus*, Tubinga, 2023.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: *El principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, en CPC núm. 39, 1989.
- RADBRUCH, G.: *Grünzüge der Rechtsphilosophie*. Verlag von Quelle & Meyer, Leipzig, 1914, recogida en Gustav Radbruch: *Gesamtausgabe*. tomo II. *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg, 1993.
- *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en Festgabe für Reinhard Frank, Tübingen, 1930.
- ROXIN, C.: *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Trad. de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
- *Problemas básicos del Derecho penal*. Trad. de D. M. Luzón Peña. Reus, Madrid, 1976.
- ROXIN, C./GRECO, L.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5.^a ed., Munich, 2020.
- SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht. AT*, Tübingen, 1970.
- *Über einige Begriffe der teleologischen Straftatlehre*, en JuS, 1987.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- *Derecho penal. Parte general*, Cizur Menor, 2025.
- STUCKENBERG, C. F.: *Max-Grünhut*, en Pawlik/Stuckenberg/Wohlers: *Strafrecht und Neukantianismus*, Tubinga, 2023.
- VORMBAUM, T.: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 4.^a ed., Springer, 2019.

9. EMOCIONES MOTIVADORAS, RAZONAMIENTO PRÁCTICO Y DERECHO PENAL: ESBOZO DE TRES NIVELES DE ANÁLISIS

DIEGO GONZÁLEZ LILLO
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Valparaíso, Chile

I. OBJETO DE LA CONTRIBUCIÓN Y DEDICATORIA

El estudio de las múltiples y profundas relaciones susceptibles de establecer entre emociones y Derecho penal ha ocupado un lugar destacado en la discusión jurídico-penal contemporánea, tanto al interior de la teoría de la pena como de la teoría del delito. En efecto, en la primera de ellas, es posible apreciar, por una parte, propuestas orientadas a las funciones que debiera desempeñar el castigo estatal frente a la víctima y/o la comunidad, sea por la vía de satisfacer actitudes reactivas emocionalmente cargadas, como podrían ser, por ejemplo, la indignación, irritación o desprecio que suscita la comisión de un hecho delictivo, o bien, a partir de la mitigación de otra clase de actitudes, también con notable carga emotiva, como son la venganza o el resentimiento. En uno y otro caso se trataría, en lo cardinal, de encausar «emociones retributivas» o de posibilitar la producción de «experiencias retributivas» en terceros diversos de aquella persona que cometió el delito¹. Enfocados en esta última, en cambio, se exhiben otros planteamientos que, aunque sea de manera inci-

¹ Con más detalle al respecto, véase BENNETT, *Philos. Q.*, 2002, pp. 147 ss.; GARVEY, *QLR*, 2003, pp. 96 ss.; MIHAI, *Philos. Compass*, 2011, p. 601. Críticamente, ya PEÑARANDA RAMOS, *Doxa*, 2000, p. 314.

dental, esperan que la pena ofrezca a quien delinque una posibilidad personal de mejora, por la vía de atribuirse a sí mismo responsabilidad por el hecho delictivo, operación que podría estar mediada por la experimentación de culpa, remordimiento o vergüenza². Pese al profuso debate generado en torno a las aproximaciones que acaba mínimamente de describirse, todavía es posible afirmar que los principales nudos críticos acerca del impacto de las emociones en el Derecho penal permanecen en un plano discursivo previo al de la pena: la constitución del hecho delictivo.

Especialmente a partir de su íntimo vínculo con los motivos del agente, la influencia de estados emocionales hostiles –tales como el desagrado, el menosprecio, el desprecio y, particularmente, el odio³– ha sido objeto de especial atención a propósito de la vigencia y respeto de ciertos principios cardinales en todo Derecho penal que se entienda como propio de un Estado democrático de Derecho. Pues, como acertadamente ha puesto de relieve Peñaranda Ramos, respecto de la introducción de agravantes de responsabilidad basadas en motivaciones censurables, el primer y más básico interrogante que ello debiera suscitar es el de su compatibilidad con la exigencia de una «culpabilidad por el hecho como presupuesto indispensable de la responsabilidad penal», es decir, con los «principios del hecho y de la culpabilidad»⁴. Ahora bien, para acometer dicha tarea resulta indispensable delinear, siquiera en sus rasgos elementales, los distintos niveles en los que la noción de emoción podría interesar al Derecho penal, dado que las dificultades teóricas y eventuales resistencias prácticas no son exactamente idénticas en cada caso.

A fin de contribuir a una esquematización de los argumentos involucrados en dicha discusión, este trabajo se descompone en tres secciones. En primer lugar, desde un nivel descriptivo, se ofrece un esbozo de las posibles respuestas a la pregunta de qué se habla cuando se discurre en torno a emociones, destacando, de entre sus posibilidades, la función explicativa que estas, junto con los motivos, desempeñan en el razonamiento práctico de las personas, así como la manera en que tales nociones podrían adquirir una mayor relevancia para el Derecho penal (II). Luego de ello, desde un nivel más bien evaluativo, se aborda qué es aquello que concretamente puede (*rectius*: debiera) tematizarse como objeto de desvaloración cuando se afirma, v. gr., que quien cometió un hecho delictivo en perjuicio de otra persona, lo ha hecho motivado por una emoción

² Parcialmente en ese sentido, DUFF, 2001, p. 107. Sobre las teorías expresivas de la pena dirigidas al autor, véase la exposición de HÖRNLE, 2015, pp. 36 ss.

³ Acerca de la noción técnica de emociones hostiles y del odio, como una de ellas, véase VENDRELL FERRAN, IJPS, 2025, pp. 3 ss.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 7.

hostil de odio a su respecto (III). El trabajo se cierra con una presentación del problema a nivel adscriptivo, mediante la identificación y reseña de las condiciones bajo las cuales podría resultar legítimo agravar la responsabilidad penal de quien ha delinquido guiado por emociones motivadoras de dicho signo (IV).

Las líneas que siguen se dedican afectuosamente al profesor Enrique Peñaranda Ramos, como muestra de profunda admiración y sincera gratitud hacia su obra y persona.

II. EMOCIONES, MOTIVOS Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO: LA FUNCIÓN EXPLICATIVA DE LAS EMOCIONES

Como fuese anticipado, un primer aspecto que conviene diferenciar cuando se indaga en las interacciones entre emociones y Derecho penal es el potencial papel explicativo que las primeras pueden desempeñar en el razonamiento práctico de un agente, fenómeno psicológico que, como se verá enseguida, suele estar mediado por la noción de motivo. Para esclarecer dicho nexo, por lo tanto, será útil tener en vista qué se quiere significar cuando se discurre en torno a emociones y motivos.

Pues bien, tratándose especialmente de las emociones, la primera dificultad que emerge es justamente la falta de acuerdo sobre su contenido, disenso apreciable de manera notoria ya en las propias psicología y filosofía de la mente. Es más, seguramente tampoco sea posible clasificar sus diversas comprensiones sin simplificar un fecundo y todavía muy actual debate; sin embargo, y a riesgo de esto último, cabría aquí identificar, cuando menos, tres aproximaciones⁵. Para la primera tradición de pensamiento, las emociones son concebidas como estados sensitivos (o sensaciones), en las que prevalece la experiencia corporal y el conjunto de manifestaciones fisiológicas de la respectiva emoción. Así, por ejemplo, tratándose del odio y su manifestación más radical en la ira, el foco estaría puesto en su componente fenomenológico y la manera en que se expresa en quien lo experimenta (agitación, aumento de la frecuencia cardíaca, tensión mandibular, presión arterial, ceño fruncido, etc.). Para una segunda aproximación conceptual, en cambio, las emociones constituyen, fundamentalmente, estados cognitivos, definidos por la evaluación o apreciación de un determinado objeto intencional, el cual puede ser otro animal (humano o no), una cosa, un evento, etcétera. En este caso, el odio de una

⁵ Para una completa e ilustrativa mirada de conjunto, véase SCARANTINO y DE SOUSA, 2018, *passim*; DEIGH, 2010, pp. 17 ss.; VENDRELL FERRAN, 2018, *passim*.

persona hacia otra estaría constituido básicamente por el conjunto de creencias negativas referidas a esta última o a comportamientos suyos. En fin, desde una tercera tradición, las emociones son concebidas como estados motivacionales que guían el comportamiento, de manera que su propiedad distintiva sería la de tender-a-la-acción. A partir de esta última comprensión, continuando con el ejemplo ya utilizado, lo determinante del odio radica en que quien abraza dicha emoción tendría una disposición a comportarse de cierta manera con la persona que es objeto de ese estado afectivo negativo. Por supuesto, también hay aproximaciones híbridas al concepto de emoción, que toman aspectos de las tres tradiciones acabadas de describir; es decir, planteamientos que destacan copulativamente su dimensión cognitiva, por hallarse referidas a un objeto intencional; su capacidad de servir de guía para el comportamiento; y su propia «emocionalidad», con base en sus respectivas manifestaciones fisiológicas.

Por otra parte, aun cuando tampoco haya unanimidad en torno al concepto de motivo y su relación con otros fenómenos psicológicos⁶, para los efectos que aquí interesan, por aquel cabrá entender una razón que explica (y justifica subjetivamente) por qué una persona se ha comportado efectivamente de cierta manera. Esta significación puede rastrearse a su origen etimológico, el verbo latín *movere*, pues los motivos operan como razones que literalmente «mueven» al agente en una determinada dirección⁷. De ahí que no sea inusual que los motivos sean presentados como premisas (implícitas o explícitas) en un razonamiento práctico cuya conclusión designa para el agente en cuestión la necesidad práctica de ejecutar u omitir una determinada acción⁸. Nótese, sin embargo, que lo anterior no quiere decir que detrás de cada comportamiento necesariamente tenga que hallarse un motivo que lo explique. Como lo ilustra Davidson, también cabe la posibilidad de que, frente a la pregunta hipotética de «¿por qué lo hiciste?», bajo condiciones ideales de sinceridad, la persona interrogada llegue a contestar: «pues, por ninguna razón»⁹. De este modo, las acciones inmotivadas o no impulsadas por ningún motivo en concreto son plenamente concebibles, pues la presencia de un motivo como razón explicativa es puramente contingente. Y, asimismo, es de todo punto factible que la existencia de un motivo a favor de tal o cual acción no redunde en su ejecución, dado que, aun cuando tenga la poten-

⁶ Por ejemplo, en ocasiones los conceptos de motivo y motivación no se entienden como categorías coextensivas (véase PRINZ, 2004, p. 194), mientras que, por otra parte, hay quienes diferencian entre razones explicativas y razones motivadoras (así, ALVAREZ, 2010, pp. 33 ss.). Aquí, sin embargo, no se entrará en ello.

⁷ VON WRIGHT, 1983, p. 59 nota 2; ALVAREZ, 2010, p. 54.

⁸ ALVAREZ, 2010, p. 194; similar, GONZÁLEZ LAGIER, 2009, p. 93. En la discusión jurídico-penal, véase MAÑALICH RAFFO, InDret, 2013, p. 7; MATHIS, CJE, 2018, p. 4; MANRIQUE, AF, 2019, p. 192.

⁹ DAVIDSON, 1995, p. 21. Véase también ANSCOMBE, 2000, p. 17.

cia de figurar como premisa en el razonamiento práctico de un agente, cabe la posibilidad de que ese motivo, finalmente, no dé lugar a la formación de la intención de ejecutar cierta acción, o que, sencillamente, aquel carezca de la capacidad psicofísica para materializar dicha intención. De hecho, algo similar puede predicarse respecto de las emociones. En contra de aquella tradición «motivacionista», reseñada hace un instante, justamente se ha objetado que no todas las emociones, necesariamente, motivan la ejecución de acciones –la tristeza y el miedo, por ejemplo, eventualmente conllevan la adopción de actitudes más bien pasivas–, mientras que, por otra parte, hay emociones referidas a eventos ya acaecidos, por lo que tampoco exhibirían eficacia motivacional¹⁰.

Sentado lo anterior, sin embargo, aquí interesará el escenario en que una persona ejecuta una acción impulsada por un motivo que funge como razón explicativa de la misma y, más particularmente, el caso en que es una emoción experimentada por el agente la que ha operado como un motivo que la racionaliza. En ese sentido, entonces, en lo sucesivo el foco estará puesto en la idea de «emociones motivadoras»¹¹. Con ella, es posible establecer un nexo disposicional entre cierta emoción experimentada por una persona, el motivo en que esta puede redundar y, finalmente, la efectiva ejecución de una acción de tal manera motivada. Es importante subrayar que no se trata de un nexo causal, en términos de que las emociones motivadoras determinen en sentido fuerte la acción en cuestión; más bien, aquellas operarán como una herramienta interpretativa acerca de por qué esta se ha ejecutado¹². Como habrá oportunidad de señalar al final de esta contribución, la pregunta acerca de la responsabilidad (moral o jurídico-penal) «basada en nuestras emociones» presupone algún grado de control sobre ellas, el que habría de quedar desde ya descartado en caso de mediar un vínculo causal.

III. ¿DERECHO PENAL DE LA ACTITUD INTERNA O DERECHO PENAL DEL HECHO? EL PLANO EVALUATIVO EN LAS EMOCIONES ANTE LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO JURÍDICO-PENALMENTE REFORZADAS

Que las emociones y los motivos desempeñen una importante función explicativa en el razonamiento práctico, por supuesto, no agota su campo de

¹⁰ Con más detalle al respecto, PRINZ, 2004, pp. 191 ss.

¹¹ Sobre la noción afín de «motivación emocional», DÖRING, *Philos. Q.*, 2003, p. 224; VENDRELL FERRAN, *IJPS*, 2025, pp. 12 ss. Para acentuar el nexo entre motivos y emociones, MANRIQUE, *AF*, 2019, pp. 192 ss., utiliza el sintagma «motivos emocionales».

¹² ANSCOMBE, 2000, p. 19.

estudio. Como advirtiera von Wright, el interés en los motivos no radica en una «explicación científica», sino principal y decisivamente en nuestra pretensión de evaluar la acción del agente¹³. Sobre la base de que el comportamiento de una persona, efectivamente, puede comprenderse «mejor» a la luz del motivo que la impulsó, de lo que se trata, enseguida, es de considerar por qué esa persona podría llegar a merecer un elogio o reproche *adicional*, en función de la clase de razones que le llevaron a comportarse como lo hizo. De este modo, si se afirma, por ejemplo, que el odio racial que A albergaba respecto de B explica la muerte de este último a manos de A, se estará efectuando un juicio meramente descriptivo que aún no justificará por qué A podría hacerse acreedor de una pena más severa que si hubiese ejecutado el mismo comportamiento, pero sin semejante móvil. Para esto último es preciso identificar las razones que validan reprobar con mayor contundencia un comportamiento así motivado. Sin embargo, antes de revisar brevemente el debate jurídico-penal acerca del fundamento en que suele hacerse descansar dicha evaluación, es importante explicitar el objeto en que esta última debiera recaer.

Continuando con el ejemplo ofrecido más arriba, la evaluación negativa del comportamiento de A, consistente en matar a B, en razón del odio racial que motivó a A en dicho sentido, es un juicio que, desde un nivel puramente conceptual, podría construirse de forma tal que su objeto de referencia sea el odio experimentado por A, o incluso la persona misma de A, en tanto que portadora de aquel motivo reprochable. Sin embargo, desde un plano material, la respuesta necesariamente tendría que ser otra. En efecto, bajo la premisa de un Derecho penal del hecho, aquello que legítimamente puede exhibirse como objeto de valoración negativa no es la personalidad del autor ni tampoco el estado afectivo hostil abrazado por este¹⁴. Más bien, lo que las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas permiten evaluar de manera negativa son, precisamente, acciones u omisiones. Ahora bien, y de acuerdo con la tesis favorecida en el apartado anterior, al operar como premisas en la deliberación práctica de un agente, es perfectamente factible afirmar, sin forzar el lenguaje, que el motivo que le impulsa se encuentra internamente incorporado en (el esquema de razonamiento práctico que culmina en) la acción ejecutada¹⁵. De nuevo, a un Derecho penal del hecho no interesan las emociones en su dimensión puramente cognitiva, es decir, como estados mentales a partir de los cuales el agente aprecia o enjuicia cierto estado de cosas, sino más bien la fun-

¹³ VON WRIGHT, 1983, p. 53.

¹⁴ Véase asimismo TIMM, JR, 2014, pp. 145 ss.

¹⁵ Detenidamente al respecto, MATHIS, CJE, 2018, pp. 8 ss.; MANRIQUE, AF, 2019, pp. 194 ss.

ción motivadora que dichas cogniciones eventualmente pueden llegar a desempeñar en la persona en cuestión. Ello explica la importancia de que, tratándose de legislaciones que introducen una agravación por motivos discriminatorios, se presuponga un comportamiento delictivo cometido «por» dicho móvil, o que la «materia de prohibición» subyacente a la norma de comportamiento en los «delitos de odio» no sea este último, como tal, sino la provocación o incitación al mismo¹⁶. Si, por el contrario, lo relevante fuese la actitud interna del agente, no sería necesario (sino más bien contraproducente) esperar a que sus apreciaciones valorativas del mundo cristalizaran en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, lo que redundaría en una anticipación de la tutela penal, adicionalmente contraria al principio de lesividad¹⁷. Como último aspecto ligado al presente argumento, no está de más consignar que esta perspectiva preferentemente motivacional acerca del potencial impacto de las emociones en la responsabilidad penal –contrapuesta a una tesis exclusivamente cognitivista– incide también en la determinación del material probatorio relevante. Pues este último habrá de encaminarse a acreditar que el agente efectivamente «actuó por» el motivo en liza, más allá de si tal comportamiento, por ejemplo, habla acerca de una visión suya más global o profunda del mundo o se corresponde con el modo en que previamente ha conducido su vida¹⁸.

Clarificado lo anterior, es posible ahora descender sintéticamente al análisis del fundamento de la agravación basada en motivos discriminatorios. Como se sabe, tradicionalmente se ha tendido a considerar que los motivos reprochables (como el odio o el desprecio), al incidir justamente en la reprochabilidad del agente, integrarían el juicio de culpabilidad, incrementándola. En contra del emplazamiento del problema en dicho lugar de la teoría del delito se ha objetado, entre otras cosas, que ello implicaría abandonar el principio del hecho, para pasar a castigar, en su lugar, estados mentales o meros pensamientos, difuminándose así las fronteras entre Derecho y moral¹⁹. No obstante, como se ha sugerido previamente, el hecho de que las emociones y motivos envuelvan un contenido psicológico no significa que se agoten en ello; antes bien, el interés jurídico por su indagación solo emerge ante la hipótesis de un razonamiento práctico que ha concluido en la ejecución u omisión de un comportamiento con relevancia para el Derecho penal. Además, ello viene garantizado por el hecho de que la imputación jurídico-penal opera retrospecti-

¹⁶ Asimismo, GÓMEZ MARTÍN, 2020, p. 136.

¹⁷ Al respecto, AMBOS y RACKOW, 2020, pp. 30 ss.

¹⁸ Sobre los indicios y objeto de prueba en los motivos discriminatorios, véase DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 421 ss.

¹⁹ Detalladamente al respecto, véase PERALTA, 2012, pp. 97 ss., 175 ss.

vamente, es decir: habiéndose verificado ya un comportamiento que es posible objeto de esa imputación. A la tesis que entiende los motivos como un problema de mayor culpabilidad se ha criticado asimismo que el papel de esta última consistiría en limitar o, en su caso, excluir la responsabilidad penal; luego, ella no estaría en condiciones de fundamentar la gravedad del hecho, función que correspondería exclusivamente al injusto²⁰. Si de este último modo la culpabilidad acaso deja de ser concebida como un elemento del hecho delictivo para devenir en una pieza del hecho punible no es un argumento susceptible de sopesar detenidamente en este espacio. Pero basta aquí con afirmar que, en efecto, y por razones que enseguida se mencionarán, el fundamento de la agravación en estos casos no se sitúa a nivel de culpabilidad, sino de lo injusto.

Una original y plausible alternativa a la recién comentada es aquella para la cual la presencia de un motivo reprochable determina que el hecho en cuestión esté totalmente desprovisto de alguna situación que pudiera justificarlo, siquiera parcialmente. Desde dicha perspectiva, los motivos reprochables operarían como una negación de toda causa de justificación²¹, aunque, de ser esto así, cabría consultar por qué no hablar en tales escenarios motivacionalmente anómalos de una suerte de exculpación a la inversa²². Justamente en esta última dirección se incardina la tesis –defendida por nuestro homenajeado– según la cual la explicación de esta circunstancia agravante descansa en el hecho de que «el contexto no da pie a ninguna disculpa y sobre la responsabilidad del sujeto recae por tanto todo ese desvalor»²³. El planteamiento se construye sobre la premisa de que la pena que un ordenamiento prevé respecto de un determinado delito no implica necesariamente la imputación de todo el injusto realizado por el sujeto²⁴; el asunto cambiaría sensiblemente, sin embargo, tratándose de motivos discriminatorios, los que «carecen de cualquier validez para impedir que su contenido de injusto se impute plenamente a quien haya actuado movido por ellos»²⁵.

Ciertamente, tiene razón Peñaranda Ramos cuando afirma que, al aplicarse el «filtro de la culpabilidad», ya no es posible obtener un injusto mayor²⁶; no obstante, la pregunta que acaso podría resurgir es la de si realmente no queda espacio conceptual alguno a nivel de injusto para ponderar los mo-

²⁰ Véase PERALTA, 2012, pp. 193 ss.; también PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 14.

²¹ PERALTA, 2012, pp. 202 ss., pp. 285 ss.

²² PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 18.

²³ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 15. Como indica el propio autor, esta tesis se encuentra ya en PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 292 ss., a propósito de la alevosía y del precio como elementos típicos del asesinato. En esta dirección, véase asimismo DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 385 ss.

²⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 15.

²⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 16.

²⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 14.

tivos, sin que dicho ejercicio suponga anticipar el análisis de la capacidad de motivación del agente²⁷. Sobre ello se volverá enseguida. El otro contrapunto que aquí se formula –y que en este lugar no puede hacer justicia a las premisas de fondo subyacentes a la tesis favorecida por nuestro homenajeado y a las consecuencias sistemáticas que de ella se siguen– alude a un aspecto cuantitativo: que las circunstancias verificadas no puedan mejorar en modo alguno la situación del agente, mitigando ni mucho menos excluyendo su responsabilidad, no explica que, por esa misma razón, el hecho devenga agravado. Si el motivo discriminatorio que impulsa al autor no le permite –como señala Peñaranda Ramos– «distanciarse siquiera mínimamente del hecho», la duda que permanece es la de si acaso «lo acerca» a este, en términos de hacerlo «más suyo» o, en definitiva, de hablar «más» sobre su persona. Desde luego, dicha hipótesis podría activar las alarmas de un Derecho penal del ánimo, en circunstancias de que justamente uno de los principales méritos de la postura patrocinada por Peñaranda Ramos es que permite compatibilizar la existencia de una agravante así diseñada con el principio del hecho. Por ello, una clave para reforzar esto último puede encontrarse en la siguiente caracterización que Peñaranda Ramos ofrece respecto de los motivos discriminatorios, esto es: «una motivación absolutamente inviable, desde la perspectiva del propio ordenamiento jurídico (...)»²⁸.

Como fuese anticipado, es posible convenir que, en efecto, dista de ser satisfactorio trasladar sin más al injusto aquellos elementos de la actitud interna del individuo que habrían reclamado consideración bajo un concepto de culpabilidad gobernado por la idea de reproche «a la persona del autor». No obstante, la estrategia es más bien distinta cuando se trata de calibrar la incidencia del motivo en la valoración social de la conducta. Quien mata a otra persona, por ejemplo, impulsada por el odio racial que siente respecto de la víctima es alguien que despliega un comportamiento que contiene un sentido simbólico objetivamente más grave, a la luz del sistema de valoraciones predominantes en una determinada comunidad, basado y expresado en su propio ordenamiento jurídico²⁹. Que sean determinadas condiciones, cualidades o

²⁷ Es decir, sin incurrir en la que PERALTA, 2012, pp. 151, agudamente tematiza como «falacia de remisión».

²⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 16.

²⁹ A las tesis que razonan el problema en términos de una mayor culpabilidad también se impone la evidencia de que la selección de motivos que habrán de estimarse especialmente reprochables no es aleatoria; al contrario, su reprochabilidad se determina intersubjetivamente, de acuerdo con las pautas sociales que ha hecho suyas el respectivo ordenamiento. Por lo demás, como advirtiera PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 52, ello es consistente con la «receptividad, históricamente comprobable, del Derecho a los cambios de las reglas sociales».

preferencias de la víctima las que el respectivo sistema jurídico considera a la hora de configurar la agravación, es un dato que resalta el carácter objetivo de la misma, en términos tales de que pudiera representar prácticamente una autocontradicción pragmática el hecho de que un Estado asumiera el compromiso de reconocer y promover valores como la igualdad, la tolerancia y el respeto, y que, sin embargo, no exasperase la pena cuando el hecho delictivo ha sido motivado por el odio que el autor alberga hacia la víctima precisamente en razón de aquellas condiciones, cualidades o preferencias. De ahí que el incremento de pena en estos casos admita entenderse como la expresión de un mensaje contundente de repudio incondicional respecto de tales comportamientos³⁰. Evidentemente, esta línea de fundamentación presupone que la mayor severidad en la reprobación de hechos así motivados tenga su anclaje en las valoraciones dominantes en la comunidad y que el Estado respectivo haya asumido –en su Derecho interno o mediante la ratificación de Tratados internacionales– la defensa de tales principios, de modo que el hecho adquiriera una significación institucionalmente distinta y pueda, efectivamente, considerarse más grave desde un plano objetivo³¹. Nótese que esto último no implica negar relevancia al motivo que guía al autor –la gravedad objetiva de su comportamiento no es exclusivamente simbólica, pues el diverso sentido de la conducta seguirá dependiendo de que el autor efectivamente haya actuado impulsado «por» ese motivo–, sino solamente que el lugar sistemático en que incide es en el de lo injusto, y no en la capacidad de motivación.

IV. EMOCIONES, MOTIVOS Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: EL PROBLEMA ADSCRIPTIVO

Según lo sugerido en el apartado anterior, al asociarse el fundamento de la agravación por motivos discriminatorios al carácter objetivamente más injusto del comportamiento así motivado, dicho incremento de pena logra compaginarse con el principio del hecho. No obstante, para que también el principio de culpabilidad resulte resguardado aún es necesario atender someramente a ciertas preguntas ulteriores, de cuyas respuestas dependerá el tránsito legítimo desde el plano evaluativo al plano adscriptivo. Formulado con otras palabras: aun cuando el fundamento de la agravación por motivos discriminatorios

³⁰ Véase KAHAN, MLR, 1998, p. 1641; SILVA SÁNCHEZ, 2025, 10/79; respecto del femicidio, PÉREZ MANZANO, DPUCP, 2018, p. 176; CONTESSE SINGH, 2025, pp. 391 ss. En contra, PAYER, ZStW, 2025, pp. 526 ss.

³¹ FORNASARI y GUZMÁN DALBORA, RDPC, 2015, p. 219.

no descansa en la culpabilidad como categoría de la teoría del delito, ello no quiere decir que el problema no se vincule, y de manera sensible, con el principio de culpabilidad. Como se ha señalado, si bien la mayor gravedad del hecho descansa en su sentido objetivamente más censurable, esta significación presupone que el comportamiento del agente, efectivamente, haya sido impulsado por el motivo en cuestión. Y es a propósito de la capacidad de control del agente respecto de sus impulsos motivadores que el principio de culpabilidad vuelve por sus fueros, pues se precisa que al agente sea imputable –en un sentido fuerte– ese componente de su razonamiento práctico. En el espacio que resta, se intentará abordar sintéticamente dos aspectos relativos a las emociones hostiles motivadoras (como el odio) que conectan más inmediatamente con aquella manifestación del principio de culpabilidad.

El primer extremo que ha de reconsiderarse para los efectos recién descritos es el propio concepto de emoción. Como se señaló al inicio de esta contribución, una importante tradición filosófica tiende a subrayar el componente fisiológico de las emociones, lo que explica que ocasionalmente se le caracterice como «mecanicista»³². Al ser concebidas de tal manera, las emociones quedan asociadas a eventos que se experimentarían de forma casi irresistible, sin que medie acto de voluntad alguno, ni que su contenido quede determinado por la evaluación o apreciación que quien la «sufre» tiene acerca de la persona o estado de cosas sobre el cual ella recae. De ahí también que, bajo dicha comprensión, las emociones suelen estimarse como eventos irracionales, de surgimiento repentino, cuando no automático, ajenas al control de la persona que es «presa» de ellas y, como consecuencia de todo lo anterior, no susceptibles de generar responsabilidad³³. Sin embargo, y como ya fuese anticipado, en la discusión contemporánea en torno a las emociones estas ya no se consideran, en sí mismas, como fuerzas externas irresistibles, ni como eventos necesariamente irracionales, que simplemente «acaecen» a quien los experimenta. Para lo anterior, el punto de partida crucial radica en no confundir la emoción con la forma en que esta puede llegar a manifestarse³⁴. Pues, aun cuando, dadas las circunstancias, una emoción adquiera intensidad inusitada e incluso logre escapar *in actum* del control del agente³⁵, este último es un dato puramente contingente, que, sobre todo, no torna imperti-

³² Al respecto, con múltiples referencias, GONZÁLEZ LAGIER, 2009, pp. 29 ss., 49 ss.

³³ Respecto de la crítica a la legislación relativa a los delitos de odio, como instancia de responsabilidad por el carácter, véase HURD y MOORE, SLR, 2004, pp. 1129 ss.

³⁴ NEU, 2010, p. 509: «sentir una emoción y expresarla son dos cosas distintas».

³⁵ Intensidad que variará en cada persona y dependerá de una plétora de factores, tales como la fuerza, realidad, persistencia, significación íntima del evento y, tratándose de emociones como la pena y el odio, la apreciación subjetiva de «merecimiento». Al respecto, BEN-ZE'EV, 2010, p. 50 ss.

nente la pregunta por la posibilidad de rastrear una capacidad de control en un momento previo a su surgimiento³⁶.

El segundo aspecto relevante concierne precisamente al criterio conforme el cual la emoción hostil que genera un motivo reprochable en una persona puede adscribirse a esta (a título de demérito). Una premisa idónea para tales efectos podría ser la siguiente: si bien difícilmente cabría afirmar que tenemos la capacidad de elegir si sentir tal o cual emoción, en ocasiones al menos sí será posible ejercer un control indirecto sobre la misma, a partir de acciones u omisiones que incidan en su proceso de formación. Por ejemplo, quien se caracteriza por ser irascible, quizá no podrá inmediatamente abstenerse de experimentar ira, pero sí, en cambio, situarse en contextos que, por experiencias previas, le consta que probablemente despertarán impulsivos agresivos en él o en ella³⁷. Lo anterior, por cierto, muestra que las emociones y las creencias exhiben un rasgo común, pues, del mismo modo en que difícilmente cabría sostener que tenemos la capacidad de decidir dar algo por verdadero o falso, ello no implicará negar nuestra aptitud para participar del proceso de formación de una creencia³⁸.

Lo recién sugerido no es incompatible, sino más bien susceptible de complementar, con una estrategia más eficaz y profunda –a la vez que, sin ulteriores precisiones, potencialmente controvertida– consistente en una apertura a la necesidad de «moldear el propio carácter»³⁹. Que ello sea factible –como ha sugerido Neu– lo demuestran nuestras prácticas cotidianas, pues emociones como la gratitud y el perdón pueden ejercitarse dando gracias o perdonando a terceros, aunque su contenido afectivo todavía no se experimente⁴⁰. Tratándose del odio, en tanto emoción hostil basada en una apreciación negativa respecto de otra persona o grupo, resulta todavía más relevante confrontar el carácter epistémicamente injustificado de aquella evaluación⁴¹. Ahora bien, que semejantes

³⁶ Sobre la posible relación entre emociones (o estados afectivos intensos) y la *estructura* de la *actio libera in causa*, véase, MONTENEGRO, 2023, pp. 65 ss., 142, aun cuando desde una perspectiva más bien crítica.

³⁷ Próximo, en la discusión jurídico-penal, DUFF, 2007, p. 61.

³⁸ Con más detalle al respecto, MELE, 2001, pp. 98 ss.

³⁹ Si bien es cierto que, como apunta NEU, 2010, p. 514, la verificación de una emoción pertenece al plano personal, mientras que es la manifestación de la misma la que mayor interés reviste en términos intersubjetivos, tampoco es posible obviar que la vida psicológica y afectiva individual impacta –y decisivamente– en nuestra manera de relacionarnos con el resto.

⁴⁰ NEU, 2010, p. 513. Sobre la educabilidad de las emociones, véase también GONZÁLEZ LAGIER, 2009, p. 127; ALONSO ÁLAMO, RP, 2016, pp. 29 ss. Por supuesto, la falta de una condición de sinceridad posiblemente obste a una imputación (moral) a título de mérito en aquellas conductas. Pero lo aquí tematizado es la neutralización de estados emocionales que podrían conllevar una imputación (jurídico-penal) a título de demérito.

⁴¹ Análogamente, si el miedo de una persona se basa en la apreciación de un objeto como peligroso o su angustia se funda en la evaluación de una situación como preocupante, tales emociones *podrían* des-

ejercicios de autorregulación emocional sean posibles no significa que, por esa sola razón, también redunden en jurídicamente vinculantes. Sin embargo, en la medida en que la revisión y autorreflexión críticas en torno a nuestros estados afectivos represente un medio –y no un fin en sí mismo, como instancia de perfeccionismo moral– de cara al ejercicio de un control indirecto respecto de comportamientos que pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos ajenos, semejante exigencia de cuidado seguirá ajustándose a un Derecho penal de la culpabilidad. De tal modo, la adscripción a título de demérito de una emoción hostil (como el odio) que da pábulo a la formación de un motivo reprochable no devendrá ilegítima si es que, habiendo podido y tenido la capacidad de hacerlo, el agente no revisó críticamente sus evaluaciones e inclinaciones respecto de sus pares, o no ajustó su comportamiento conforme a dicha reflexión⁴². A la inversa, si la fuerza de la emoción motivadora, sin embargo, ha sido de tal intensidad que el ejercicio anterior no se encontraba razonablemente al alcance del agente, entonces, a pesar de que permanezca a nivel de injusto una evaluación negativa acerca de un comportamiento, así motivado, tendría que decaer la imputación de este a su culpabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, Maria: *Kinds of Reasons An Essay in the Philosophy of Action*, Oxford, 2010.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones, *Revista Penal*, 2016, pp. 5-39.
- AMBOS, Kai y RACKOW, Peter: Was ist Gesinnungsstrafrecht?, en *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín, 2020, pp. 19-36.
- ANSCOMBE, G. E. M: *Intention*, Oxford, 2000.
- BEN-ZE'EV, Aaron: *The Thing Called Emotion*, en *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, Oxford, 2010, pp. 41-62.
- BENNETT, Cristopher: *The varieties of retributive experience*, *Philosophical Quarterly*, 2002, pp. 145-163.

aparecer o menguar si aquella pasara a estimar como epistémicamente infundado su juicio previo sobre dicho objeto o situación.

⁴² Un problema adicional se genera en aquellos casos en que, por no autoadscribirse la correspondiente emoción hostil hacia terceros, el agente no está en posición de poner en marcha los mecanismos psicológicos tendientes a neutralizar o superar aquella disposición negativa. A propósito de los supuestos de autoengaño, GONZÁLEZ LILLO, 2025, p. 189, con referencias ulteriores.

- CONTESSE SINGH, Javier: *Género y sometimiento: el femicidio como hecho punible*, en Cuestiones candentes del Derecho penal chileno y comparado, Santiago de Chile, 2025, pp. 367-406.
- DAVIDSON, Donald: *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Barcelona, 1995.
- DEIGH, John: *Concepts of Emotions in Modern Philosophy and Psychology*, en The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion, Oxford, 2010, pp. 17-40.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como agravante penal*, Madrid, 2013.
- DÖRING, Sabine: *Explaining Action by Emotion*, The Philosophical Quarterly, 2003, pp. 214-230.
- DUFF, R. A.: *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, 2007.
- *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, 2001.
- FORNASARI, Gabriele y GUZMÁN DALBORA, José Luis: *La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2015, pp. 195-250.
- GARVEY, Stephen: *The Moral Emotions of the Criminal Law*, Quinnipiac Law Review, 2003, pp. 89-108.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Delitos de odio y Derecho penal de autor*, en La crisis del principio del hecho en Derecho Penal, Madrid, 2020, pp. 89-142.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ LILLO, Diego: *El autoengaño en Derecho penal: elementos para su análisis dogmático*, InDret, 2025, pp. 184-231.
- HÖRNLE, Tatjana: *Teorías de la pena* (trad. Pastor Muñoz), Bogotá, 2015.
- HURD, Heidi y MOORE, Michael: *Punishing Hatred and Prejudice*, Stanford Law Review, 2004, pp. 1081-1146.
- KAHAN, Dan: *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, Michigan Law Review, 1998, pp. 1621-1657.
- MANRIQUE, Laura: *Delitos de odio y motivos emocionales*, Análisis Filosófico, 2019, pp. 191-220.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *La exculpación como categoría del razonamiento práctico*, InDret, 2013, pp. 1-29.
- MATHIS, Stephen: *Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation*, Criminal Justice Ethics, 2018, pp. 1-20.
- MELE, Alfred: *Self-Deception Unmasked*, Princeton, 2001.
- MIHAI, Mihaela: *Emotions and the Criminal Law*, Philosophy Compass, 2009, pp. 599-610.
- MONTENEGRO, Lucas: *Die Schuld des Menschen*, Tubinga, 2023.
- NEU, Jerome: *An Ethics of Emotion?*, en The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion, Oxford, 2010, pp. 501-517.
- PAYER, Andrés: *Ein neuer Straftatbestand der Diskriminierung?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2025, pp. 508-528.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Delitos de odio y Derecho Penal de la Culpabilidad*, en Reflexiones académicas sobre delitos de odio, Madrid, 2021, pp. 7-21.
- Estudios sobre el delito de asesinato, Buenos Aires, 2014.
- *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, Doxa, 2000, pp. 290-322.
- PERALTA, José Milton: Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Madrid, 2012.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio*, Derecho PUCP, 2018, pp. 163-196.
- PRINZ, Jesse: *Gut Reactions: A Perceptual Theory of Emotion*, Oxford, 2004.
- SCARANTINO, Andrea y DE SOUSA, Ronald: *Emotion*, en Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2025.
- TIMM, Frauke: *Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der Hassdelikte*, Juristische Rundschau, 2014, pp. 141-148.
- VENDRELL FERRAN, Íngrid: *Emotional Motivation and Affective Intentionality in Resentment and Hate*, International Journal of Philosophical Studies, 2025, pp. 1-22.
- VENDRELL FERRAN, Íngrid: *Emoción*, en Enciclopedia de la Sociedad Española de Filosofía Analítica, 2018.
- VON WRIGHT, G. H.: *Practical Reason: Philosophical Papers Volume I*, Oxford, 1983.

10. EL DOLO: SIN EL CÓDIGO PENAL Y SU CORO DE INTÉRPRETES*

GÜNTHER JAKOBS

Catedrático Emérito de Derecho penal
Universidad de Bonn

I. FUNDAMENTOS

1. Comportamiento de una persona

«El ser humano, en la medida en que disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil, se denomina persona»¹. Los derechos de una persona se corresponden con los deberes de otras personas y viceversa. Los derechos pueden denominarse propiedad *en sentido amplio*, entendida como la esfera en la que la persona puede actuar a su antojo, en la que –también en lo que a ella misma respecta– alcanza su existencia. En otras palabras, los derechos de la persona son su *libertad de comportamiento*, en parte cosificada (cuerpo, otros objetos de su propiedad). Esta libertad de comportamiento, que no tiene lugar en un espacio sin forma, sino que está vinculada a una sociedad existente, solo puede concebirse lógicamente –esto es, sin renunciar a sí misma, pero tampoco a la sociedad– si la persona respeta los límites de su libertad, es decir, el comienzo de la libertad de las demás personas, o si, en caso de traspasar esos límites, asume las consecuencias: repara el daño (de nuevo, en sentido amplio). En

* Traducción de Marta Pantaleón Díaz.

¹ ALR (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, 1794) I 1 § 1 (citado aquí según la edición de HATTENHAUER, 1970).

contrapartida, una persona puede también arrogarse como mérito propio las consecuencias de un comportamiento supererogatorio. En cualquier caso, es necesario que sea esa persona y no otra la que se comporte de manera adecuada y que lo que haya ocurrido tampoco pueda atribuirse a la simple naturaleza, por oposición a un comportamiento personal.

¿Pero qué es el comportamiento de una persona? El *comportamiento* es, en una primera aproximación, un cambio en el estado del mundo, para el que una persona da la (o, mejor dicho, *una*) razón esencial; en otras palabras, la forma en que una persona ha configurado su espacio de libertad se considera la razón del cambio (mejora o empeoramiento) del mundo. Que este sea o no el caso no puede dirimirse empíricamente, sino que depende más bien de la estructura normativa de la sociedad, pues es esta la que determina hasta dónde llega la responsabilidad de una persona. Y esta decisión no depende, por cierto, de la forma externa del comportamiento, es decir, de si la persona produce un efecto en el mundo o se limita a permitir, por omisión, que este efecto se produzca. Actuar con consecuencias buenas o malas y omitir alterar los cursos causales correspondientes pueden ser equivalentes, dependiendo del contexto.

En cualquier caso, un cambio en el mundo no significa nada *en sí mismo*, ya se trate de una explosión o de la afluencia de beneficios relevantes para la vida. Una tormenta también puede causar daño, y la primavera alienta que brote de nuevo la vida. Pero el comportamiento de una persona no solo cambia la forma del mundo existente, sino que también tiene un *sentido*, un *significado*. La sociedad solo existe cuando un comportamiento se entiende *de forma comunicativa*, como una propuesta de sentido² a la que uno puede adherirse, aunque deba tratarse al mismo tiempo como algo a lo que no cabe adherirse. Una explosión de la que es responsable una persona puede significar *terror*, a diferencia de la tormenta, que no significa nada. En otras palabras, la explosión significa que, al menos en su situación, el autor considera apropiado aterrorizar. No importa si el autor, como Heróstatos, desea o pretende esta manifestación. Con independencia de ello, su comportamiento significa precisamente eso en la comunicación social. Una persona sin defectos no puede al mismo tiempo comportarse y no comunicar.

Sin embargo, no todas las personas están libres de defectos. En los niños, la razón y el entendimiento aún están por desarrollarse; en los enfermos psíquicos, estas propiedades se encuentran trastornadas, descarriladas y, en determinados contextos –por ejemplo, en situaciones de necesidad existencial– us

² Así WELZEL, ZStW, 1939, citado aquí según WELZEL, 1975, pp. 120 ss., 130 y *passim*. Para la crítica al uso que Welzel hace del término, véase la nota 9 más abajo.

uso puede resultar inexigible. Este fenómeno, en el que no puedo profundizar aquí, puede resumirse bajo el denominador de la falta (parcial) de libertad, entendiendo la libertad no en un sentido metafísico (el de la ontología), sino en el sentido –mucho menos elevado– de a la libertad atribuida en la práctica social, lastrada siempre por los obstáculos con los que cualquier persona se encuentra de una forma u otra. Por ejemplo, si una guerra con bombardeos afecta a toda una nación o a gran parte de la población, cada persona debe lidiar por sí misma con las consecuencias psicológicas que ello acarrea; pero si la opresión afectase solo a algunos individuos, las consecuencias psicológicas podrían privarles de su libertad práctica. En resumen y simplificando: lo que afecta a todas o a muchas personas no es un defecto que *cuenta*³.

2. Error volitivo *versus* error cognitivo

La persona libre en el sentido trivial que acabamos de describir debe, para poder comportarse precisamente como libre, tanto estar cognitivamente orientada respecto del contexto de su comportamiento como estar motivada para realizar una de las posibilidades que se le presentan. La orientación cognitiva suele estar (aunque no siempre) en el propio interés de quien actúa, ya que sin orientación no se suelen poder perseguir eficazmente los propios fines. Por el contrario, la motivación para comportarse de acuerdo con la ley puede contraponerse al interés propio. Por ejemplo, la usurpación de un imperio político no puede llevarse a cabo de manera eficaz sin el conocimiento las relaciones de poder existentes, pero el regicidio necesario para ello sigue siendo ilícito; responde a un defecto volitivo. Un orden normativo impone a cada persona obligada la tarea de ser fiel al Derecho, pero puede dejar generosamente en manos de los obligados el procurarse una orientación suficiente para ello, sin tener que imponerlo como una tarea.

Esta distinción, muy simplificada, entre *errores volitivos* contrarios a deber y *errores volitivos* más bien fruto de una autorregulación, necesita un complemento, pues hay errores volitivos que se basan en un error cognitivo y *errores volitivos* que se basan en un error volitivo. Lo primero ocurre cuando no se comprende una norma (*error de prohibición*); lo segundo cuando no se tienen en cuenta las consecuencias de un comportamiento por falta de interés en conocerlas (el antiguamente denominado *dolo indirecto*). Ambos, pero especial-

³ JAKOBS, 1976, *passim*.

mente el segundo, deberán tenerse en cuenta en el desarrollo del concepto de dolo que llevaré a cabo a continuación.

II. DESARROLLO DEL CONCEPTO DE DOLO⁴

1. Conocimiento de los hechos y conciencia de la ilicitud⁵

Según el entendimiento habitual y didácticamente conveniente hoy en día, hay que distinguir entre el dolo típico y la conciencia de la ilicitud. Según esta interpretación, comete homicidio quien mata a otra persona y el conocimiento de este hecho es suficiente para el dolo. La conciencia de la ilicitud es algo distinto y que, por supuesto, en una sociedad civilizada suele darse en el caso del homicidio siempre que no concurren causas de justificación evidentes (tampoco, y especialmente, desde la perspectiva del autor). Partiendo de esta concepción, resulta sorprendente que, por ejemplo, en el caso de un delito de robo o de daños, el dolo exija el conocimiento que lo que se sustrae o se daña es una cosa *ajena*, y por tanto el conocimiento de la prohibición de interferir con el derecho del propietario a disponer de la cosa a su antojo, lo que –de nuevo, en ausencia de causas de justificación evidentes– equivale a la conciencia de la ilicitud. Si no quiere uno conformarse con la suposición de que las distintas configuraciones de los tipos *simplemente* se habrían desarrollado así –una capitulación ante lo que salta a simple vista– y se reconduce la diferencia al plano de las normas, entonces la norma que subyace al homicidio reza *no mates a otro ser humano*, mientras que la que subyace a los delitos de la propiedad es: «no interfieras con el *derecho de propiedad* de otras personas». En otras palabras, el homicidio consistiría sencillamente el *factum brutum* de la muerte de un ser humano, mientras que los delitos contra el patrimonio serían hechos cometidos en una sociedad estructurada *normativamente*.

Desde este punto de vista, a los efectos del delito de homicidio, la estructura jurídica de la sociedad no desempeñaría papel alguno, mientras que para los delitos patrimoniales habría de estar necesariamente desarrollada. Ante

⁴ Las reflexiones precedentes, y en especial las que siguen, no se exponen aquí por primera vez; el autor las ha presentado en distintos contextos, al principio como fragmentos, pero que forman parte de un todo (JAKOBS, 1976). Se expusieron de manera sistemática en JAKOBS, 2020. Una confrontación con estas tesis se ha producido hasta ahora –hasta donde alcanzo– solo incipientemente; una excepción es la reseña de PÉREZ DEL VALLE, InDret, 2022. Una fórmula probada para remediar una situación tan desafortunada (cuando lo que uno dice no encuentra eco) es la exhortación de Mefistófeles a Fausto: *Debes decirlo tres veces* (GOETHE, 1962, v. 1531 [Sala de estudio]). De ello se trata precisamente aquí.

⁵ Véase JAKOBS, 2020, p. 21 ss.

esta diferencia lógicamente insoportable entre normas y tipos penales (todos los delitos contra la persona quedarían adscritos a dos modos de comprensión distintos: *factum brutum* frente a lesión de derechos), se impone un argumento *a parte ad totum*: en el homicidio no se trata de la muerte de un ser humano en sentido biológico, sino de la de una persona en tanto portadora de derechos y deberes⁶, en particular como propietaria también de sí misma. Que, conforme a la opinión jurídica dominante, a todo ser humano le corresponda sin excepción el estatus de persona, no es óbice para entender que en un homicidio lo que se lesiona es precisamente este estatus. El dolo en el homicidio incluye, pues, el conocimiento de que se lesiona el derecho a la vida de otra persona y, por tanto, salvo que concurran causas de justificación evidentes, la conciencia de la ilicitud.

¿Pero cómo se habría llegado a las formulaciones aparentemente (!) diferentes de los tipos penales? La persona adquiere realidad en su propiedad, y esta se compone de bienes indisponibles y de bienes de los que puede disponer. En el caso de los disponibles —por ejemplo, la propiedad sobre una cosa— debe quedar claro que, en el momento de la injerencia, la persona sigue siendo propietaria (y que la cosa no ha sido abandonada ni transferida a otra persona, eventualmente incluso al propio autor). En cambio, en el caso de los indisponibles, tal especificación resulta sencillamente superflua: la vida y la libertad no pueden transferirse válidamente a otra persona ni se tornan nunca carentes de titular. ¿Qué derechos lesionaría un homicidio si no son los de la persona a la que se atribuye ese cuerpo (¡su cuerpo!)?

Esto podría desarrollarse aún más, en particular para el caso de la justificación⁷: un derecho de intromisión (*Eingriffsrecht*) priva a la persona obligada a tolerarla de ciertos derechos, reduce así su propiedad y, con ello, a la persona misma. El conocimiento del derecho de intromisión por parte de su autor excluye, en la medida en que alcance el derecho, el dolo de lesionar a otra persona. Persona frente a persona, en lugar de agresor frente a agredido. Las derivaciones de esta perspectiva pueden explorarse con un simple ejercicio de aritmética, por lo que no es necesario exponerlas en detalle.

Tampoco se profundiza aquí en el argumento *a maiore* (de los delitos contra la persona) *ad minus* (a los tipos normativamente subdeterminados). Esto concierne, en particular, a los mandatos o prohibiciones frecuentes en el Derecho penal económico⁸ (aunque también en el de tráfico y en otros ámbitos jurí-

⁶ Véase el apartado I, más arriba.

⁷ Al respecto, JAKOBS, 2020, p. 26 ss.

⁸ Fundamental TIEDEMANN, 1969.

dicos) destinados a evitar peligros abstractos: el dolo también debe abarcar el juicio de antijuridicidad. Con esta asimilación de todos los tipos que proceden de un ámbito que aparece como prejurídico a aquellos de una sociedad estructurada normativamente, se lleva a término la empresa del llamado finalismo, a saber, comprender el injusto no como un acontecer natural, sino como una *expresión de sentido*, una empresa que Welzel se propuso, pero no llegó a culminar⁹.

2. Conocimiento (*Bekanntschaft*)* del juicio general de antijuridicidad

Si el dolo debe referirse a un acontecimiento externo y su calificación como injusto, ¿cómo se produce esta relación en el ámbito de la psicología individual? Para responder a esta cuestión, hay que distinguir entre dos subpreguntas. *Primero*: ¿quién juzga? Y *segundo*, ¿es necesario que el resultado del juicio esté *a la vista* del autor en el momento del hecho, es decir, que el autor se lo represente de manera efectiva?

a) ¿Quién juzga?¹⁰

En lo que respecta a la primera de las subpreguntas, la respuesta es tan inusual como obligada: si lo decisivo es el sentido de la conducta, entonces sucede

⁹ Sobre la expresión de sentido, véase ya la núm. 2. Welzel reconoció desde el principio que lo meramente causado era un objeto inadecuado para el juicio de antijuridicidad; en especial en: WELZEL, 1935; reimpreso en WELZEL, 1975, p. 29 ss. No obstante, Welzel no fue más allá de definir el dolo típico como conciencia de la organización racional-finalista de la conducta, una organización que podría realizar igualmente un ordenador. La toma de postura responsable frente al desvalor del hecho la dejó a un elemento de culpabilidad separado; al respecto, en particular, WELZEL, ZStW, 1939, citado aquí según su reimpresión en WELZEL, 1975, p. 120 ss., 146 y de forma continua. Véase también JAKOBS, 2015a, p. 257 ss., así como otras contribuciones en ese mismo volumen.

* N de la t.: como se verá en el apartado II.2.b, el autor distingue entre el conocimiento (*Kenntnis*) y la *Bekannschaft*, que aquí se ha traducido, por sugerencia del autor, como «lo conocido» o «lo que es conocido». El primero supone la representación actual del objeto y la segunda, un saber no actualizado (sin representación actual), pero actualizable en cualquier momento. Con un ejemplo del autor, que considero útil para entender los conceptos: también cuando leo un soneto de Shakespeare me son conocidos (*bekannt*) los nombres de mis hijos y nietos. Esos nombres forman parte del conjunto de lo conocido (*Bekanntschaft*), por mucho que no estén siendo objeto de reflexión en ese momento.

¹⁰ Al respecto, JAKOBS, 2020, p. 42 ss. A la víctima le está garantizado que quien actúa inhibirá los peligros conocidos del ámbito en el que se desenvuelve, es decir, que, partiendo de los saberes implícitos de su vida cotidiana, velará por la inocuidad de sus ocupaciones diarias. Los conocimientos especiales adquiridos de ámbitos específicos solo forman parte de un síndrome de peligro cuando el autor actúa en ese concreto ámbito, de lo contrario no; pues a la víctima solo le están garantizadas capacidades especiales (incluido cualquier saber especial) cuando quien actúa se arroga ese ámbito como propio (por ejemplo, orientando su conducta en función de ese saber especial). Así, el estudiante avanzado de biología que trabaja como camarero durante las vacaciones no es garante, en tanto camarero, de que en la ensalada que sirve a un comensal no haya plantas venenosas, incluso si llegara a reconocer una de ellas (sigue

como con una manifestación inmediata (verbalmente formulada), de modo que una conducta debe interpretarse –esto es, comprenderse– en un «lenguaje» generalmente comprensible y no en un «lenguaje» privado, incomprensible para los demás. Por consiguiente, una conducta a la que el autor niega un significado delictivo por razones no generalmente reconocidas sigue siendo, sin embargo, una conducta con significado delictivo; del mismo modo, la atribución de un significado delictivo a una conducta que no resulta generalmente comprensible como tal no logra conferirle tal significado. En concreto, una carrera desenfrenada por una calle concurrida de la ciudad tiene el sentido de que con toda probabilidad se producirá un accidente, aunque el autor piense que gracias a sus «buenos reflejos» podrá evitar con seguridad que se produzca uno¹¹. Del mismo modo, la administración del contenido de un único hueso de melocotón no constituye un envenenamiento, aunque el autor así lo haya creído así por el olor a almendra amarga. En definitiva, lo que importa es el juicio *general* sobre una conducta. Y si quien actúa considera tener motivos para apartarse de ese juicio, tales motivos han de tener, a su vez, validez general, es decir, deben ser capaces de corregir el juicio general conforme a reglas generalmente aceptadas.

Conviene añadir unas palabras sobre el problema de cómo se forma ese juicio general. No importa lo que *se* opine (¿lo que opine quién exactamente?), sino lo que se practica en las instituciones consolidadas de la sociedad, en particular lo que se aplica cotidianamente en la práctica jurídica, es decir, por los tribunales y la policía, en la enseñanza escolar reglamentada, en las normas de uso promulgadas o toleradas por el Estado, etc.; lo que importa es *la práctica respaldada institucionalmente*. Por supuesto, este esbozo debería especificarse considerablemente; en este punto solo cabe señalar que no se trata de una simple *opinión* no vinculante.

b) Lo que es conocido (*Bekanntschaft*)¹²

Siguen ahora consideraciones sobre la segunda de las subpreguntas planteadas al inicio de este apartado, esto es, la relativa a la densidad del conoci-

siendo posible la omisión pura, aunque sea a través de un comportamiento activo: servir la ensalada; como también una posición de garante derivada de un deber positivo, por ejemplo, padres/hijos). Si quien actúa adapta su conducta en función del saber especial (reserva el alimento para un enemigo), entonces sí se arroga este ámbito especial. Sobre este problema, en profundidad, JAKOBS, 2015b, p. 235 ss. con referencias.

¹¹ Esto no significa que, en cada infracción de las normas de tráfico, el juicio general deba ser que se producirá un accidente. En el caso de riesgos mínimos, tolerados cotidianamente por todos los participantes en el tráfico, ha de aceptarse una habituación al riesgo (si es que el tráfico ha de tener lugar en absoluto). En tales casos, la prohibición de lesionar se convierte en una mera prohibición de desobediencia. Al respecto, véase JAKOBS, 2020, p. 48 ss., con referencias y exposición de doctrinas similares.

¹² Véase JAKOBS, 2020, p. 29 ss.

miento requerido para el dolo. Una persona es responsable del estado de su esfera organizativa, de su propiedad¹³; de que esta no lesione la propiedad de otras personas a través de riesgos jurídicamente desaprobados (deberes negativos, incluida la injerencia) y de que realice las prestaciones correspondientes a otras personas que, por su debilidad, tienen derecho a reclamar ayuda (obligaciones positivas)¹⁴. Esto, sin embargo, no significa que cada persona deba reflexionar de manera permanente sobre el estado de su propiedad; más bien, la mayoría de las situaciones que se presentan cotidianamente son estereotípicamente *inofensivas*, esto es, conformes a Derecho según el juicio social (no existe peligro de lesión y los deberes positivos se cumplen). Solo cuando amenaza con abandonarse lo estereotípico, la persona debe modificar la situación para no comportarse de modo delictivo. Ello no presenta dificultades en la medida en que la persona conozca la situación, en el sentido de que la tenga «a la vista» en el momento relevante.

Puede ocurrir, sin embargo, que una persona no tenga el juicio general *a la vista* en ese momento, porque en el contexto de su acción no le interesa. En este caso, el déficit de conocimiento actual obedece a un error volitivo¹⁵. Desde la rápida difusión de la psicologización del lado subjetivo del hecho, impulsada por Feuerbach (y supuestamente respaldada por las ciencias naturales en ascenso), ya no se puede recurrir al dolo indirecto¹⁶. Esta naturalización todavía no ha sido superada; pero ha sido encubierta mediante los denominados delitos cualificados por el resultado, cuya pena –por lo general bastante elevada– solo se explica si no se entienden como la mera concurrencia de un delito doloso básico y un resultado causado por imprudencia, sino más bien como un delito con dolo indirecto (es decir, con un déficit de conocimiento reconducible a un error volitivo).

Los conceptos adecuados con el *conocimiento* (*Kenntnis*) como realización psíquica actual de la conexión de orientación, y *lo que es conocido* (*Bekanntheit*) como saber orientador actualizable en cualquier momento (y disponible para su evocación sin pasos intermedios). Lo formuló Hegel, de

¹³ Sobre la propiedad, véase el apartado I, más arriba.

¹⁴ Más detalladamente, JAKOBS, HLR, 2023, p. 475 ss.

¹⁵ Sobre el error volitivo, véase el apartado I, más arriba.

¹⁶ Con todo, Feuerbach elude las consecuencias de su doctrina mediante numerosas «presunciones» de que determinados procesos psíquicos habrían tenido lugar en el momento del delito; véase JAKOBS, 2020, pp. 12, 14. Feuerbach trata la psicología (se entiende: la psicología individual) como «ciencia auxiliar» de la ciencia del Derecho penal: FEUERBACH, 1804, p. 193 ss., 193; 1832 (última edición de *su* mano), § 6. Pero esta «ciencia auxiliar» no conoce las presunciones, y las presunciones, en las ciencias prácticas, sustituyen lo que es por lo que resulta conveniente.

manera hasta hoy insuperable¹⁷: en la imputación debe atenderse al *conocimiento como lo conocido* (*Kenntnis als Bekanntschaft*). *Que el infractor deba, en el momento de la acción, haberse representado claramente el injusto y la punibilidad de la misma (sic.) [...], esta exigencia, que parece preservar su derecho a la subjetividad moral, le niega más bien la naturaleza inteligente que le es inherente.* Con esto basta por ahora¹⁸.

Resultado: actúa dolosamente aquella persona que conoce el juicio social (general) de que su comportamiento es delictivo.

Queda por delimitar el ámbito de la imprudencia, en el cual deben distinguirse dos grupos de casos. En el *primero* falta un juicio social claro, por ejemplo, porque se trata de valorar una situación extremadamente rara que no puede adscribirse a ninguno de los tipos de conducta habituales, ya sea el tipo *inofensivo* o el tipo *peligroso*, abarcando también este último lo potencialmente peligroso por desconocido. El autor debe entonces dilucidar por sí mismo de qué se trata, pudiendo llegar con ello a un juicio no aceptable en términos generales. En el *segundo* grupo sí existe un juicio claro, pero la persona sufre una carga *especial* que dificulta su orientación incluso con una *buena* voluntad: una complejidad inusualmente alta de la situación, una sobrecarga derivada de la coincidencia de varias decisiones urgentes, somnolencia, distracción o excitación generalmente comprensibles y otros factores similares. Los bosquejos de ambos grupos de casos requieren una ulterior especificación.

3. Consecuencias principales, consecuencias secundarias: formas de intención¹⁹

Para terminar, han de formularse algunas reflexiones sobre las formas de dolo: *en primer lugar*, sobre la intención (dolo directo de primer grado), en la que se trata de la planificación del fin o de un fin intermedio del autor y, en este sentido, de su voluntad; *en segundo lugar*, sobre el conocimiento de las consecuencias que, sin ser queridas en sí mismas (aisladamente), están vinculadas con certeza a lo que se pretende (dolo directo de segundo grado); y, *en tercer lugar*, sobre el dolo eventual, en el que tal vinculación no es segura, de modo que lo pretendido puede producirse sin que se produzcan a la vez las consecuencias. Ya antes del final del Sacro Imperio Romano Germánico en 1806, y

¹⁷ HEGEL, 2015, nota al § 132, resaltado en el original.

¹⁸ Más detalladamente, JAKOBS, 2020, p. 10 ss., 15 ss.

¹⁹ JAKOBS, 2020, p. 39 ss.

con él del llamado Derecho común, se había visto sacudida la vigencia material de esta clasificación. En la sociedad burguesa que empezaba a configurarse, el comportamiento delictivo se concebía como una conducta contra los ciudadanos como titulares de derechos²⁰ o –según el estilo propio del Estado autoritario– contra el Estado como representante de los ciudadanos (desobediencia). Y con el auge del naturalismo (psicologismo) la construcción del aspecto subjetivo de la conducta, tanto lícita como delictiva, se centró en su génesis: ¿qué quiere (pretende) el autor? Hasta hoy se nutre de esta perspectiva la concepción del dolo delictivo como *conocimiento y la voluntad de cometer el delito*, si bien la voluntad se presupone contrafácticamente sin más en el dolo directo de segundo grado, y en el dolo eventual se disfraza con giros retorcidos hasta lo cómico sobre supuestos procesos psíquicos²¹.

Situar el punto de partida en la cuestión de qué pretende el autor puede resultar plausible, al menos cuando se trata de analizar una conducta delictiva, en la medida en que se enfrente *directamente* al delincuente con su víctima (el ciudadano como titular de derechos o el Estado que exige obediencia). Pero pierde esa plausibilidad cuando el comportamiento se comprende conforme a su sentido social, es decir, como una conducta *mediada socialmente*. Aquí ya no importa, dicho de forma esquemática, lo que el autor quiere, sino lo que expresa. La intención pierde su fuerza configuradora, de modo que no cabe distinguir entre consecuencias principales y secundarias. El autor no puede *escoger* algunas de las consecuencias como las decisivas para él, sino que debe asumirlas tal como le son conocidas en el marco de su *discurso*.

En lo que respecta a las consecuencias principales y secundarias, la posibilidad de las primeras existe siempre solo junto con el riesgo de las segundas. No es, pues, posible querer *de manera eficaz* las primeras (y un querer sin eficacia es un juego de artificio); porque las segundas *van siempre ligadas* a ellas. No puede quererse un detalle mentalmente aislado, sino únicamente un *conjunto de consecuencias*. A modo de ejemplo, y en una colorida serie de conductas legales e ilegales: quien quiere heredar, quiere pagar tam-

²⁰ Claro, en este sentido, Feuerbach, con su concepción del delito como violación de un derecho. Para más detalles al respecto, con referencias, véase JAKOBS, 2014, p. 209 ss. Sin embargo, Feuerbach terminó por abandonar este enfoque; al respecto, véase JAKOBS, 2020, p. 218 ss.

²¹ Una «voluntad en sentido jurídico», que existe siempre respecto de las consecuencias conocidas, en la medida en que se actúe en absoluto; una «aceptación del riesgo» (*In-den-Kauf-Nehmen*), igualmente siempre presente junto con la voluntad de la acción, por mencionar solo las formulaciones que sustituyen los procesos psíquicos de forma menos violenta. Con ello, la jurisprudencia adquiere respecto de las consecuencias secundarias, ligadas al hecho solo de forma incierta, un inmenso poder interpretativo, del que difícilmente se deja despojar, especialmente en los delitos de homicidio. La situación es comparable al poder de interpretación del *animus auctoris* en la participación o al que se ejerce en la interpretación del «horizonte de desistimiento» en la tentativa (supuestamente) inacabada.

bién el impuesto de sucesiones; lo mismo vale para la compra de una casa en relación con el impuesto de transmisiones patrimoniales; y vale para la patada a un perro molesto, en lo que respecta a lesionarlo (y no solo a su ahuyentarlo); o para el incendio de una vivienda asegurada en alta cuantía y la muerte de algunos de sus ocupantes; también para la comercialización de aparatos eléctricos o medicamentos inseguros con la consecuencia de una lesión de los adquirentes. El lector puede dar rienda suelta a su capacidad combinatoria: lo único relevante es si las consecuencias, en la medida en que sean consecuencias delictivas, se producen de manera ilícitamente arriesgada según el juicio general. Otro sencillo ejemplo de la vida cotidiana: quien actúa de modo que su conducta significa *comprar*, quiere también la obligación de pagar.

En conclusión: lo que se quiere con eficacia y no solo se desea, se espera o *se invoca con plegarias* es siempre el *conjunto de todas* las consecuencias del «comportamiento», ya sean deseadas, indeseadas, neutras o indiferentes. Un comportamiento con tales consecuencias es delictivo si estas son conocidas y su provocación excede el riesgo permitido según el juicio generalmente válido. El *fuero interno* del autor, más allá del conocimiento de las consecuencias y de la ilicitud de su producción, resulta indiferente.

Pero al legislador le puede quedar la opción de recurrir, además de al dolo como dirección de la acción, también –por ejemplo– a un conocimiento cualificado (*Wissentlichkeit*), a la finalidad de la conducta (enriquecimiento), a sus fuentes subjetivas (motivos) y a otros elementos más. La cuestión de hasta qué punto es legítimo este recurso al *fuero interno* no se examina aquí²², pues no atañe al dolo.

* * *

Las ideas anteriores no son nuevas (véase la nota 4), sino que pretenden poner de relieve una vez más la necesidad de orientar los conceptos penales conforme a las condiciones de existencia de una sociedad libre, aun cuando la ley y su coro de intérpretes prefieran caminos más trillados. Dedico este ensayo, como recuerdo de numerosos y fructíferos debates científicos y como agradecimiento por la compañía en un viaje inolvidable a Toledo, a mi estimado colega Enrique Peñaranda Ramos, con mis mejores deseos para nuevos y provechosos encuentros.

²² En las sentencias BGHSt 63, p. 54 ss., y BGH NStZ 1923, p. 674 ss., falta –pese a la notable minuciosidad de la primera de ellas– una explicación de por qué la intención, además del injusto de un hecho doloso (o complementándolo), habría de tener relevancia. ¿Acaso constituiría el acontecer un injusto menor si «solo» hubiera sido previsto como consecuencia secundaria?

BIBLIOGRAFÍA

- FEUERBACH, Paul Johann Anselm: *Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*, en Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde, vol. II, Gießen, 1804.
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11.^a ed., Gießen, 1832.
- GOETHE, Johann Wolfgang von: *Faust. Eine Tragödie*, en Goethes Werke (Hamburger Ausgabe), vol. III, 6.^a edn., München, 1962.
- HATTENHAUER, Hans (ed.): *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794. Textausgabe*, Neuwied, 1970.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en Hauptwerke in sechs Bänden, vol. V, Hamburgo, 2015.
- JAKOBS, Günther: *Schuld und Prävention*, Tubinga, 1976.
- *Feuerbachs Verbrechensbegriff: Rechtsverletzung*, en Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, Tubinga, 2014, pp. 209-226.
- *Welzels Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft*, en Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tubinga, 2015a, pp. 257-281.
- *Zuständigkeit durch Wissen?*, en Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, München, 2015b, pp. 235-244.
- *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tubinga, 2020.
- *Negative und positive Pflichten im Strafrecht. Überlegungen zum Grund strafrechtlicher Zuständigkeit*, Hanyang Law Review, núm. 40, 2023 (Festschrift für Young Whan Kim), pp. 475-487.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos: *Recensión a Günther Jakobs*, Kritik des Vorsatzbegriffs (2020), InDret, núm. 1, 2022, pp. 534-538.
- TIEDEMANN, Klaus: Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tubinga, 1969.
- WELZEL, Hans: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Berlín, 1935.
- *Studien zum System des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, núm. 58, 1939, pp. 491-566.
- *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975.

11. CONFIANZA Y DERECHO PENAL

FRANCISCO J. LAPORTA

Catedrático emérito de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

«Parece bastante obvio que cualquier forma de actividad cooperativa, incluida la división del trabajo, exige que los cooperantes confíen en que unos y otros hagan lo que les toca, o, como mínimo, confíen en que el supervisor, con su látigo, haga su papel allí donde se descansa en la coerción». Poco antes de este comentario de Annete Baier que voy a tomar como punto de partida, ella misma afirma que los psicólogos y los sociólogos han discutido el tópico de la confianza (*Trust*), los juristas han elaborado los requisitos de equidad en los fideicomisos (*trusts*), los politólogos han discutido de la confianza en los gobiernos, y algunos economistas han tratado el problema de la aseguración en contextos del Dilema del Prisionero. «Pero nosotros» –dice refiriéndose a los filósofos– «hemos buscado en vano una explicación general de la moralidad de las relaciones de confianza» ... «cuando nos volvemos hacia los grandes filósofos morales de nuestra tradición» –concluye Baier– «lo que encontramos apenas puede decirse que sea ni un boceto de una teoría moral de la confianza»¹

Junto a este texto y estas reflexiones de Baier, podemos situar este otro de Luhmann: «La confianza (*Trust*, *Vertrauen*), en el más amplio sentido de creer en las expectativas propias (*confidence*, *Zutrauen*), es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas ocasiones una persona puede elegir otorgar o no otorgar confianza respecto de algo. Pero una ausencia completa de confianza le impediría incluso levantarse por la mañana»... «una confronta-

¹ BAIER, 1986, p. 232.

ción tan abrupta con la complejidad del mundo en su dimensión más extrema está más allá de la resistencia humana»². Con textos como este, en su edición alemana de 1973, comenzaba Luhmann su larga y repetitiva reflexión sobre la complejidad social y sus modos de reducirla.

En algunos cursos de Teoría del Derecho de nuestra Facultad iniciaba yo mi primera clase con esta pregunta dirigida a un aula muy nutrida (demasiado nutrida) y expectante de estudiantes nuevos que en su mayoría no se conocían entre sí: «¿Cómo es que están sentados ahí tranquilamente sin considerar siquiera que el desconocido que está tras ustedes puede agredirles por la espalda?». Aunque muchos no podían evitar mirar con el rabillo del ojo a los de atrás, una de las respuestas más frecuentes era que tal cosa no iba a suceder porque lo prohibía la ley y estaba castigado. Y transmitían también con ello convicciones muy favorables a esos castigos, que iban de un crudo retribucionismo a un igualmente crudo prevencionismo penal, que mucho me temo que no eran sino las que habían incorporado acríticamente del contexto en que vivían. Se dice mucho que los jóvenes son rebeldes e innovadores, pero suelen aceptar sin cuestionarlos demasiados tópicos y estereotipos de su entorno; parece que no se empieza a ser rompedor de verdad (o disruptivo, como se dice ahora), es decir, joven, hasta bastante más tarde. De esos lugares comunes me aprovechaba yo enseguida y empezaba ante ellos mis reflexiones sobre la triste evidencia de que ciertas conductas se prohíben precisamente porque pueden darse, que los seres humanos no son buenos ni fiables por «naturaleza», que se necesita al parecer un «látigo» y un «supervisor» para desalentar ciertos comportamientos, pero que no tenemos todavía muy claro cómo justificar sus latigazos (los castigos) ni quién tendría que ser el supervisor y cómo seleccionarlo, y cosas similares. Y con eso, poco a poco, los iba llevando a la ciudadela del derecho por la vía del derecho penal, que es seguramente la más popular representación elemental de cómo funciona el derecho: acción indebida → juez → castigo. No puedo evitar hoy, sin embargo, reprimir la duda sobre si, al menos una parte de mis respuestas también era insuficiente. Me di cuenta cuando tropecé con la creciente presencia en el pensamiento actual (a partir de las dos últimas décadas del siglo xx) del tema de la «confianza» como ingrediente básico de las relaciones humanas y la vida en sociedad. Baier tenía razón: los filósofos no hemos prestado atención hasta hace bien poco al concep-

² LUHMANN, 2017, pp. 3 ss.

to de confianza, y los teóricos del derecho nunca o casi nunca lo hemos considerado un concepto jurídico básico³.

Esos dos textos de Baier y Luhmann son piezas consideradas hoy como puertas de entrada a esa noción en la filosofía moral y la teoría sociológica respectivamente. Podría añadirse a ellos, quizás, la introducción por James Coleman, al lado de los capitales físico, financiero y humano, del concepto económico de «capital social» como un bien público complejo encastrado en las relaciones sociales, integrado por relaciones de confianza y que como tal capital es invertido cotidianamente como un recurso más para satisfacer algunos de nuestros intereses⁴. Y algo que Baier no mencionaba: la aparición de la categoría de la confianza como elemento de análisis de algunas peripecias humanas desde el prisma del historiador⁵. La importancia de esa noción de «confianza» no ha hecho más que crecer desde entonces, presidida por la misma idea: sin la presencia de algunas dosis de ese ingrediente en las interacciones sociales más elementales (se ha dicho que hasta desayunar en familia, pero desde luego, caminar por la calle de una gran ciudad o estar sentado en un aula llena de desconocidos), no podríamos ni explicar la realidad social ni sobrevivir en ella. «Sin confianza» —se ha escrito a este respecto en un libro introductorio— «habríamos estado paralizados por la inacción»⁶.

Tras introducir un mínimo análisis de la noción misma de confianza, lo que me propongo hacer con mucha brevedad es reflexionar sobre el lugar que pueda tener la «confianza» como concepto jurídico en algunas ramas y percepciones del derecho y su justificación. En particular, en el derecho penal. No, por supuesto, con ánimo de suministrar en estas pocas páginas y con tan escaso aparato crítico ningún examen exhaustivo ni de pretender aportar grandes novedades sobre la cuestión (se trata apenas de unos comentarios generales), sino con el ánimo mucho más personal, y seguro que más relevante, de testimoniar mi respeto y amistad hacia un colega ejemplar por su vocación universitaria y su integridad intelectual: Enrique Peñaranda. Enrique ha desarrollado su labor universitaria con unos parámetros de exigencia, rigor y dedicación que dibujan una ejemplaridad, no sólo intelectual, sino también personal y moral, impagables. Lo ha hecho además en el seno de un «área», como se viene llamando ahora, en la que se ha sido consciente y se ha acep-

³ Que yo sepa, el primero que lo ha hecho, aunque implícitamente, ha sido George Fletcher al desarrollar el concepto de «lealtad» (Fletcher 1993 y Fletcher 1996, pp. 172 ss.)

⁴ COLEMAN, 1990, cap. 12. Acerca de esto ha llamado la atención en la academia filosófico-jurídica española de PÁRAMO ARGÜELLES, 2013.

⁵ GAMBETTA, 1988; TILLY, 2005.

⁶ HAWLEY, 2012, p. 1.

tado de buen grado uno de esos supuestos teóricos básicos que siempre he defendido: que toda cuestión jurídica transporta siempre agazapadas tras ella algunas preguntas filosóficas. Voy a dar una breve vuelta por ese territorio de la confianza y el derecho penal como pequeña contribución a su persona y a su ejemplo.

Empecemos por ofrecer ese mínimo análisis de la noción de confianza a partir de algunos de los veneros desde los que está manando en el territorio de la filosofía moral. Propongo definir la confianza (*Trust*) como una actitud (o una propiedad de algunas relaciones o prácticas sociales) en virtud de la cual unos seres humanos dejan a otros al cuidado de sus personas, bienes, intereses o recursos, materiales o inmateriales, asumiendo el riesgo de que obren con malicia, error o desacierto. En una definición semejante puede haber desde confiar a otra persona una información de tu vida privada (confidencia) hasta encomendarle la administración de tus bienes materiales o dejarle que use tu vivienda en vacaciones. Y cosas mucho más importantes, como el cuidado de tus hijos por un familiar o canguro, o de tu madre anciana por un sanitario. A todas esas relaciones les subyace una disposición consciente o inconsciente de «confianza», que como actitud o como propiedad de esas relaciones opera excluyendo a priori la posibilidad de ciertos comportamientos. Y tienen razón quienes afirman que, si no existiesen actitudes o relaciones humanas con esa propiedad, la vida en sociedad sería imposible. Y ello porque la confianza es lo que está en la base de la cooperación espontánea y maquinal que es el sustrato de la vida social. Un cúmulo de seres humanos lastrados por la sospecha y el recelo es incapaz de establecer los acuerdos tácitos que hacen de ellos una sociedad o un grupo social.

Pero para presentar el análisis dejemos a un lado las dimensiones colectivas o grupales del análisis. Después hablaremos de ellas. Asumamos que la relación de confianza se da entre dos agentes, uno de los cuales «confía» en el otro para que lleve a cabo las tareas correspondientes, es decir, que, para esas tareas, este otro es de la confianza de aquel. Y muy importante: el otro en quien se confía goza de un margen de discrecionalidad para tomar sus decisiones al respecto. En algunas ramas del derecho, como veremos enseguida, hasta se dice que tiene ‘poder’ sobre él. Pues bien, esa relación de confianza descansa en dos tipos de expectativas: expectativas cognitivas y expectativas normativas. Las expectativas cognitivas pretenden sustentarse en un conocimiento asumido de antemano de algunas de las características y rasgos de la persona en quien se confía, lo que autoriza a realizar ciertas predicciones, por tácitas que sean, sobre lo que hará o no hará en el desarrollo de su tarea y dentro del margen de discrecionalidad. Si concebimos la confianza como una relación de

«interés», la predicción nos dirá que la persona en quien confiamos, llegado el caso, pondrá nuestro interés por delante del suyo. Las expectativas normativas, por su parte, suelen ser expectativas de índole moral: la relación de confianza se sustenta en la vigencia asumida de ciertas pautas de rectitud y valor moral. Si concebimos la confianza como un tipo de relación moral, entonces la convicción de quien confía en otro consistirá en la certidumbre tácita de que tales pautas morales gobernarán la conducta del otro cuando haya de obrar discrecionalmente. Como en ambos casos la relación de confianza implica la mencionada exposición al riesgo, si se defraudaran las expectativas cognitivas nacería en nosotros una sensación de equivocación o desengaño; si se defraudaran las expectativas normativas veríamos nacer en nosotros un impulso hacia la censura o el resentimiento. En el primer caso nos culparíamos más a nosotros; en el segundo, culparíamos al otro.

Como señalaba Annete Baier, los juristas se han ocupado de dibujar algunos tipos de relación jurídica, principalmente de derecho privado, como una relación en cuyo subsuelo se daba como un nutriente decisivo la relación de confianza. Es lo que se ha llamado derecho fiduciario a partir de la significación del término latino *fiducia* (confianza) y del adjetivo *fidus*, que ilumina especialmente porque parece transportar una ambigüedad interesante que luego exploraré un poco más: puede significar algo como fiel, leal, sincero, pero también, sólido, duradero, firme, constante, etc. En lo que respecta al derecho privado la literatura es tan abundante como en cualquier otra especialidad jurídica, si no más abundante en virtud quizás del protagonismo que han adquirido últimamente las complejas relaciones agente-principal. Pero vamos a mencionar solo los fundamentos filosóficos de tal derecho fiduciario tomando como base un libro conocido⁷. Los autores lo introducen así: «Tanto si se ve desde la perspectiva de las relaciones, los derechos y los deberes, como desde la de los ilícitos y las reparaciones (*remedies*), el derecho fiduciario es un sector diferenciado del derecho. El derecho fiduciario gobierna relaciones marcadas por asimetrías de poder. Los fiduciarios gozan de poder sobre los beneficiarios. Y el derecho fiduciario expresa la expectativa de que los fiduciarios actúen en interés de sus beneficiarios. Lo hace mediante una importante panoplia de deberes legales. Poca duda hay de que las relaciones fiduciarias generan al menos un deber legal distintivo, el deber de lealtad. Y las relaciones fiduciarias atraen normalmente otros deberes legales, incluidos deberes de cuidado, sinceridad (*candor*), confidencialidad, y buena fe. El cumplimiento con esos deberes, particularmente con el deber de lealtad, es extraor-

⁷ GOLD/MILLER, 2014.

dinariamente exigente. La respuesta reparadora a la violación injusta de los deberes fiduciarios es también notoriamente severa»⁸.

Aunque Annete Baier solo mencionara la tarea de los juristas en el establecimiento de los estándares de equidad en los fideicomisos, es preciso subrayar que una relación fiduciaria en el sentido de una relación basada en la confianza entre partes ha sido articulada y reforzada por el derecho privado en una gran variedad de supuestos, desde los más personales y familiares, como las relaciones de padres e hijos, hasta las dedicadas a la organización y el gobierno de grandes corporaciones o a las relaciones comerciales. También las mencionadas relaciones agente-principal, las que se dan entre socios, las de servicios profesionales de todo tipo, incluidas las de médico-paciente, maestro-alumno, abogado-cliente, etc. A todas ellas subyace un sustrato de confianza, con sus correspondientes haces de expectativas cognitivas y normativas, que se me antoja que mantienen su originaria naturaleza moral, aunque el derecho pueda venir a reforzarlas coactivamente cuando esas expectativas son defraudadas. O quizás pueda decirse que es precisamente la ignorancia o la infidencia hacia ese sustrato moral lo que justifica ese reforzamiento jurídico de dichas relaciones mediante esa enérgica respuesta de reparación.

Distinta es quizás la aplicabilidad de estos esquemas conceptuales al terreno del derecho público. Veamos cómo podemos hacerlo respecto del derecho penal, que es lo que me interesa aquí. ¿Podemos encontrar una estructura semejante de relaciones entre agentes en el orden penal? Cuando me he puesto a pensar en ello me ha sorprendido descubrir una peripecia trivial: mi vida de jurista se ha desarrollado entre el eco en España de dos sacudidas teóricas importantes en la reflexión dogmática sobre el derecho penal. Cuando estudiaba en la Facultad, apareció la traducción de nuestro profesor entonces, José Cerezo Mir, del opúsculo de Hans Welzel *El nuevo sistema del derecho penal*⁹. Y en 1999, de la mano entre otros de Enrique Peñaranda, hemos podido leer un opúsculo de título igual *Un nuevo sistema de derecho penal*¹⁰. Aquel primero era obra del autor del sistema y llevaba un subtítulo más descriptivo: «Una introducción a la doctrina de la acción finalista». Éste es obra sobre el autor, y desarrolla unas «consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs». Ahora interesa contestar aquella pregunta respecto de este último «sistema», pero a ambos, el de Welzel y el de Jakobs, he pensado siempre en hacerles una crítica ‘externa’ que no puedo, sin embargo, hacerle a Enrique

⁸ GOLD/MILLER, 2014, p. 1.

⁹ WELZEL, 1964.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, 1999.

Peñaranda: el haberse desarrollado de espaldas a las reflexiones de la cultura filosófica y jurídica angloamericana sobre sus preocupaciones. Y ello porque tengo la convicción de que si Welzel hubiera incorporado las reflexiones sobre la acción humana de, por ejemplo, Elisabeth Anscombe o Donald Davison, habría mejorado bastante su rígida noción de la acción finalista o intencional. Y, por supuesto, el mismo reproche cabría hacer muchas veces en dirección opuesta: por ejemplo, que en un libro cuyo título se dejaría traducir correctamente como *Acción y delito*¹¹ no se mencione siquiera la teoría de Welzel, resulta sorprendente, cuando no empobrecedor. Esto, como digo, no reza con Enrique Peñaranda: basta para comprobarlo con leer el capítulo VII (La pena: nociones generales) del *Manual de Introducción al Derecho penal* generado por el área académica en la que trabaja¹².

¿Qué es lo que le falta de esa cultura al «sistema» de Günter Jakobs? Pues igual que a Welzel le faltaba la filosofía angloamericana de la acción, a Jakobs le falta la filosofía de la confianza. Se puede afirmar, con toda la cautela necesaria, que la cuestión del papel de la confianza en la articulación de la convivencia humana haya saltado de Niklas Luhmann a Günther Jakobs, y así, desde la teoría sociológica al derecho penal. Dejando a un lado las importantes remisiones que hace Jakobs a la sociología del derecho de Luhmann desde las primeras páginas de su gran tratado¹³, parece que hay alguna evidencia ulterior de ello: lo que en Luhmann es la posibilidad de sobrevivir en un contexto de extrema complejidad del mundo social, puede haberse transformado en parte en la dimensión más funcional del orden jurídico como orden que hace posible la estabilidad social de acuerdo con las coordenadas de la teoría de la prevención general positiva de Jakobs. Y el «supervisor con el látigo» de que nos hablaba Baier sería en el mundo del derecho, el orden penal. Como, según Jakobs, el orden penal obra, en primer lugar, mediante «reacciones demostrativas», emite siempre ciertos significados al actuar, es decir, obra mediante actos comunicativos dirigidos a todos; y, en segundo lugar, la función que cumple al actuar así, es decir, la justificación de la pena, transporta consigo un mensaje ineludible de ‘confianza’: el castigo se justificaría por sí solo como vehículo de expresión de la vigencia y la eficacia de la norma penal: «podéis salir a la calle desarmados» –nos *diría* la norma penal– «porque aquí estoy yo con mi rotunda vigencia o validez jurídica».

¹¹ MOORE, 1993.

¹² PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 161 ss.

¹³ JAKOBS, 1997, pp. 10, 13 y 14.

Vayamos al primer ingrediente: Que las normas jurídicas nos hablen, de esa u otra manera, es decir que las normas jurídicas se vean como seres parlantes, vehículos de expresión o comunicación, no es, aunque se pretenda tontamente a veces, ninguna novedad. En el *Critón*, un diálogo de Platón que debería leer todo estudiante de Derecho, escrito cuatro siglos antes de nuestra era, las leyes se incorporan al diálogo como interlocutoras e interpelan a Sócrates. Su amigo Critón pugnaba por convencerle de que se fugara y eludiera así su sentencia de muerte, pero Sócrates le contraargumenta escuchando lo que le dicen las leyes: «¿Es esto, Sócrates, lo que se convino entre tú y nosotras? ¿No fue, más bien, que respetarías los juicios que pronunciase la ciudad?»¹⁴ Y a continuación le recuerdan que fueron ellas las que le suministraron su identidad, su familia, su crianza y su condición ciudadana. Hay, pues, un aroma sinalagmático en la pretensión que expresan las leyes personificadas como actoras en el diálogo. Las leyes se dirigen al presumible infractor y le recuerdan un pacto que tenía con ellas. ¿Qué significa esto pensado en los términos que estamos utilizando? Pues ni más ni menos que las leyes como partes del acuerdo pueden mantener que si no cumple aquello que se convino está obrando con «deslealtad». Es decir, que lo que Sócrates le recuerda a Critón es que no puede hacerlo porque tiene un «deber de lealtad» hacia las leyes de la ciudad y que faltar a ese deber es moralmente rechazable, injusto. Hasta el punto, o esto parece desprenderse de todo ello, que la única manera que tiene de obrar éticamente es aceptar la sentencia de la ciudad. Esto es algo que se ha mantenido frecuentemente en la concepción misma del derecho penal, pero puede abocar a conclusiones sorprendentes y enigmáticas, como aquella de Hegel que considera la pena como un derecho del delincuente, que es «honrado» con ella¹⁵. Pero dejando a un lado a Hegel, que también parece revolotear por encima de la teoría de Jakobs, no me parece que sea fácil interpretar el orden penal en los términos de una relación comunicativa entre el infractor y la norma penal así personificada. Y me atrevo a pensar que tampoco le convence a Jakobs. Más bien, diría, con todas las cautelas necesarias, que tiende a minusvalorarla en aras a la textura «funcionalista» de su construcción teórica. La reacción penal no se produce en virtud de una deslealtad, sino porque es funcional a la estabilización del sistema.

Este tipo de supuestas lealtades hacia entidades objetivas como la tribu, la familia, el orden jurídico, la nación, etc. son bastante controvertibles y han sido poco estudiadas. Una excepción a esto es quizás la del propio George

¹⁴ PLATÓN, 1986, p. 50, c.

¹⁵ BETEGÓN, 1992, p. 68 ss.

Fletcher¹⁶, que sitúa los presupuestos justificatorios de la virtud de la lealtad fuera de la corriente central del universalismo ético de cuño liberal, que tiende a ser individualista. Pero sea ello como fuere, y para lo que aquí interesa, enfocar la norma penal desde el prisma de las relaciones de lealtad no es fácil. Si dejamos a un lado tipos penales como la traición y sus parientes próximos (que pueden, creo, justificarse sin apelar a acuerdos o convenciones interpersonales previas) no parece que un acuerdo entre ‘personas’ como los que expresan y transportan las actitudes de confianza pueda encajar así como así en el universo jurídico punitivo. Y, sin embargo, Günter Jakobs nos propone una noción de pena en la que juega un papel decisivo la noción de «confianza».

Para Jakobs la pena tiene una función preventiva enfocada a proteger las condiciones de la interacción social: «La protección» –afirma– «tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza». Los destinatarios de la norma penal son *todos* «dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ella pueden esperar. En esta medida» –concluye– «la pena tiene lugar para *ejercitar en la confianza hacia la norma*»¹⁷. Pues bien, temo que al incorporarlo como herramienta conceptual a su arsenal teórico, nuestro autor haya pasado por alto algunos matices y sutilezas que podía haber detectado en la amplia reflexión angloamericana sobre el concepto de confianza. Veámoslo para terminar sin sobrepasar los límites que los amables editores nos han señalado.

En español (y acaso también en alemán) sólo tenemos un vocablo, *confianza* (*Vertrauen* en alemán) para denotar lo que en inglés se diversifica y matiza mediante al menos tres: *Trust*, *Reliance*, *Confidence*, y sus correlativos *trustworthy*, *reliable*, *confident*¹⁸. No se trata aquí, obviamente, de hacer ninguna exploración filológica. Ni siquiera un buen diccionario nos haría más fácil esa tarea. De lo que en realidad se trata es de aprovechar esa riqueza semántica que nos ofrece la lengua inglesa para establecer sobre ella alguna diferenciación conceptual relevante en algunos tipos diferenciados de relaciones humanas. Para descartar el tercero, que aquí no nos ilumina nada, puede señalarse que en el uso inglés, *confidence* y *confident* tienen sólo en parte una denotación similar a la que en español aludimos con *confidencia*. Creo que, al margen de su uso o abuso cotidiano, su significación más importante es la de tener confianza en uno mismo. El *confident* es aquel que tiene fe en sus propias

¹⁶ FLETCHER, 1993.

¹⁷ JAKOBS, 1997, p. 18. Sobre las variaciones en la teoría de Jakobs remito a PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, 1993, pp. 19 ss.

¹⁸ Ha llamado la atención sobre ello GROSMAN, 2009, p. 124, y lo recoge también DE PÁRAMO ARGÜELLES, 2013, p. 45.

fuerzas para acometer un proyecto, «confía» en sí mismo. Es pues una actitud unipersonal y reflexiva que aquí poco puede ayudarnos.

Lo que resulta más iluminador puede extraerse de una idea que se contiene en el texto de Baier. Dice así: «*We can still rely where we no longer trust. What is the difference between trusting others and merely relying on them?*» Cuando solo se tiene un vocablo (Confiar, confianza) para analizar estas relaciones parece un sinsentido hacerse esta pregunta, pero es muy pertinente. Podemos confiar en que el desconocido al que le preguntamos por una dirección en una ciudad extraña nos diga la verdad, no nos engañe. O que el taxi que tomamos nos conduzca a nuestro destino sin ignorar maliciosamente el trayecto más idóneo. En general, en nuestra comunicación cotidiana, incluso con personas a las que no conocemos de nada, confiamos en que se atengan a la verdad en sus mensajes, por irrelevantes que sean. Sin una confianza generalizada de esta o de análoga naturaleza, la vida social sería ciertamente imposible. Es la que nos permite deambular por las calles desarmados y participar en tantos eventos colectivos sin sufrir alteraciones inesperadas. Esta clase de confianza básica sin la que son inexplicables las sociedades mismas se alude mejor con la expresión de la lengua inglesa *Reliance*. O con sus aproximaciones españolas de fiabilidad, descanso o dependencia. Y puede incluso usarse más allá de relaciones interpersonales, hasta respecto de objetos o aparatos de los que dependemos para realizar ciertas acciones: que un escalador diga: «esta cuerda es fiable» o el bricoleur casero piense «confío en que esta escalera aguante mi peso», son maneras muy comunes de expresar esa confianza como fiabilidad genérica compuesta casi únicamente por ingredientes «epistémicos» o lo que antes he llamado expectativas cognitivas: uno fía o descansa en cosas o personas porque tiene conocimiento de algunos rasgos o propiedades de ellas, conoce cómo son y puede descansar o confiar en ellas porque «sabe» o puede predecir cómo van a comportarse. Esto es lo que, por usar un ejemplo utilizado en estas discusiones, convence al juez de dar un permiso penitenciario solo si el recluso porta un dispositivo que se activa cuando incumple algunas condiciones espaciales o temporales. No es que *confíe* (*Trust*) en las cualidades personales del recluso, sino que hace *descansar* (*Reliance*) su decisión en la eficacia del aparato en cuestión. Y este, me parece, es también el sentido que, por ejemplo, da Betegón a su sutil defensa del lugar de la confianza en la justicia penal como una aproximación nueva al problema clásico, que él mismo califica de «intratable», de la terca incompatibilidad entre enfoques retribucionistas y enfoques utilitaristas¹⁹.

¹⁹ BETEGÓN, 2013.

A partir de esa noción inmediata e impersonal de confianza (*reliance*) podemos ir ascendiendo hacia lo que es un sentido más profundo e interpersonal de nuestro término genérico «confianza». Y es ahí donde poco a poco las expectativas normativas de la noción van apareciendo. Por parte de quién confía, la expectativa normativa de que aquel en quien se confía se comporte como debe hacerlo. Por parte de éste la conciencia de que ha adquirido un compromiso de comportarse de determinada manera. Y es ahí también donde los comportamientos de los demás que tiende a descartar la actitud o propiedad de confianza se apoyan en razones más personales y subjetivas. Estamos ya en el territorio de la noción filosófica de *Trust*, de la confianza en su sentido más pleno. A partir de ahí, pueden irse añadiendo ingredientes «institucionales» para consolidar y hacer más formal esa relación: promesas, e incluso, en contextos jurídicos, contratos y obligaciones. Pero hay que ir haciéndolo con sumo cuidado, pues si la relación interpersonal acaba por sustentarse solo en mecanismos legales coercitivos, entonces puede determinar que se distorsione la naturaleza de la relación de confianza misma. Si uno hace descansar la fiabilidad del comportamiento de alguien en un mecanismo sancionatorio, entonces no puede decirse que confíe en ese alguien; en todo caso, puede decirse que confía (en el sentido de *reliance*) en el mecanismo institucional de la coacción, no en la persona.

Esta pequeña trampa semántica, me parece, es la que puede atrapar a la teoría de Jakobs. La prevención general positiva no es una idea que pueda basarse en la *confianza* (*Trust*) interpersonal porque no existe o no suele existir tal relación entre infractor y víctima, ni, por supuesto, entre la norma penal y el infractor. Se basa en la *fiabilidad* (*reliance*) externa que hace pública y supuestamente genera la reacción normativa «a costa» del infractor. Y ese puede ser el talón de Aquiles de esa teoría si se propone resolver con ella los dilemas que plantea siempre la justificación del castigo penal. Porque una reacción tan grave a veces, que envuelve además una ingente cantidad de recursos públicos, no puede ni debe prescindir de un ingrediente de naturaleza moral radicada en la persona individual. Y por eso, el retribucionismo siempre acaba por reaparecer y plantear ante nosotros sus viejas incógnitas²⁰. También a la pretendida funcionalidad de la prevención general positiva.

²⁰ BETEGÓN, 2013, pp. 98 ss.; KAUFMAN, 2013, cap. 3.

BIBLIOGRAFÍA

- BAIER, Annette: *Trust and Antitrust, Ethics*, vol. 96, núm. 2, 1986, pp. 231-260.
- BETEGÓN, Jerónimo: *La justificación del castigo*, Madrid, 1992.
- *Confianza y justicia penal*, en *Derecho, confianza y democracia*, Albacete, 2013, pp. 83-103.
- COLEMAN, James: *Foundations of Social Theory*, London, 1990.
- FLETCHER, George P.: *Loyalty. An Essay on the Morality of Relationships*, Oxford, 1993.
- *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford, 1996.
- GAMBETTA, Diego: *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, 1988.
- GOLD, Andrew S./MILLER Paul B.: *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford, 2014.
- GROSMAN, Lucas S.: *Confianza, coerción y derecho*, en *Confianza y derecho en América Latina*, México, 2009, pp. 119-131.
- HARDIN, Russell: *Trust*, Cambridge, 2006.
- HAWLEY, Katherine: *Trust. A Very Short Introduction*, Oxford, 2021.
- JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*, Madrid, 1997.
- KAUFMAN, Whitley R. P.: *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Dordrecht, 2013.
- LUHMANN, Niklas: *Trust and Power*, Cambridge, 2017.
- MOORE, Michael S.: *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, 1993.
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón: *Derecho, confianza y vulnerabilidad estratégica*, en *Derecho, confianza y democracia*, Albacete, 2013, pp. 35-56.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/BASSO, Gonzalo: *La pena: nociones generales*, en *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, 2019, pp. 161-190.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel: *Un nuevo sistema de derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs*, Bogotá, 1999.
- PLATÓN: *Critón*, Madrid, 1986.
- TILLY, Charles: *Trust and Rule*, Cambridge, 2005.
- WELZEL, Hans: *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964.

12. EL COMIENZO DE EJECUCIÓN EN LA TENTATIVA ACABADA

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático emérito de Derecho Penal

Universidad de Alcalá y Presidente de honor de la FICP*

I. COMIENZO DE EJECUCIÓN EN LA TENTATIVA ACABADA: EL PRETENDIDAMENTE DISTINTO COMIENZO DE EJECUCIÓN EN LA TENTATIVA ACABADA DE AUTOR ÚNICO

1. Posiciones doctrinales mayoritarias ¿usuales?

En la doc. alemana mayoritaria se sostiene que es distinto del criterio general sobre el inicio de ejecución en la tentativa el momento del comienzo en una tentativa acabada (y a veces se aclara expresamente que la que se discute es la tentativa acabada de un autor único¹, es decir, no la tentativa acabada de un coautor o de un autor mediato, en las que interviene otro sujeto: el coautor o el instrumento o ejecutor directo), en la que el autor realiza todos los actos que según su plan deben producir la consumación, frente al inicio en una tentativa inacabada. Y así se sostiene que la tentativa acabada es uno de los supuestos que presentan peculiaridades que hacen que no sirva exactamente el criterio modelo del comienzo de ejecución en la tentativa inacabada y que por

* Fundación Internacional de Ciencias Penales. www.ficp.es; contacto@ficp.es.

¹ Así p.ej. lo aclara ROXIN, 2003 (2014), § 29/192: es una relación de dos personas, autor y víctima, y no relación de tres personas como en el caso-regla general de la autoría mediata, autor, mediador del hecho y víctima.

ello hay que modificar o sustituir en estos casos la fórmula normal²; *muchos consideran que es un supuesto paralelo al de inicio de la tentativa en la autoría mediata*, donde tras la acción del autor mediato influyendo sobre el instrumento se afirma que aún es precisa la actuación directa de éste para producir el resultado³. Por eso se mantienen diversos criterios, todos distintos del crite-

² Así lo sostienen entre otros JESCHECK, 1988 (1981), § 49 IV.6; JESCHECK/WEIGEND, 1996 (2002), § 49 IV.6; y todos los citados en las notas siguientes que, sobre todo en la doctrina alemana desde los años 70, sostienen posiciones peculiares modificando el criterio general para el comienzo de ejecución en la tentativa.

En cambio, en la doctrina de otros países es más frecuente encontrar el siguiente panorama. O sencillamente muchísimos autores no tratan la tentativa acabada como supuesto especial para el inicio de la tentativa: *en la doctrina española a partir de los años 70* en que comenzaron esas posiciones en la doctrina alemana (antes desde luego que no), p.ej. CUELLO CALÓN, 1971, pp. 622 ss.; 1981, pp. 642 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1977, ni en nm. 2132-2152 (comienzo de ejecución en la tentativa) ni en nm. 2155-2165 (delito frustrado); GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pp. 252 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, 1986, pp. 444 ss.; SAINZ CANTERO, 1990, pp. 779 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1995, pp. 783 ss.; BACIGALUPO, 1998, pp. 343-345; RODRÍGUEZ RAMOS, 1998, pp. 237 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, pp. 714 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, 1999, pp. 780 ss.; POLAINO NAVARRETE, pp. 813 ss.; 818 ss.; 2016, pp. 243 ss.; CEREZO MIR, 2001, p. 189 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, pp. 867 ss.; 879-885; GIL GIL, 2015, pp. 331 ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, 2015, pp. 411 ss.; MIR PUIG, 2015, nm. 14/57 (donde se limita a considerarlo como caso dudoso, y en nms. 14/60 ss. trata la tentativa acabada sin plantear el inicio de ejecución; y en cambio, en nms. 14/72 ss. trata como autoría mediata el caso de la sopa envenenada); ALASTUEY DOBÓN, 2016, pp. 191 ss.; GARCÍA RIVAS, 2016, 350 ss.; MORILLAS CUEVA, 2018, pp. 874-877; LUZÓN CUESTA, 2022, pp. 190 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, pp. 384 ss.; *en la doctrina italiana* p.ej. BETTIOL, 1966 a 1982, parte 2.^a cap. IV § II.2 ss.; BOSCARRELLI, 1973 a 1994, cap. 5, nm. 126 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1985 a 2019, parte 2.^a, cap. 5.3 ss.; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, 1986, parte 2.^a cap. IV § II.2 ss.; ANTOLISEI/CONTI, 2001 a 2003, nms. 161 ss.; FIORE/FIORE, 2005 a 2020, parte 4.^a, secc. 2.^a, caps. 1.^o-2.^o; PETRINI, 2013 a 2023, cap. XXIII.2 ss.; MANTOVANI, 2015, nm. 132 ss., pp. 431 ss.; MARINUCCI/DOLCINI/GATTA, 2022, cap. 10.3 ss., pp. 553 ss.; *en la doctrina portuguesa*: DE FIGUEIREDO DIAS, 2007, pp. 695 ss.; *en la doctrina iberoamericana*: p.ej. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1989, pp. 385 ss.; 2012, pp. 735 ss.; VILLAVICENCIO, 2006, pp. 428 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, pp. 610 ss.; REALE JR., 2013, cap. 10.2 ss., pp. 281 ss.; RUSCONI, 2016, pp. 943 ss.; BUSATO, 2017, pp. 631 ss.; NÁQUIRA, 2017, pp. 112 ss., 197 ss.; ONTIVEROS, 2017, pp. 364 ss.; ZAMBRANO, 2017, pp. 538 ss.; MAÑALICH, RDer, 2021, pp. 1 ss. O algunos tratan el inicio de casos de tentativa acabada aplicando las reglas generales y sin criterios diferentes: así p.ej. LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, 2020, p. 514, o MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 2022, p. 496, consideran que envenenar el café que tomará otro es un acto inequívoco de inicio de tentativa.

³ Así entre otros ENGLÄNDER, JuS, 2003, p. 331; HILLENKAMP, 2013, § 22/139; FISCHER, 2008 a 2023, § 22/28; WESSELS/BEULKE/SATZGER, 2010 a 2024, nm. 850; JÄGER, 2017, § 22/4; sosteniendo que hay una simetría estructural entre ambas ALCÁCER GUIRAO, 2001, pp. 116 ss.; DEMETRIO CRESPO, 2003, p. 104. Cfr. con ulteriores citas de autores que efectúan la equiparación entre ambos supuestos ROXIN, 2003 (2014), § 29/192, 226-230. Algunos, como MIR PUIG, 2015, nms. 14/72 ss., o KINDHÄUSER, 2015, 2017, § 39/60-64 (que se limita a exponer todas las soluciones sin tomar posición), tratan directamente como autoría mediata la acción lesiva (envenenamiento de alimento) del autor si la propia víctima inconscientemente consume el alimento envenenado que le sirven. Matizando que hay similitud, pero no identidad: ROXIN, 2003 (2014), § 29/192, 226, estructura similar: pero recalca en 192: similitud, estructura similar (así también BGHSt 43, 180), que se corresponde en buena medida a la de la autoría mediata, pero no es idéntico porque aquí hay relación bilateral autor-víctima, mientras que en los casos comunes de autoría mediata hay relación trilateral –autor-mediador-víctima–, y por eso las soluciones son distintas; igual JOECKS/JÄGER, 2018, § 25/73 ss., y RENGIER, 2020, § 34/54. En contra, ponen en cuestión tal equiparación DERKSEN, GA, 1998, p. 601; WOLTERS, NJW 1998, p. 578; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, 2019, § 22/42 (i.f.).

rio aceptado para el comienzo de la tentativa inacabada, para que, según interpretan, la acción del sujeto no sea todavía un acto preparatorio en el que aún conserva plenamente el dominio sobre el suceso y si quiere pasar o no a la tentativa⁴. Pero todas estas fórmulas tienen en común que no atienden al inicio de la actuación del autor, sino a la finalización de su actuación (única) e incluso a algún efecto posterior a la misma:

a) Finalización de la acción del autor

Según unos el comienzo de esta tentativa acabada requiere la *finalización de la acción del autor*, de modo que para la causación del resultado no es precisa ninguna actividad ulterior del autor⁵; en los ejemplos más manejados, acabar el envenenamiento de la bebida o comida que va a ingerir la víctima, colocar en un auto o un local el explosivo dispuesto para estallar, enviar por correo la carta de chantaje o calumniosa⁶.

⁴ DONNA, 2010, p. 91, considera en efecto que en la tentativa acabada la cuestión difiere del supuesto general y expone (pp. 91-93) los diversos criterios que a continuación se examinan, pero sin inclinarse por ninguno.

⁵ Así lo defienden, partiendo de una fórmula de FRANK, 1931, § 43 IV, entre otros BUSCH, LK, 1970/74, § 43/43a; HERZBERG, MDR 1973, p. 80; BLEI, JA, 1975, pp. 167 ss.; ZAFFARONI, 1982, pp. 459 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 830 (aunque en Zaffaroni realmente no es inequívoco que para el inicio de la tentativa acabada exija que se haya realizado todos los actos de ejecución, sino que afirma que, «si se realiza todo lo que según el plan debería hacerse, es evidente que hay comienzo de ejecución», frente a los criterios de Roxin que requieren más); VEHLING, 1991, pp. 165 ss.; MORENO-TORRES HERRERA, 1999, pp. 239 ss.; 2002, pp. 706 ss. (aunque en esta autora sucede lo mismo que he precisado que ocurre en Zaffaroni); PUPPE, 2005, § 35/39; poniendo la restricción de que el autor finalice su acto decidido a no cambiar nada y no desviar el peligro TRÖNDLE/FISCHER, 2007, § 22/19; aún más restrictivo MEYER, ZStW, 1975, p. 609, exigiendo que el sujeto finalice su acto convencido de que el curso causal que ha puesto en marcha conducirá al resultado en cierto modo con una seguridad mortal: cfr. la exposición de ROXIN, 2003 (2014), § 29/194, que afirma (igual que p.ej. RENGIER, 2020, § 34/48) que antiguamente el criterio de la finalización de la actuación del autor era la doctrina dominante.

⁶ Ejemplos usados entre otros muchos por ROXIN, 2003 (2014), § 29/192, 194 ss.; HILLENKAMP, 2013, § 22/133 ss.; DONNA, 2010, p. 91; WESSELS/BEULKE/SATZGER, 2010 a 2024, nms. 954 ss.; RENGIER, 2020, § 34/45 ss. Manejan el de la colocación de un explosivo que puede ser activado por tercero por cortocircuito o accionando un interruptor, entre otros, SCHMIDHÄUSER, 1970, nm. 15/58; 1975, nm. 15/52; JESCHECK, 1988 (1981), § 49 IV.6; JESCHECK/WEIGEND, 1996 (2002), § 49 IV.6; o KÜHL, 2017, § 15/85a, caso que se trató realmente en el caso de la trampa explosiva (*Sprengfallen-Fall*) de BGH NStZ 1998, pp. 294 ss. Y el del envenenamiento de la bebida o comida, entre otros muchos, ZAFFARONI, 1982, pp. 459 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 830; MORENO-TORRES HERRERA, 1999, pp. 239 ss.; 2002, pp. 706 ss.; MIR PUIG, 2015, nms. 14/73 ss. (pero tratándolo como autoría mediata); JÄGER, 2017, § 22/40 ss. (tratando detenidamente en nm. 22/41 el caso del aguardiente envenenado Bärwurz, que se indica a continuación); KÜHL, 2017, § 15/85a; efectivamente un supuesto de estos se trató en el caso *Bärwurz-Fall*, del aguardiente marca Bärwurz, por la sentencia BGHSt. 43, pp. 177 ss., de 12.8.1997, donde un farmacéutico al irse a dormir envenena un botella de aguardiente ya abierta, que coloca bien visible para que lo beba si vuelve un ladrón que ya había entrado ilegalmente en el local.

b) Dejar escapar ya el curso del acontecimiento fuera de su propio ámbito de dominio, de su control

Otros muchos, siguiendo a Roxin, exigen como criterio que el autor haya *dejado salir, escapar ya el curso del acontecimiento fuera de su propio ámbito de dominio, de su control*, que lo haya dejado escapar de sus manos⁷, lo que, aunque ciertamente es la consecuencia del anterior criterio de que el sujeto haya finalizado su actuación, de modo que ya no es precisa otra actividad suya para causar el resultado⁸ (con lo cual en los ejemplos indicados ese sería también el comienzo de la ejecución), aquí se formula expresamente esa consecuencia; pero incluso se destaca que en algún caso pueden no coincidir ambos criterios, concretamente si se mantiene el curso causal primero paralizado en la esfera de custodia del autor, p. ej. si la mujer que ha envenenado la sopa que le prepara a su marido mantiene la sopera momentáneamente sobre la placa de calor hasta que el marido llega por la noche y se sirve él la sopa, o igual si ella le ha envenenado la botella de whisky o el frasco de café en polvo, pero tiene el recipiente bajo su custodia hasta que regresa el marido y echa mano a la botella o al bote de café para servirse, puesto que, pese a haber realizado la mujer su último acto, mantiene el curso del hecho bajo su control hasta que interviene la víctima⁹, y en esos casos —se argumenta—, dado que el sujeto aún tiene bajo su custodia el objeto lesivo (no sólo esos alimentos o bebidas con veneno, sino también p.ej. la carta chantajeadora que aún tiene que ser llevada a la mañana siguiente al correo por un empleado), no hay tentativa, «ya que el autor aún tiene en su mano el acontecimiento del mismo modo que en la preparación de una tentativa inacabada y el delito aún se encuentra en la etapa o estadio previo a la realización típica»; en el ejemplo de la sopa envenenada la mujer, hasta que aparece el marido, y éste toma la sopera y se sirve la sopa, aún tiene el curso causal completamente bajo control, pues en cualquier momento puede, sin esfuerzo alguno y sin que se note, tirar la sopa, con el resultado de que, cuando aparezca el marido, nada habrá sucedido, de lo que se extrae la conclusión de que en estos supuestos sólo existirá un acto preparatorio mientras la víctima se halle todavía fuera de toda posibilidad de verse afectada por

⁷ Así lo formuló ROXIN, 1972, pp. 213 ss.; posteriormente en JuS, 1979, pp. 10 ss.; 2003 (2014), § 29/195 ss. Lo comparten SCHMIDHÄUSER, 1975, nm. 15/52 (aunque añade la exigencia de que la víctima vaya a acercarse pronto y no dentro de mucho tiempo); RUDOLPHI, 1977 a 1993, § 22/20; PUPPE, JuS, 1980, p. 348 ss.; BURKHARDT, JuS, 1983 p., 430; KRATZSCH, JA, 1983, pp. 585 ss.; HERZBERG, JuS, 1985, pp. 6 ss.; ZACZYK, 1989, pp. 320 ss.; JAKOBS, 1991 (1997), nm. 21/105; WESSELS/BEULKE, 1993 a 2010, nm. 600 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996 (2002), § 62 IV 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, 2019, § 22/42.

⁸ Destaca que generalmente ambos criterios coinciden ROXIN, 2003 (2014), § 29/205.

⁹ Así lo expone ROXIN, 2003 (2014), § 29/205-208, y ya en 195.

el medio del delito, «pues, aunque al autor le sería bastante con dejar que los acontecimientos siguiesen su curso, todavía tiene la marcha de las cosas en sus manos, exactamente igual que en una tentativa inacabada»¹⁰.

c) Fórmula alternativa: o dejar escapar de su control o inmediata puesta en peligro con incidencia en la víctima

Pues bien, pensando en estos casos Roxin precisa más y defiende lo que denomina una «*fórmula alternativa*»: el comienzo de esta tentativa acabada lo marca la concurrencia de uno de estos dos criterios: *o el ya indicado de dejar escapar* por parte del autor (abandono, permitir la salida) el curso del hecho fuera del propio ámbito de dominio, *o bien* que con su voluntad se dé una *inmediata puesta en peligro con incidencia en la víctima* en estrecha conexión temporal con la realización típica¹¹. El escape al dominio se produciría claramente si el autor deja libre y descontrolado el curso causal que ha puesto en funcionamiento, p.ej. marchándose de viaje; pero si acabada su acción peligrosa la mantiene aún bajo su custodia como en los ejemplos vistos, el agente tendrá que dar lugar voluntariamente a una inmediata puesta en peligro de la víctima, o sea tendrá que permitir que ésta a su regreso eche mano al recipiente de la bebida o comida envenenada para servirse del mismo¹². Pero, *si se observa bien*, realmente esto no es exactamente un empleo alternativo de criterios, sino que la segunda hipótesis sigue siendo aplicación del criterio de *dejar escapar el acontecimiento fuera de su control*: pues si el sujeto una vez acabada su actividad aún conserva bajo su custodia el objeto lesivo y el curso de los acontecimientos, será sólo en el momento en que aparezca la víctima y el autor le permita que actúe tomando en sus manos inconsciente el objeto peligroso cuando precisamente se podrá afirmar que en ese instante el autor

¹⁰ Así ROXIN, 2003 (2014), § 29/195 hasta el final del primer entrecomillado; y lo siguiente en § 29/205 ss.

¹¹ Cfr. ROXIN, 1972, pp. 213 ss.; JuS, 1979, pp. 9 ss.; 2003 (2014), § 29/195, 205 ss. Siguiendo esa construcción MEYER, ZStW, 1975, p. 609; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, 1975 a 2010, § 22/42 (última parte); RUDOLPHI, 1977 a 1993 § 22/20; PUPPE, JuS, 1980, pp. 348 ss.; BURKHARDT, JuS, 1983, p. 430; KRATZSCH, JA, 1983, 585 ss.; HERZBERG, JuS, 1985, pp. 1, 6 ss.; ZACZYK, 1989, pp. 320 ss.; JAKOBS, 1991 (1977), nm. 25/74 (pero en nm. 25/72 añade que junto a la comisión activa hay omisión de no revocación, y en nm. 25/73 que el límite lo marca la necesidad de especiales esfuerzos para la revocación, y que lo socialmente usual excluye la tentativa), nm. 21/105; WESSELS/BEULKE, 1993 a 2010, nms. 600 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996 (2002), § 62 IV 1; KÖHLER, 1997, p. 465; MURMANN, 1999, pp. 16 ss., 20; TRÖNDLE/FISCHER, 1999 a 2007, § 22/21; WESSELS/BEULKE/SATZGER, 2010 a 2024, nm. 956; REYES ALVARADO, 2014, pp. 486-497; 2016, pp. 476-486 (pero siguiendo a Jakobs, especialmente en pp. 484-486); ERB, 2017, pp. 13 ss.; JÄGER, 2017, § 22/40; 2019, nm. 305; HEINRICH, 2019, nm. 736; KRELL, ZIS, 2019, pp. 62 ss.; RENGIER, 2020, § 34/51.

¹² Así JÄGER, 2017, § 22/40, coincidiendo con ROXIN, 1972, pp. 213 ss.; JuS, 1979, pp. 9 ss.; 2003 (2014), § 29/195, 205 ss.

deja escapar el curso del acontecimiento fuera de su dominio o control, y por tanto es indiferente que a ello se le quiera llamar ahora poner inmediatamente en peligro a la víctima, ya que eso mismo se puede predicar de todos los demás supuestos de dejar el curso del hecho libre de control.

Roxin se da cuenta de que a su segundo criterio alternativo de producir inmediatamente una puesta en peligro de la víctima en esos casos en que el autor conserva el hecho bajo su custodia hasta la aparición de la víctima se le puede hacer el reproche de que acaba siendo una concesión al por él rechazado criterio del disponerse a actuar por parte de la víctima entrando así en el círculo operativo del autor (que se expone a continuación en d), y replica que no es así porque sostiene, coincidiendo con Jakobs, que estos casos están compuestos de una comisión (en este ej. el envenenamiento de la sopa) y una omisión (de tirar la sopa), con lo que «el último comportamiento delictivo del autor es la omisión de eliminar el peligro»¹³. Prescindiendo de que es curioso que califique de «comisión» a la primera actividad (el envenenamiento) si sostiene que aún no es tentativa, sino mera preparación impune, si se parte de esa posición, entonces ciertamente la segunda fase pasiva u omisiva se convierte en penalmente relevante cuando aparece la víctima¹⁴ y entonces tiene razón Roxin en afirmar, aunque no lo explica más, que su posición no es una concesión que acaba dando la razón al criterio (*infra* c) de que el comienzo de ejecución en estos casos no se da hasta que la víctima entra en el radio de acción, de operatividad de la conducta del autor. En efecto, en los supuestos en que la cosa peligrosa siga bajo custodia del autor, si este sector afirma que comienza la tentativa cuando aparece la víctima e inconsciente de la situación va a provocar el peligro decisivo para sí misma (en los ej. manejados, cuando el marido regresa y se va a servir la sopa o tomar la bebida envenenada o cuando llega el conductor y va a poner en marcha el vehículo que tiene colocada la bomba, manteniendo allí su vigilancia el asesino), no es porque crea con carácter general que no hay comienzo hasta que la víctima entra ella misma en el círculo

¹³ Así ROXIN, 2003 (2014), § 29/208, siguiendo en la calificación de omisión a JAKOBS, 1991 (1997), nm. 25/72, que en «delitos con posibilidad de revocación» considera que junto a la comisión por la acción de tentativa hay que atender a la omisión (no revocación).

¹⁴ Pues si por el contrario la primera acción de envenenamiento se califica ya como comienzo de tentativa punible, la segunda conducta pasiva de mantener bajo custodia la cosa envenenada y no tirarla no sería sino una lógica conducta de no impedir los efectos de su propia tentativa activa ya comenzada y sería penalmente irrelevante por quedar absorbida o consumida (concurso de leyes por consunción o absorción) en la tentativa anterior y en su caso en la consumación de ésta. Critica también la argumentación de que por esta segunda parte se pueda concebir el plan ejecutivo como una omisión MIR PUIG, 2015, nm. 14/74, diciendo que ello es insostenible porque pone el plan de ejecución incluye actos dolosos positivos como los de verter el veneno que determinan positivamente el resultado con lo que entra en juego el criterio de la causalidad para distinguir acción y omisión.

del peligro, sino porque precisamente en ese momento es cuando el autor pierde definitivamente el control sobre el suceso –para poder evitarlo sin delatarse–¹⁵ y precisamente por eso cabe decir, como hace Roxin, que la omisión del autor está poniendo en peligro al sujeto pasivo, o más exactamente que lo está poniendo en peligro la conducta peligrosa de la actividad del autor, unida al mantenimiento de esa situación bajo custodia, pudiendo por eso impedir que terceros vayan a estropear el plan delictivo, y no cambiar de criterio ni avisar a la víctima cuando llega. En cambio, esas circunstancias no se dan en los demás casos en que tras realizar su actividad peligrosa el autor se marcha del lugar o, al revés, el curso causal peligroso se aleja de él y por ello pierde el control sobre el mismo (para asegurarse de que sea lesivo o a la inversa, si rectificara, para anularlo), la posición que estamos examinando afirma ya un comienzo de tentativa por esa razón, aunque el curso causal no haya llegado aún hasta la víctima, mientras que la posición (d), que ahora vamos a ver, niega que ya haya un comienzo de ejecución y exige esperar hasta la entrada de la víctima en el radio de acción del curso peligroso.

d) Entrada de la víctima en el círculo operativo del medio, incidencia de la acción sobre la esfera de la víctima e inmediata puesta en peligro

Otra posición requiere para el comienzo de esta tentativa acabada aún más que el simple escape del suceso al control del autor, lo que le parece aún insuficiente: exige que la conducta del autor ya haya incidido, operado, influido en la esfera o ámbito de la víctima, o, visto desde el ángulo de ésta, que la víctima entre en el radio de acción, en el círculo operativo o de operatividad (*Wirkungskreis*) del medio usado¹⁶, en el ámbito peligroso del curso causal desencadenado por la actividad ya acabada del autor; ello presupone que así y sólo así es como se dará el requisito de la inmediata puesta en peligro del objeto, que inmediatamente se vaya a poner en peligro el bien jurídico¹⁷, o que

¹⁵ Por eso no se puede compartir la afirmación que para acabar su argumentación hace ROXIN, 2003 (2014), § 29/208 i.f., de que «por tanto estructuralmente, dado que se trata de un caso de disponerse a o comenzar mediante omisión, el supuesto no se puede comparar con los casos de dejar escapar el suceso fuera del ámbito de dominio del autor».

¹⁶ Así GÖSSEL, JR 1976, pp. 249 ss.; OTTO, JA 1980, pp. 644 ss.; NSTZ 1998, p. 243; 2004, § 18/33, 43; KUDLICH, JuS 1998, pp. 596 ss., 600; BÖSE, JA 1999, pp. 342 ss., 346; STRATENWERTH/KUHLEN, 2010, § 12/106; KÜHL, 2017, § 15/85d; ZACZYK, 2017, § 22/32; RENGIER, 2020, § 34/50; HOFFMANN-HOLLAND, 2023, nm. 645, 660, aunque todos considerando que hay que atender a la representación del autor sobre si su actuación va a incidir ya sobre la víctima.

¹⁷ Así los autores citados en la núm. anterior.

haya una inmediatez de la acción típica¹⁸, para que haya comienzo de ejecución. Por tanto, en estos casos según estos criterios sólo comenzará la tentativa cuando la víctima toma ya para servirse la botella con bebida envenenada o ya el plato de sopa o el vaso con veneno que le sirven o cuando entra en el automóvil donde le han colocado el explosivo o cuando recoge de su buzón la correspondencia con la carta del chantaje o calumniosa¹⁹.

2. El criterio correcto sobre el comienzo de la tentativa acabada. Crítica de las posiciones mayoritarias y posición propia

a) Comienzo en la tentativa acabada de un tipo de actividad (legalmente descrita) y resultado

Lo primero que hay que objetar y advertir es lo siguiente: La tentativa acabada ciertamente no puede producirse en delitos de mera conducta, de pura actividad o de omisión pura o propia, porque si se realiza toda la ejecución, se habrá consumado el delito, sino sólo en delitos de resultado; pero los delitos de resultado, en los que sí cabe la tentativa acabada, pueden ser o bien delitos puramente resultativos o bien tipos de actividad –legalmente, expresamente descrita– y resultado, p. ej. el robo mediante violencia o intimidación, en el que la actividad violenta o gravemente amenazante es el primer acto típico que se usa como medio para conseguir el segundo acto de producción del resultado, el apoderamiento libre y pacífico de la cosa durante al menos algunos momentos. Y en estos segundos naturalmente y sin la menor duda el comienzo de la ejecución será exactamente el mismo que en la tentativa inacabada, es decir, el acto inmediatamente anterior al primer acto típico: según el criterio que aquí se prefiere, el disponerse inmediatamente y de modo encaminado sin interrupción e inequívoco a realizar el primer acto típico, o sea, o sea en el ej. del robo, a usar la violencia o intimidación.

¹⁸ VOGLER, 1985, § 22/, 58 ss., 74-76, exige una inmediatez específica de la realización típica; ya lo había formulado en 1993, pp. 291 ss.

Se está trasladando aquí esas fórmulas mantenidas como criterio general del comienzo de ejecución (ya en general en la tentativa). Pero obsérvese que en cualquiera de estas dos últimas formulaciones no se exige ya la efectiva puesta en peligro ni la efectiva realización de la acción típica, sino que ambas sean inmediatas (*unmittelbar*), es decir, que sea inmediata la producción de la puesta en peligro o de la realización de la acción típica; mientras que en las primeras fórmulas sí se requiere que haya ya incidencia de la conducta del autor en el ámbito del sujeto pasivo, que la víctima, o el objeto de la acción o el bien jurídico entre ya en el círculo operativo o radio de acción de la conducta del agente, y por tanto ello implica que esto es inmediatamente anterior a la puesta en peligro o, en otra formulación, a la realización de la acción típica.

¹⁹ Así ilustra ROXIN, 2003 (2014), § 29/193, la aplicación de este criterio a los ejemplos manejados.

b) Comienzo en la tentativa acabada de un tipo puro de resultado o de causación

1) Tentativa acabada de delito puro de resultado mediante acto único y operatividad diferida

Por tanto hay que precisar aún más, analizando las características peculiares –lo que hasta ahora, por lo que se alcanza a ver, no se ha hecho– de los supuestos con los que se está trabajando en la discusión expuesta: los supuestos que se están discutiendo son todos no sólo de *tentativa acabada de un autor individual*, sino además: 1) de un *delito puro de resultado o de causación* o puramente resultativo, 2) que se produce *mediante un acto único*, y 3) de *operatividad no instantánea, sino diferida o prolongada un cierto tiempo* (característica esta última que sí suele ser destacada por los autores que defienden soluciones especiales)²⁰.

2) Discordancia en la colocación del inicio de ejecución al final de toda la ejecución

Pues bien, para el espectador sin prejuicios, imparcial, que se aproxima a esta cuestión sin una actitud preconcebida o disposición de ánimo previa, lo primero que resulta sumamente *extraño y chocante es que* para estas posiciones *el comienzo de la tentativa acabada de acto único* que va a producir el resultado *no se encuentre al principio* –más o menos, pero al inicio– de ese acto único, *sino precisamente ya finalizado dicho acto único* e incluso después, eso sí, antes de que produzca el resultado. Porque por definición el inicio o comienzo de ejecución de dicha tentativa acabada, como el de toda tentativa, ha de estar precisamente al principio y no al final de los actos de ejecución.

Por eso, no se entiende cómo es que, si se quiere precisar el comienzo de la tentativa (acabada, pero que es tentativa) y no el fin de la misma, se está exigiendo la terminación de los actos del autor o incluso más, que, tras esa actividad se produzca un resultado ulterior: o bien que el curso causal escape ya al control del sujeto, que éste haya perdido el control sobre el mismo, o bien, aún más, que el curso causal llegue ya hasta, incida sobre la víctima y

²⁰ GÖSSEL, JR 1976, pp. 248 ss., 250; 1989 (1995), § 40/48, § 45/101, llama a estos supuestos «delitos con distancia» (*Distanzdelikte*); siguiéndole REYES ALVARADO, 2014, pp. 486 ss.; 2016, pp. 476 ss., aunque traduce el término alemán como «delitos a distancia».

ésta caiga en su ámbito de influencia²¹ (¡o sea, que se exige la terminación o finalización de la ejecución desde cualquier perspectiva imaginable!); ni por qué, si en la tentativa inacabada basta para el comienzo un inicio de ejecución, es decir un acto inmediatamente próximo al acto propiamente típico, al primer acto parcial de realización típica y con eso ya es suficiente para entender rebasada la mera preparación, en la tentativa acabada para su comienzo no sólo no bastaría el acto inmediatamente anterior al primer acto típico, sino ni siquiera la realización completa de ese acto inequívocamente típico si no se dan otros requisitos adicionales, distintos según las diversas posiciones.

3) Explicación: según las posiciones criticadas, antes hay aún control como en la preparación y necesidad de intervención aún de otra persona

Para sostener estas posiciones ha pesado a mi juicio precisamente esa circunstancia de que el acto del agente que va a producir el resultado *aún tardará un cierto tiempo*, a veces bastante tiempo en producirlo, incluso *necesitando a veces* que lo facilite *otra intervención inconsciente* (la causación de la muerte o lesiones por la ingestión de la comida o bebida envenenada, por llegar alguna persona allí en el momento de explosión del artefacto con temporizador, la recepción y lectura por la víctima de la carta amenazante o calumniosa...), y sobre todo que en ese lapso de tiempo *el agente puede fácilmente, sin que se sepa, anular, revocar su acto*²² quedando todo como antes. Y por eso en los supuestos de intentar el resultado con un solo acto pero de efecto no inmediato, sino diferido un cierto tiempo hasta que vaya a alcanzar a la víctima, o hasta que otros sin consciencia de su contenido delictivo e incluso cumpliendo su función normal (de camarero o mesero que sirve el alimento o bebida envenenada, o de cartero que lleva la carta amenazante o difamante al destinatario) lo lleven hasta la víctima, o incluso hasta que ésta inconscientemente entre en el radio de eficacia del acto lesivo, como el autor aún tiene durante un tiempo

²¹ Igual crítica a la posición de Roxin (y otras) hace MIR PUIG, 2015, nm. 14/74 ss., en relación con el comienzo de la tentativa del autor mediato, incluyendo los casos en que la propia víctima como en el caso de la sopa opera como instrumento, sosteniendo que la tentativa debe empezar cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento; así dice Mir en nm. 14/74 que aunque la mujer que envenena la sopa se quede observando los hechos por si es necesario asegurar activamente el resultado, «no por eso habrá dejado de finalizar su intervención ejecutiva al dejar dispuesta la sopa si no resulta precisa su ulterior intervención: sólo el marido habrá realizado los actos consumativos decisivos»; y en nm. 14/75: «si la mujer terminó su parte de ejecución al dejar la sopa, no puede empezar después la fase ejecutiva».

²² JAKOBS, 1991 (1997), nms. 25/72-75, 21/15, destaca reiteradamente en estos casos la «posibilidad de revocación» o revocabilidad y el momento omisivo (no revocación) junto con el comisivo en esa tentativa acabada; siguiéndole REYES ALVARADO, 2014, pp. 486-497; 2016, pp. 476-486.

en sus manos el control real o potencial, retirando o anulando lo actuado hasta ese momento, estas diversas posiciones doctrinales (en la doctrina mayoritaria alemana y otros autores siguiéndola) que exigen más para el comienzo de ejecución que el simple inicio del acto de causación, que requieren como mínimo que el agente haya terminado toda su actuación, y otras posiciones más aún, que el curso causal haya escapado ya a su control o incluso que haya alcanzado la esfera de la víctima, lo están considerando un acto aún no inequívoco, un acto de mera preparación; consideran simple preparación el inicio de esa actuación, o incluso a todo el acto único que va a causar aunque más adelante el resultado, puesto que entienden que aún no ha comenzado la tentativa (y algunos incluso porque afirman que hasta que todo escapa al control del agente o hasta que el acto incide en la esfera de la víctima la situación para el autor es la misma que en un mero acto preparatorio²³).

4) Incorrección de tal fundamentación: poner en marcha un curso que avanza automáticamente hacia el resultado es un acto típico, aunque falte tiempo para el resultado y por ello iniciar la ejecución para ese acto típico, ha de ser comienzo de tentativa

Sin embargo, esto es totalmente incorrecto: Lo cierto es que en esos casos: 1.º) realizar una acción (como envenenar una comida o bebida que ingerirá otra persona, colocar un explosivo activando un mecanismo retardador, introducir en el buzón postal un escrito dirigido a otro con amenazas, chantaje o calumnias redactadas tiempo atrás o por otro) que ya determina forzosa (automáticamente) y positivamente que se ponga en marcha un curso causal que ya va, solo o uniéndose a la eficacia de otras circunstancias normales, hacia el resultado, con independencia de si luego tiene éxito o no y si por tanto lo consuma o no, *es sin duda alguna realizar una acción típica única de (intentar) producir un resultado*, un acto típico de (intentar) matar, lesionar, dañar, ame-

²³ Vid. *supra* en núm. 10 y su texto las afirmaciones de Roxin en este sentido: dado que el sujeto aún tiene bajo su custodia el objeto lesivo, no hay tentativa, «ya que el autor aún tiene en su mano el acontecimiento del mismo modo que en la preparación de una tentativa inacabada y el delito aún se encuentra en la etapa o estadio previo a la realización típica»; en el ejemplo de la sopa envenenada la mujer, hasta que aparece el marido, y éste toma la sopera se sirve la sopa, aún tiene el curso causal completamente bajo control, pues en cualquier momento puede, sin esfuerzo alguno y sin que se note, tirar la sopa, con el resultado de que, cuando aparezca el marido, nada habrá sucedido, de lo que se extrae la conclusión de que en estos supuestos sólo existirá un acto preparatorio mientras la víctima se halle todavía fuera de toda posibilidad de verse afectada por el medio del delito, «pues, aunque al autor le sería bastante con dejar que los acontecimientos siguiesen su curso, todavía tiene la marcha de las cosas en sus manos, exactamente igual que en una tentativa inacabada».

nazar o calumniar mediante un correo, etc.²⁴, puesto que tal acción es de autoría dolosa: hay dominio positivo del hecho basado en la determinación objetiva y positiva del curso causal. 2.º) Y a esa calificación de realización de la acción típica única *no obsta el que vaya a transcurrir aún un tiempo* hasta que se acerque al resultado –como no obsta a que sea un acto típico único de intentar matar el de poner a otro una inyección de una sustancia tóxica de capacidad letal, aunque vaya a tardar 24 horas o más en desplegar su efecto mortal–, tiempo durante el que el agente *podría intentar contrarrestar o anular activamente* su acto único (por cierto siendo preciso para impedir el resultado que el sujeto *contrarreste activamente* su acto típico único, como es propio de una tentativa acabada, y *no bastando el mero abandono o desistimiento pasivo*²⁵ como en un acto meramente preparatorio o en una tentativa inacabada, contra lo que se afirma en las posiciones criticadas: si el sujeto ha envenenado la sopa o la bebida que más adelante otro tomará o ha colocado escondida y activado la bomba con temporizador, y a continuación no hace nada más, el curso causal seguirá avanzando hacia el resultado), ni el que aún sea precisa la colaboración inconsciente de terceros o de la víctima para exponerse al alcance e incidencia lesiva del acto. 3.º) Pero además es *equivocado*, por ser *contradictorio con el plan y el intento delictivo* del autor, el argumento de que, si falta tiempo para producirse el resultado, el sujeto *aún tiene el control* del acontecimiento hasta no ha escapado de su mano el curso de los hechos (por marcharse él o porque llega la víctima al punto donde le va a afectar el curso lesivo): con esa forma de expresión se está *confundiendo el control o dominio positivo, para producir el resultado* dañoso, que es el que ha de tener la acción típica (de

²⁴ Para su consideración y calificación social y normativa como acto típico único o acción típica única de intento de causar el resultado es indiferente si tal acto consta de un único movimiento, como verter el veneno en el plato de sopa o comida o en la bebida que algún tiempo después tomará algún otro, activar el mecanismo de explosión retardada con temporizador que previamente otro ha instalado y colocado, echar al buzón la carta amenazante o calumniosa redactada por otro (lo que realmente siempre se compondrá de varios movimientos musculares consecutivos), o si en el acto con su sentido de intento de causar el resultado el último movimiento decisivo va unido a previos movimientos instrumentales, como colocar el explosivo y colocarle un temporizador inmediatamente antes de activarlo, o como introducir el sujeto en el sobre y poner el franqueo. En los supuestos de escritos amenazantes o calumniosos, para que se pueda hablar de un acto *único* de intentar amenazar o calumniar a otro enviando el escrito al destinatario, tendrá que tratarse de unas amenazas o calumnias redactadas por escrito hace tiempo por el sujeto, pero que no envió y ahora, tiempo después decide enviar por correo, o redactadas en otro momento por otra persona y que el sujeto, conociéndolo o de común acuerdo, decide enviar por correo o mensajería para que el destinatario reciba la amenaza o calumnia. Si es el mismo sujeto quien redacta el escrito para acto seguido enviarlo él mismo por correo, se tratará de (intento de) producir el resultado de conocimiento de la amenaza o difamación *mediante dos actos* sucesivos de significado diferente, escribir el texto y enviarlo, y no con un acto único.

²⁵ Destacando igualmente ambas cosas CUELLO CONTRERAS, 2009, nm. XIII/164, p. 91, para afirmar el comienzo de la tentativa acabada por mucho que el agente podría retirar la bebida envenenada.

tentativa y hasta la consumación, control que lo tuvo el sujeto al principio, al poner en marcha el curso causal que ahora ya opera por sí solo), con un *hipotético y potencial control negativo, de intentar impedir el resultado*, y además no pasivamente, sino contrarrestando activamente el curso causal ya operante: y se dice que el autor aún tiene en sus manos el control (negativo y potencial) del hecho, como si fuera lo normal que el delincuente cambie de opinión e intente impedir el resultado, ¡cuando salvo casos excepcionales de desistimiento el agente precisamente no quiere impedirlo, sino que se produzca el resultado que pretende conseguir con su intento doloso, es decir cuando no quiere para nada intentar ejercer un potencial control negativo de los hechos! 4.º) Si esto es así, *iniciar la ejecución de ese acto típico único ha de ser, como en cualquier delito*²⁶, iniciar, comenzar a ejecutar para intentar la realización de ese acto típico único de causación del resultado: ya sea –para la concepción aquí mantenida– disponiéndose inmediatamente a ello, o sea, con la conducta inmediatamente precedente y unida al propio acto típico, o, para la concepción más restrictiva, iniciando el primer movimiento del propio acto típico único.

5) Comparación con la tentativa de delito puro de resultado mediante varios actos

La conclusión obtenida se refuerza aún más si *se observa y compara* con lo que ocurre si se trata de la *tentativa* de un *delito resultativo o de causación que el sujeto elige producirla mediante varios actos*, como puede ser querer matar a otro asestándole múltiples cuchilladas o disparándole todo un cargador en diversas zonas del cuerpo hasta que muera desangrado o por el efecto acumulado de todas las heridas, o querer envenenar a otra persona pero no con una sola dosis mortal sino poniendo pequeñas dosis sucesivas en su comida o be-

²⁶ También REYES ALVARADO, 2014, p. 486; 2016, pp. 475 ss., 485, mantiene que no hay que aplicar criterios distintos de los generales para el inicio de esta tentativa con distancia temporal o posibilidad de revocación, pero su criterio general es distinto del aquí mantenido: que la conducta sea ya peligrosa *ex ante*, que pueda ser apreciada como probabilísticamente apta para producir el resultado buscado, y por eso (a diferencia de mi criterio: *infra* I.2 c) en el caso de la cena envenenada opina (pp. 496/485 ss.) que sólo habrá tentativa cuando la mujer al final pone los alimentos a disposición del marido, pero «verter veneno en una comida y observarla durante horas no puede ser externamente apreciado como una conducta capaz de generar (con alto grado de probabilidad) la muerte» (con lo que está admitiendo en este caso los criterios alternativos de Roxin para el comienzo de esta tentativa acabada: o que el autor abandone y deje escapar de su control el curso causal o que éste incida ya en la víctima). Por el contrario, creo que envenenar el alimento en el recipiente del que horas después –tras calentarlo en su caso– seguro se servirá la víctima, por mucho que la autora no haya abandonado el lugar y esté allí presente mirando lo que sucede sin tener nada más que hacer, sí es una conducta capaz de generar por sí sola muy probablemente la muerte y por ello ya un acto típico resultativo.

bida durante varios días hasta que surtan efecto mortal, ejemplos que pueden servir igual si el autor actúa con intención de causar lesiones muy graves en determinados órganos a la víctima (y en todos los ejemplos expuestos el autor puede dejarlo al final cuando cree que su intento va a tener éxito y puede ocurrir efectivamente que esas tentativas acaben en consumación o bien que pese a todo fracasen gracias a la eficaz intervención salvadora de terceros que logra impedir la muerte o las lesiones gravísimas pretendidas). En dichos supuestos de tentativas de varios actos sucede lo siguiente:

En las «tentativas de causación con varios actos» los primeros actos parciales efectuados por el autor –inmediatamente a continuación del inicio de ejecución, del disponerse inmediatamente a efectuar el primer acto parcial–, o sea las primeras cuchilladas o disparos o el primer envenenamiento parcial del alimento o bebida que ingiere la víctima, son ya sin duda «actos típicos parciales» de homicidio en sentido amplio o de lesiones graves, porque suponen la directa e intencional realización de actos que unidos a otros tienen capacidad mortal o lesiva grave puesta en marcha y por ello ponen en marcha y determinan objetiva y positivamente, aún más, con el dolo y el plan del autor dominan, el curso causal de un hecho que unido a los siguientes actos parciales se encamina a producir la muerte o las lesiones graves. Como actos de realización típica parcial son indudables actos de tentativa –aquí inacabada– aunque el curso del hecho aún no haya escapado a o se haya independizado del control positivo del autor, es decir, aunque tal acto parcial aún no sea decisivo, esto es, que en sí mismo implica ya peligro, pero menor que el del acto de ejecución única y en principio (casi) seguro ya por sí solo. Y por las razones expuestas, ya antes de este primer acto típico hay «comienzo de ejecución y por eso también tentativa» (*inacabada*) con el «disponerse inequívoca e inmediatamente a efectuar el primer acto típico» parcial «pese a que el mismo aún no va a ser por sí solo decisivo»; o sea en nuestros ejemplos hay comienzo de tentativa inacabada con el acto de empuñar o blandir el arma blanca para lanzarse contra el otro a dar el primer golpe, o con el acto de apuntar para hacer el primer disparo acto seguido, o con el disponerse a echar la primera dosis tóxica en la bebida o comida que inmediatamente se va a servir. Y téngase en cuenta que en todos estos supuestos la tentativa, que aún es inacabada con la realización de los primeros actos parciales, llega un momento que se convierte en acabada cuando según el plan del autor (enjuiciado objetivamente si se añade este baremo) la suma de actos parciales de cuchilladas, hachazos, disparos o dosis de veneno suministradas parece que por sí sola ya va a ser suficientemente peligrosa para producir el resultado buscado de muerte o lesiones y por eso el autor ya no realiza más actos

ejecutivos: «tentativa acabada mediante diversos actos parciales» de realización del tipo (tentativa que «inicialmente era inacabada»).

6) Estructura similar, pero no idéntica a la tentativa en la autoría mediata

Antes de concluir definitivamente mi toma de posición, hay que examinar por un momento nuevamente si no se opondrá a ella el argumento de que no puede ser igual al de la tentativa inacabada el momento del inicio de ejecución en la acabada, dado que la tentativa acabada, en que la propia víctima se expone inconscientemente al curso lesivo (toma la sopa o la bebida envenenada, abre y lee el correo amenazador o difamatorio) y por ello opera de modo inconsciente como instrumento del autor contra sí mismo, presenta un paralelismo estructural, incluso identidad estructural para algunos, con la autoría mediata²⁷ y en ella para el inicio de la tentativa no basta con el acto del agente, sino que es precisa además la actuación no libre o errónea del instrumento. Esta objeción se puede rechazar perfectamente: En efecto, en primer lugar, aunque hay cierto paralelismo, no hay identidad estructural entre la tentativa en la autoría mediata y la tentativa acabada de un delito puro de resultado, no sólo porque en esa tentativa acabada hay únicamente relación bilateral autor-sujeto pasivo y en la de autoría mediata relación trilateral autor-mediador/instrumento-sujeto pasivo, sino además porque por eso mismo en la citada tentativa acabada la operatividad del inicio del acto del agente sobre el curso del acontecimiento hacia la víctima es automática, mecánica, lo que no siempre ocurre en la autoría mediata con la necesaria intervención del instrumento humano, que, aun no siendo plenamente responsable (consciente o libre), podría no seguir automáticamente lo pretendido por el autor mediato, sobre todo si la actuación del instrumento va a ser tiempo después y podría cambiar de opinión y no seguir lo indicado por el sujeto de atrás; y en tal caso, como veremos *infra* II.4.a 3) con más detalle, ello podría justificar en algunos de estos supuestos de

²⁷ Las opiniones sobre si el paralelismo entre ambas es sólo similitud o identidad están divididas. Admitiendo solamente similitud, entre otros muchos ROXIN, 2003 (2014), § 29/192, 226, estructura similar: pero recalca en 192: similitud, estructura similar (así también BGHSt 43, p. 180), que se corresponde en buena medida a la de la autoría mediata, pero no es idéntico porque aquí hay relación bilateral autor-víctima, mientras que en los casos comunes de autoría mediata hay relación trilateral –autor-mediador-víctima–, y por eso las soluciones son distintas; igual JOECKS/JÄGER, 2018, § 25/73 ss., y RENGIER, 2020, § 34/54. Totalmente en contra, ponen en cuestión tal equiparación DERKSEN, GA, 1998, p. 601; WOLTERS, NJW 1998, p. 578; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, 2019, § 22/42 (i.f.): cuestionable que haya un suficiente parentesco estructural. Consideran en cambio que estructuralmente concurre un caso de autoría mediata MIR PUIG, 2015, nms. 14/72 ss.; FISCHER, 2017, § 22/28; JÄGER, 2017, § 22/40; BGH, NStZ 2001, pp. 475 ss.; KINDHÄUSER, 2015, 2017, § 39/60-64; sosteniendo que hay una simetría estructural entre ambas AL-CÁCER, 2001, pp. 116 ss.; DEMETRIO CRESPO, 2003, p. 104.

amplia distancia temporal hasta la actuación del instrumento que el comienzo de la tentativa el comienzo de la ejecución se posponga hasta inmediatamente antes de la actuación del instrumento/mediador, lo que no sucede ante el automatismo del curso causal creado por el inicio de la tentativa acabada de delito puro de resultado. Pero, en segundo lugar, aquella objeción choca con el dato de que, como asimismo veremos *infra* II. 4.a 2) y 4), en muchas hipótesis de autoría mediata, tanto en las de efecto inmediato de la actuación del sujeto de atrás sobre el instrumento como en algunas de efecto diferido temporalmente, el comienzo de la tentativa ha de situarse precisamente al inicio de la actuación del autor, exactamente igual que sucede en el inicio de esta tentativa acabada.

7) Conclusión: el comienzo de esta tentativa es, como siempre, disponerse de modo inmediato e inequívoco a realizar el acto típico único de causación diferida del resultado

Pues bien, exactamente igual que sucede en la tentativa inacabada (de varios actos según el concreto plan del autor), como son los supuestos vistos, también y con mayor razón aún en los supuestos de tentativa acabada de un delito puro de resultado que el autor va a intentar producir mediante un acto con esa cualidad determinante ya por sí solo y por ello más seguro, más peligroso que el primer acto típico parcial en la tentativa inacabada, el inicio o comienzo de la ejecución se produce *ya con el acto ininterrumpida e inmediatamente anterior a la realización de ese acto único igualmente típico*²⁸, *pero más decisivo y eficaz aún* que en las otras hipótesis cada acto parcial, el cual necesita agregarse a otros actos parciales sucesivos para lograr en su suma la

²⁸ Igualmente MAURACH/GÖSSEL, 1989 (1995), § 40/48, sostienen para estos supuestos de «delitos con distancia» la aplicación del criterio de la inmediatez de la acción o «teoría del acto parcial», según lo cual se inicia el estadio de tentativa con la conducta inmediatamente antes de la propia acción típica, pero no separada de ella por ningunos ulteriores actos parciales, inicio que por ello no requiere ni una conexión o unión temporal ni una conexión o unión espacial y temporal, que precisamente no existe en los delitos con distancia. También FRISTER, 2013, 2020, nms. 23/28 ss., mantiene que en los delitos de resultado, aunque éste dependa de la colaboración inconsciente de otro o de la víctima, para el comienzo de la tentativa sólo cuenta cuándo el autor se dispone inmediatamente a realizar la resolución al hecho, y lo aplica (nm. 23/29) al caso «*Bärwurz-Fall*» de la botella de aguardiente envenenado; igualmente HILLENKAMP, 2013, § 22/134 ss., sostiene que el inicio en la tentativa acabada ha de ser, igual que en cualquier tentativa, la aplicación de la fórmula del disponerse a, pero la aplica (§ 22/135) siguiendo su «teoría modificada del acto parcial», que requiere inmediatez de la acción de ejecución y peligro de realización del tipo, lo que le lleva a conclusiones diferentes de las aquí sostenidas. En la doctrina española CUELLO CONTRERAS, 2009, XIII/164, p. 91, mantiene que en el caso de envenenar en el frigorífico la bebida que la cónyuge tomara días después al regresar de viaje, ya hay comienzo de actos claramente ejecutivos con el suministro de la dosis de veneno, pero realmente no dice que no pueda comenzar inmediatamente antes la tentativa, y en efecto más adelante: XIII/179, p. 96, parece inclinarse de modo general como comienzo de ejecución por el criterio de los actos inmediatamente anteriores a los claramente típicos.

misma eficacia buscada que la que tiene aquí el acto único: Por consiguiente, tanto la interpretación sistemática como la teleológica y axiológica que se desprenden de la comparación con la realización típica parcial en varios actos (tentativa inacabada en el primero) llevan a la conclusión de que en la tentativa acabada con un acto único de causación del resultado el inicio de la tentativa se produce por supuesto en cuanto *el autor se dispone de modo inequívoco (unívoco) e ininterrumpido a realizar inmediatamente ese acto único mucho más peligroso, determinante del curso del hecho* (de modo que al término del acto el curso del hecho ya se encamina independientemente al resultado), y no precisa para nada que el autor finalice su actuación, ni que el curso del hecho haya escapado a su control ni que la víctima haya entrado en el campo de incidencia del acto.

c) Aplicación a casos

Es decir, en los *ejemplos* que estamos manejando, si se mantiene el criterio aquí defendido del disponerse inmediata e inequívocamente a realizar el acto típico, el inicio de ejecución de la tentativa, si los movimientos van a ser todo seguidos y ponen en marcha un curso necesario del acontecimiento hacia el resultado, ha de ser: en el envenenamiento de la comida o bebida que tomará otra persona, el tomar el recipiente del veneno para a continuación verter o inyectar gotas o sustancia en la sopa, el alimento o la bebida que forzosa, necesariamente se consumirá tiempo después, o porque la propia víctima va a ingerir inconsciente ese alimento o líquido envenenado que el autor le deja donde seguro lo tomará (y ahí es irrelevante si ello será de inmediato o aún pasarán horas, y si el autor se ha marchado o, si tras colocar el recipiente, plato o vaso donde seguro va a ser recogido y sin tener por tanto que hacer él nada más, se queda presente para contemplar cómo la víctima toma la comida o la bebida) o porque una persona de servicio, también inconsciente del veneno, le va a llevar el plato o la bebida a la víctima; en el del explosivo, que el sujeto se disponga a colocarlo oculto y con el temporizador, para acto seguido activar el temporizador, o a la inversa, que comience a activar el temporizador para inmediatamente a continuación colocar oculto el explosivo con ese temporizador adosado; en el de las amenazas o calumnias por correo, que el agente meta en el sobre franqueado el escrito redactado por otro o tiempo atrás sin enviar por él mismo si acto seguido va a echarlo en un buzón próximo o va a entregarlo y pagar en un servicio de mensajería (aunque otra interpretación más estricta dirá que el acto de disponerse inmediatamente anterior a mandar el envío es el acercarse ya sobre en mano al buzón o a entregarlo al servicio de mensajería). Y si se prefi-

riera el criterio más restrictivo del comienzo del propio acto típico, el inicio de ejecución será el de realizar ya el primer movimiento del acto típico único: en el envenenamiento comenzar a verter o inyectar en el líquido o alimento la primera gota o porción del veneno, en el caso del explosivo, una vez colocado oculto comenzar a activar el mecanismo del temporizador o, si éste estaba ya activado, empezar a colocar oculto el explosivo con el temporizador adosado, y en el del escrito amenazante o difamatorio, el primer movimiento de acercar el sobre con el escrito a la abertura del buzón o de entregarlo al encargado de la oficina de correos o mensajería. Pero el inicio de ejecución no puede ser el haber realizado ya todo el acto típico único, ni aún menos el que tras ello el agente haya dejado escapar el curso del hecho a su dominio o control ni que la acción incida ya sobre la esfera de la víctima, es decir, circunstancias posteriores o muy posteriores al comienzo del acto típico²⁹.

II. DEDICATORIA

En la culminación de su vida académica en activo, le dedico este trabajo mío con el mayor gusto a mi queridísimo amigo el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos, uno de los mejores penalistas españoles, a quien conocí a fondo y pude valorar su inmensa inteligencia y bonhomía desde que, en octubre de 1978, hace ya casi medio siglo, yo me incorporé a mi plaza de prof. adjunto en el Departamento de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid y él comenzaba allí como doctorando bajo la dirección de su maestro el Prof. Dr. Rodríguez Mourullo, y con nuestras frecuentes charlas y encuentros de inmediato surgió entre nosotros una estrecha corriente de simpatía, aprecio y afecto mutuos. Desde entonces hemos mantenido una constante relación de amistad y colaboración, participando él siempre en los restringidos Seminarios interuniversitarios anuales de nuestra escuela en Alcalá e integrándose como patrono en nuestra Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP) y siendo ponente en los sucesivos congresos internacionales de la FICP. Y desde entonces no han hecho sino aumentar mi cariño y admiración hacia él.

Te deseo de corazón, querido Enrique, que los juristas, los penalistas y tus amigos podamos seguir por muchos años disfrutando de tus aportaciones y tu inestimable presencia.

²⁹ *Vid.* además todo lo que he expuesto *supra* en núm. 24 sobre cuándo hay acto típico único o actos sucesivos en estos supuestos sus posibles variantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: *Los grados de realización del delito*, en Derecho penal. Parte general, Madrid, 2.^a ed., 2016, pp. 187-207.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001.
- ANTOLISEI, Francesco/CONTI, Guido: *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milán, 12.^a ed., 2001 a 16.^a ed., 2003.
- BACIGALUPO, Enrique: *Principios de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 5.^a ed., 1998.
- BETTIOL, Giuseppe: *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 6.^a ed., 1966 a 11.^a ed., 1982.
- BETTIOL, Giuseppe/PETTOELLO MANTOVANI, Luciano: *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 12.^a ed., 1986.
- BLEI, Hermann: *Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht*, Juristische Arbeitsblätter, 1975, pp. 95 ss., 167 s., 233 ss., 319 ss.
- BOSCARELLI, Marco: *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1.^a ed., 1973 a 8.^a ed., 1994.
- BÖSE, Martin: *Der Beginn des beendeten Versuchs: Die Entscheidung des BGH zur «Giftfalle»*, Juristische Arbeitsblätter, 1999, pp. 342 ss.
- BURKHARDT, Björn: *Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug*, Juristische Schulung, 1983, pp. 426 ss.
- BUSATO, Paulo César: *Direito penal. Parte geral*, São Paulo, 3.^a ed., 2017.
- BUSCH, Wolfgang: *Kommentar zu § 43*, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin, 9.^a ed., pp. 1970-1974.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal. Parte general*, vol. III, Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 5.^a ed., 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Madrid, 17.^a ed., 1975 a 18.^a ed., 1981.
- *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Madrid, 17.^a ed., 1975 a 18.^a ed., 1981.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Madrid, 2009.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Granada, 2003.
- DERKSEN, Roland: *Tatentschluß und Versuchsbeginn bei der Förderung von nicht von Täter veranlaßten unbebussten fremden Selbstgefährdungen*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1998, pp. 592 ss.
- DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho penal. Parte general*, vol. VI, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010.
- ENGLÄNDER, Armin: *Der Versuchsbeginn bei der Elektrofall – BGH NStZ 2001*, 475, Juristische Schulung, 2003, pp. 330 ss.

- ERB, Volker: Versuchsbeginn bei zeitlich gestrecktem Ansetzen zur Tatbegehung, en Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2017, pp. 13 ss.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: Derecho penal fundamental vol. II, Bogotá, 1989.
- Derecho penal. Parte general, Bogotá, 2012.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo: Diritto penale. Parte generale, Bolonia, 1.^a ed., 1985 a 8.^a ed., 2019.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de: Direito penal. Parte geral, vol. I, Coimbra, 2.^a ed., 2007.
- IORE, Carlo/FIORE, Stefano: Diritto penale. Parte generale, Turín, 1.^a ed., 2005 a 6.^a ed., 2020.
- FISCHER, Thomas: *Kommentar zu § 22*, en Strafgesetzbuch. Kommentar, Múnich, 55.^a ed., 2008 a 70.^a ed., 2023.
- FRANK, Reinhard: § 43, en Strafgesetzbuch. Kommentar, Tubinga, 18.^a ed., 1931.
- FRISTER, Helmut: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Múnich 6.^a ed., 2013 a 9.^a ed., 2020.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás: *Lección 24. Las formas imperfectas de ejecución*, en Curso de Derecho penal. Parte general, Madrid, 3.^a ed., 2016, pp. 347-362.
- GIL GIL, Alicia: *Lección 13. Iter criminis*, en Curso de Derecho penal. Parte general, Madrid, 2.^a ed., 2015, pp. 321-351.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: Teoría Jurídica del Delito, Madrid, Civitas, 1984.
- GÖSSEL, Karl Heinz: *Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch – Anmerkung zu BGHSt 26, 202*, Juristische Rundschau, 1976, pp. 248 ss.
- §§ 40-41, en Maurach, Reinhart/Gössel, Karlheinz, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2, Heidelberg, 7.^a ed., 1989.
- HEINRICH, Bernd: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Múnich, 6.^a ed., 2019.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1973, pp. 89 ss.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, Juristische Schulung, 1985, pp. 1 ss.
- HILLENKAMP, Thomas: § 22, en Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlín 12.^a ed., 2013.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Múnich, 4.^a ed., 2023.
- JÄGER, Christian: § 22, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Colonia, 9.^a ed., 2017.
- JÄGER, Christian: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Heidelberg, 9.^a ed., 2019.
- JAKOBS, Günther: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlín, 2.^a ed., 1991 [trad. esp. Derecho penal. Parte general, Madrid, 1997].
- JESCHECK, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlín, 4.^a ed., 1988 [trad. esp. Tratado de Derecho penal. Parte general, Granada, 1981].
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlín, 5.^a ed., 1996 [trad. esp. Tratado de Derecho penal. Parte general, Granada, 2002].
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: Tratado de Derecho penal, t. VII, Buenos Aires, 2.^a ed., 1977.

- JIMÉNEZ DÍAZ, María José: *Artículo 16*, en Comentarios al Código Penal, t. I, Madrid, 1999, pp. 779 ss.
- JOECKS, Wolfgang/JÄGER, Christian: § 25, en Strafgesetzbuch. Studienkommentar, München, 12.^a ed., 2018.
- KINDHÄUSER, Urs: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 7.^a ed., 2015 a 8.^a ed., 2017.
- KÖHLER, Michael: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin, 1997.
- KRATZSCH, Dieter: *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22. StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?*, Juristische Arbeitsblätter, 1983, pp. 420 ss., 578 ss.
- KRELL, Peter: *Betrugsschaden und Versuchsbeginn bei Abo-Fallen im Internet*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2019, pp. 62 ss.
- KUDLICH, Hans: *Ein Schnäpschen in Ehren – die Giffalle des Apothekers*, Juristische Schulung, 1998, pp. 596 ss.
- KÜHL, Kristian: Strafrecht. Allgemeiner Teil, München, 8.^a ed., 2017.
- LANDECHO VELASCO, Carlos/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: Derecho penal español. Parte general, Madrid, 2020.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: Tratado de Derecho penal. Parte general, Madrid, 2010.
- LUZÓN CUESTA, José María: Compendio de Derecho penal. Parte general, Madrid, 27.^a ed., 2022.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto penale. Parte generale, Padova, 9.^a ed., 2015.
- MAÑALICH, Juan Pablo: *Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del artículo 7.º, inc. 3.º, del Código Penal chileno*, Revista de Derecho, núm. 28, 2021.
- MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio/GATTA, Gian Luigi: Diritto penale. Parte generale, Milán, 11.^a ed., 2022.
- MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 2, Heidelberg, 7.^a ed., 1989 [trad. esp. Derecho penal. Parte general, Granada, 1995].
- MEYER, Jürgen: *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 87, 1975, pp. 598 ss.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, Barcelona, 10.^a ed., 2015.
- MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2022.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa: Tentativa de delito y delito irreal, Valencia, 1999.
- *Tema 22. El iter criminis*, en Derecho penal. Parte general, Madrid, 2002, pp. 379-395.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: Sistema de Derecho penal. Parte general, Madrid, Tecnos, 2018.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal. Parte general, Valencia, 11.^a ed., 2022.
- MURMANN, Uwe: Versuchsunrecht und Rücktritt, Tubinga, 1999.

- NÁQUIRA, Jaime: Derecho penal chileno. Parte general, vol. II, Santiago de Chile, 2017.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2.^a ed., 1986.
- ONTIVEROS, Miguel: Derecho penal. Parte general, Ciudad de México, 2017.
- OTTO, Harro: *Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (1. u. 2. Teil)*, Juristische Arbeitsblätter, 1980, pp. 641 ss., 707 ss
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlín, 7.^a ed., 2004.
- *Anmerkung zu BGH 43, 177*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1998, pp. 243 ss.
- PETRINI, Davide: *Capitolo XXIII. Delito Tentato*, en Manuale di diritto penale. Parte generale, Milán, 1.^a ed., 2013 a 4.^a ed., 2023,
- POLAINO NAVARRETE, Miguel: Artículo 16, en Comentarios al Código Penal, t. I, Madrid, 1999, pp. 813 ss.
- Lecciones de Derecho penal. Parte general, vol. II, Madrid, 2.^a ed., 2016.
- PUPPE, Ingeborg: *Grundzüge der actio libera in causa*, Juristische Schulung, 1980, pp. 346 ss.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. II, Baden-Baden, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín: Derecho penal. Parte general, Cizur Menor, 5.^a ed., 2015.
- REALE JR., Miguel: Direito penal. Parte geral, São Paulo, 4.^a ed., 2013.
- RENGIER, Rudolf: Strafrecht. Allgemeiner Teil, München, 12.^a ed., 2020.
- REYES ALVARADO, Yesid: El delito de tentativa, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.
- El delito de tentativa, Montevideo–Buenos Aires, 2016.
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho penal. Parte general, Madrid, 18.^a ed., 1995.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: Compendio de Derecho penal. Parte general, Madrid, 4.^a ed., 1998.
- ROXIN, Claus: *Der Anfang des beendeten Versuchs*, en Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, pp. 213 ss.
- *Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, Juristische Schulung, 1979, pp. 1 ss.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. II, München, 2003 [trad. esp. Derecho penal. Parte general, t. II, Madrid, 2014].
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: §§ 22-23, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Colonia, 2.^a ed., 1977 a 6.^a ed., 1993.
- RUSCONI, Maximiliano A.: Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 3.^a ed., 2016.
- SAINZ CANTERO, José Antonio: Lecciones de Derecho penal. Parte general, Madrid, 3.^a ed., 1990.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tübinga, 1970.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tübinga, 2.^a ed., 1975.

- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/ESER, Albin: Strafgesetzbuch. Kommentar, München, 18.^a ed., 1975 a 28.^a ed., 2010.
- Strafgesetzbuch. Kommentar, München, 30.^a ed., 2019.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: Strafrecht. Allgemeiner Teil, vol. I, Berna, 6.^a ed., 2010.
- TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas: §§ 22-24, en Strafgesetzbuch. Kommentar, München, 49.^a ed., 1999 a 54.^a ed., 2007.
- VEHLING, Michael: Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Francfort del Meno, 1991.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: Manual de Derecho penal. Parte general, Bogotá, 4.^a ed., 2010.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Derecho penal. Parte general, Lima, 2006.
- VOGLER, Theo: §§ 22-24, en Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlín, 10.^a ed., 1985.
- *Der Beginn des Versuchs*, en Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg, Müller, 1993, pp. 285 ss.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Heidelberg, 23.^a ed., 1993 a 40.^a ed., 2010.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Heidelberg, 41.^a ed., 2010 a 54.^a ed., 2024.
- WOLTERS, Gereon: *Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbst schädigenden Tatmittels*, Neue Juristische Wochenschrift, 1998, pp. 578 ss.
- ZACZYK, Rainer: Das Unrecht der versuchten Tat, Berlín, 1989.
- § 22, en Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden-Baden, 5.^a ed., 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho penal, t. IV, Buenos Aires, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro: Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 2.^a ed., 2002.
- ZAMBRANO, Alfonso: Derecho penal. Parte general, Bogotá, 2017.

13. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO, DIEZ AÑOS DESPUÉS

CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Académica de número de la RAJyLE

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de responsabilidad es convocar a la reflexión sobre lo bueno y lo mejor, sobre la mejor manera de actuar y sobre lo que los griegos llamaban «virtud». Aplicada la noción a las personas jurídicas, impone una reflexión sobre los fundamentos éticos del quehacer empresarial y sobre su aplicación a la realidad negocial y económica.

En un sistema capitalista de libre mercado, Milton Friedman afirmó que la única responsabilidad social de la empresa es ganar dinero, pero es dudoso que este enunciado haya sido realmente válido alguna vez ante los apremios de los trabajadores, la emergencia de los derechos sociales, la evolución de los mercados... El capitalismo es consciente de su necesidad de contar con una estructura motivación más compleja que la pura maximización del beneficio¹. Adela Cortina, parafrasea a Kant al afirmar que «la ética es el mejor negocio»². Efectivamente, la reputación corporativa es hoy recurso intangible que posibi-

¹ SEN, 2020.

² CORTINA ORTS, 2025.

lita el beneficio en todas las áreas de una organización³. En otras palabras, la *business ethics* se basa en la moral del interés bien concebido: «no es la consagración de la ética, sino su instrumentalización utilitarista en el mundo de los negocios»⁴.

En EEUU, Howard Bowen definió en 1953 la responsabilidad social corporativa como «las obligaciones de los empresarios para impulsar políticas corporativas, tomar decisiones o seguir líneas de acción que son deseables en términos de los objetivos y valores de la sociedad». En 1987, el 75% de las 300 mayores empresas poseían códigos internos de conducta como impulso de los comportamientos éticos y más como vectores de adhesión y dinamización de los empleados que como imperativos incondicionales. Tras el impacto del caso «Watergate», la *Foreign Corrupt Practices Act*, una de las primeras prohibiciones de prácticas de corrupción, innova el «Oficial de Cumplimiento», como figura de control y prevención de prácticas ilícitas. La ley *Sarbanes-Oxley* de 2002 dio un gran paso al reformar las reglas de contabilidad empresarial para proteger a los inversores.

En el ámbito europeo también se han generalizado los programas de cumplimiento, al hilo de resoluciones judiciales como la dictada en 2013 por el Tribunal Regional de Munich I en el caso *Siemens*, seguido por sobornos a autoridades para conseguir contratos internacionales sin cumplir con los requisitos legales. Esta sentencia constituye un sólido referente jurisprudencial e incorpora un repertorio de las condiciones mínimas que debería cumplir todo programa.

En nuestro ordenamiento, la responsabilidad social corporativa se gestó a finales del siglo pasado, en el contexto de la función social de la propiedad (de una empresa). La noción se ha integrado luego en la denominada cultura de cumplimiento que impone obligaciones de prevención de delitos en los diversos ámbitos de actividad económica, mediante normas de Derecho positivo y obligado cumplimiento (*hard law*), pero también mediante estándares, recomendaciones, guías o buenas prácticas (*soft law*) que informan el desenvolvimiento correcto de un determinado sector y son voluntariamente asumidos por las empresas en refuerzo de su imagen y reputación.

En uno y otro modelo late la fe en la eficacia de los valores, la responsabilización y la implicación del personal mediante una vía «cultural» distinta de

³ Una encuesta elaborada a nivel mundial por Deloitte, en 2014 sobre Riesgos Estratégicos, puso de relieve que para directivos de todo el mundo el riesgo estratégico más importante es el riesgo reputacional. Un 88% de los encuestados manifestó estar centrado en la gestión del riesgo reputacional de su organización como desafío clave del negocio.

⁴ LIPOVETSKY, 1994, pp. 167 ss.

la lógica empresarial tradicional. La nueva ética de los negocios es aproximativa y rectificadora, un aspecto más del proceso de secularización de la moral; un fenómeno que restablece menos la moral tradicional que la tradición democrática aplicada al campo empresarial.⁵ Nuevos valores y estándares se reincorporan a la gestión empresarial mediante un cambio esencial: la ética pasa de ser un fin ideal a ser instrumento económico de gestión y garantía reputacional. Se rearma moralmente a directivos y empleados transformando el espíritu de liderazgo con la implementación de estándares, directrices o repertorios de buenas prácticas, normalmente elaboradas por una institución de prestigio en el sector al que dichas prácticas se refieren para configurar modelos genéricos o específicos de cumplimiento normativo.

Tales pautas son normas ordinariamente voluntarias, con una textura jurídica abierta que admite un amplio margen de flexibilidad e integración y carentes de previsión en caso de incumplimiento. Como su fundamento es ético, en su configuración es determinante la presión social y política sobre aspectos de un interés social que bascula progresivamente hacia el ámbito de lo jurídico y lo vinculante. Merced a esta presión social se ha instalado la idea de que las empresas tienen obligaciones no sólo hacia sus accionistas sino hacia la sociedad en general por lo que han de autorreformular sus principios y las prácticas de actuación. La extensión de estos criterios al sector financiero y a las empresas, convierte la responsabilidad social corporativa en uno de los objetos más reclamados de la empresa en general. El Código de Buen Gobierno, aprobado por la CNMV el 18 de febrero de 2015 y revisado en junio de 2020, proclama como uno de sus principios (24) que *la sociedad promoverá una política adecuada en materias medioambientales y sociales, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente para su desarrollo, aplicación y resultados*.

Por su parte, la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020, incluía 60 medidas de fomento de prácticas responsables en las organizaciones públicas y en las grandes corporaciones privadas a fin de que impulsen la competitividad del país y la sostenibilidad de la economía y articulen una gestión responsable de los recursos, fomenten el empleo, la inversión socialmente responsable o protejan el medioambiente. En este contexto se multiplican los controles y los informes: Informe de la fundación Lealtad, Memorias de sostenibilidad del GRI (Global Reporting Initiative) o Auditorías éticas, como la de ETNOR ...

⁵ LIPOVETSKY, 1994.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En el proceso de armonización internacional del Derecho Penal, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el CP español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para aclarar el confuso modelo elegido entonces, la LO 1/2015 de reforma del CP, siguió las pautas que el Grupo de Trabajo de la OCDE plasmó en el informe correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento por España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobado en París el 17 de diciembre de 1997 y ratificado por España el 3 de enero de 2000⁶.

En su tenor literal el tipo sigue sin establecer una responsabilidad exactamente autónoma de la persona jurídica, pues continúa conectándola con la comisión de un delito por las personas físicas al disponer el artículo 31 bis que,

«las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) de los delitos cometidos [...] 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».

Se amplía el círculo de sujetos a las personas con mayores responsabilidades en la entidad, entre quienes están los que, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que encarna el «oficial de cumplimiento».

«b) De los delitos cometidos ... por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo 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».

Son los empleados indebidamente controlados por las personas con mayores responsabilidades en la entidad. Asimilados a estos deben considerarse

⁶ La cuarta ronda de evaluación se puso en marcha oficialmente en la Conferencia ministerial celebrada en París el 16 de marzo de 2016. Además, los representantes de los Estados parte en el Convenio y de otros Estados invitados firmaron la Declaración contra la Corrupción, en la que asumen el compromiso de mejorar la aplicación del Convenio y reforzar el cumplimiento de la normativa contra la corrupción internacional.

los autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el ámbito del dominio social de aquélla.

La anterior exigencia de que el autor del delito hubiera podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control», se suaviza en el requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». La necesidad de que el incumplimiento sea «grave», deja fuera del ámbito penal, sin perjuicio de responsabilidades civiles subsidiarias, las omisiones de vigilancia y control no graves que deberán corregirse vía administrativa o mercantil; pero en los casos de gravedad, puede provocar que no sólo se transfiera responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que el propio sujeto que incumplió gravemente deberes de control responda también por delito doloso, en comisión por omisión o gravemente imprudente. En tal caso, la responsabilidad de la persona jurídica procederá del delito cometido por el empleado indebidamente controlado.

En ambos casos, el delito ha de realizarse *en beneficio directo o indirecto* de la persona jurídica. La sustitución del anterior término «provecho» por beneficio directo o indirecto mantiene la naturaleza objetiva y tendencial de la acción, dirigida a conseguir un beneficio sin necesidad de que este se produzca realmente. Esta ampliación típica permite extender la responsabilidad a aquellas corporaciones cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos y, también, incluir beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes, y en general, todo tipo de beneficios estratégicos, ventajas competitivas, intangibles o reputacionales. Sólo quedarán excluidas aquellas conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar beneficios a la entidad.

Así pues, el artículo 31 bis del CP define el tipo de autor en las personas jurídicas señalando los presupuestos de atribución de la responsabilidad penal: un elemento nuclear positivo (un delito cometido por directivo o empleado del ente); un elemento normativo (que se trate de uno de los delitos en que está prevista esa posible responsabilidad); otro elemento accesorio pero imprescindible (el delito ha de haberse realizado en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica) y otro elemento negativo: ausencia de programa efectivo de prevención del delito.

Pero antes y después de la reforma, las personas jurídicas, –sigue diciendo el tipo– «serán responsables por los delitos cometidos por personas físicas». En ningún punto de la redacción legal se atribuye a la persona jurídica la comisión del delito; lo que se le atribuye es responsabilidad por el delito co-

metido por la correspondiente persona física, hecho que resulta ser el primer punto de conexión para la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, incluso cuando no se hubiere declarado la responsabilidad de la persona física. Pero es solo el primer presupuesto, no el único, ya que tal responsabilidad sólo puede ser declarada cuando concurren todos los elementos típicos establecidos en la ley y cuando todos y cada uno de ellos hayan sido objeto de debate y prueba en el juicio, tal como exigen las SSTS 949/2022, de 13 de diciembre y 836/2025, de 14 de octubre.

La Circular de la FGE 1/2016 de, 22 de enero sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del CP operada por LO 1/2015, entendió que la reforma mantenía el sistema vicarial de atribución de responsabilidad penal, si bien los matices introducidos avanzaban hacia una mayor autonomía. La responsabilidad de la persona jurídica convive con la de la persona física que realizó materialmente el delito, pero no de manera inevitable. Para empezar, la imputabilidad de la persona jurídica exige en ella misma unas determinadas condiciones objetivas, que la Circular denomina «sustrato material suficiente». Esta exigencia obliga a distinguir tres tipos de corporaciones a efectos penales conforme a criterios que fueron íntegramente asumidos por la STS 154/2016, de 29 de febrero: a) Aquellas que operan con normalidad en el mercado a las que se dirigen los modelos de organización y gestión, y que, mejor o peor organizadas son plenamente imputables; b) Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, mencionadas en la regla 2.^a del artículo 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales» y son también imputables; c) Las sociedades cuya actividad ilegal supera ampliamente a la legal, que resulta meramente residual y aparente. Son las sociedades pantallas o instrumentales, totalmente inimputables.

La Sala II del TS asumió desde el principio esta clasificación, pero concluye que la reforma de 2015 acaba con el sistema vicarial implantando el principio de autorresponsabilidad del que deriva la exigencia de que el relato de hechos probados refleje el comportamiento de la persona jurídica. Es la opción del legislador por un sistema de autorresponsabilidad, independiente de la responsabilidad penal de la persona física. Para la Sala II, los términos del artículo 31 bis CP definen el delito corporativo que –en palabras de la STS 836/2025, de 14 de octubre– en, sus diferentes versiones, consiste en la ausencia de un modelo de prevención y control eficaz. Como veremos, esta visión no está exenta de problemas.

III. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UN DEBATE ESTÉRIL

La STS 514/2015, de 2 de septiembre, abordó por primera vez esta cuestión sin llegar a un pronunciamiento determinante, aunque afirmara la vigencia del principio de culpabilidad. Más de lleno entró la STS 154/2016, de 29 de febrero, para apreciar una responsabilidad autónoma, basada en la previa comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización, pero también en la ausencia en la propia organización de medidas de control eficaces para prevenir y descubrir los delitos. El asunto examinado en esta STS 154/2016 no podía ser menos apropiado para el ejercicio de la función nomofiláctica: la empresa había sido condenada por delito de tráfico de estupefacientes y el objeto del debate casacional se ceñía a su derecho a la última palabra en el juicio oral. Pese a ello, la Sentencia ofrece una interpretación de diversas cuestiones que no habían sido suscitadas en el debate casacional. Por estas y otras razones, 7 de los 15 magistrados integrantes del Pleno, aun conformes con el fallo, suscribieron voto particular. Ciertamente, la limitación del *thema decidendi* del recurso en cuestión auguraba un futuro y más amplio debate en el seno de la Sala Segunda, como anunció poco después la STS 221/2016 de 9 de marzo.

Para los siete magistrados discrepantes de la STS 154/2016, la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin ser de índole objetiva, se basa en su culpabilidad —en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una ficción como es la persona jurídica—. Esa culpabilidad queda legalmente residenciada en el hecho de no prevenir, permitir o tolerar que sus representantes o empleados cometan un hecho delictivo en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la *culpa in vigilando* y la *culpa in eligendo* o, si se quiere profundizar más, la *culpa in constituendo* o la *culpa in instruendo*.

La sentencia mayoritaria, por el contrario, declara superado el régimen de responsabilidad objetiva y ubica la responsabilidad penal de la persona jurídica en la falta de control y de vigilancia. Este criterio ha sido sostenido con matices por la citada STS 221/2016, de 16 de marzo que proclama el delito corporativo afirmando que «[...] la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva». En el mismo sentido se han pronunciado las posteriores SSTS 516/2016, de 13 de junio, con

su Auto de aclaración (28 de junio de 2016); 827/2016, de 3 de noviembre; 121/2017, de 23 de febrero; 583/2017, de 19 de julio; 260/2017, de 6 de abril; 455/2017, de 21 de junio; 668/2017, de 11 de octubre de 2017 y 165/2020, de 19 de mayo.

Así, la constatación de la comisión del delito por la persona física es solo el presupuesto inicial de la responsabilidad de la persona jurídica a la que se exige el establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces para evitar la comisión de infracciones delictivas, de manera que se llega a afirmar que tal responsabilidad aparece ligada a lo que las SSTs 154/2016, de 29 de febrero y 668/2017, de 11 de octubre, denominan «[...] la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos».

Pero por mucho que se afirma la autorresponsabilidad, el artículo 31 bis CP no imputa a la persona jurídica un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las prevenciones y cautelas tendentes a prevenir la comisión de delitos que determinan su posición de garante legalmente establecida. No se trata, pues, de una imputación totalmente independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria para atribuir responsabilidad a la persona jurídica, en función del defecto estructural u organizativo interno que posibilita la comisión del delito, esto es, las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica (STS 123/2019 de 8 de marzo).

La STS 321/2023, de 9 de marzo rechazó que la responsabilidad penal de la persona jurídica absorba la de la persona física, al ser solo un complemento de esta que no puede sustituir ni absorber. Solo podría apreciar un indeseable *bis in idem* cuando la condena de la persona jurídica concurre con la de todas las personas físicas que la integran o con la de su único titular físico.

Es precisamente por esto que interesa a la persona jurídica la articulación de medidas o planes de cumplimiento normativo, con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, tanto como la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad o inevitabilidad del delito concreto imputado.

Así, además del hecho delictivo cometido por la persona física, el debate del juicio oral debe versar sobre si ese delito ha sido posible o favorecido por

la ausencia de cultura de cumplimiento en la estructura organizativa de la persona jurídica, evidencia en la insuficiencia de sus mecanismos de vigilancia y control o de las medidas concretas que hubieran podido actuar un control efectivo.

IV. VIRTUALIDAD EXONERADORA DE LOS PROGRAMAS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

El avance en el reconocimiento de la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica se contrarresta con la posibilidad de su exoneración, bajo determinadas condiciones, a través de los programas de organización y gestión que se regulan en los apartados 2,3, 4 y 5 del artículo 31 bis CP.

La exención de responsabilidad de la persona jurídica tiene condiciones diferentes según que el delito hubiera sido cometido por las personas mencionadas en el apartado a) o en el b) del artículo 31 bis.1 CP ⁷, siendo más amplio el marco de exoneración cuando el delito de la persona jurídica deriva de conductas de los subordinados. Esta diferencia de matiz no ha sido plasmada con claridad y requiere un análisis detenido.

La remisión a «las concretas circunstancias del caso» se efectúa sólo cuando el delito procede de empleados defectuosamente controlados [letra b) del artículo 31 bis 1]. Esto sugiere que la exención punitiva menos justificada cuando el delito procede del de administradores y directivos porque la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica es, en este caso, automática y

⁷ Si el delito hubiera sido cometido por las personas mencionadas en la letra a) la exención exige que:

El órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

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 o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. (Si se trata de personas jurídicas de pequeñas dimensiones –autorizadas para presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada–, estas funciones podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración)

Los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención

No se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

Si el delito hubiera sido cometido por las personas indicadas en la letra b), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

resulta más problemático eximirla bajo la invocación de una correcta organización societaria que, en definitiva, esas mismas personas encarnan.

En uno y otro caso, se discute la naturaleza de la exoneración legalmente prevista. El voto particular suscrito por 7 magistrados del Pleno en la STS 154/2016 ilustra la viveza de la discusión. Para la decisión mayoritaria la ausencia de herramientas de control idóneas y eficaces en el seno de la corporación es núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física. Con escasa fortuna y precisión, la sentencia afirma que se trata de «[...] un elemento del tipo, ya objetivo ya subjetivo [...]», de manera que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención y control, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa. Como elemento del tipo, precisa una prueba por parte de la acusación a la que correspondería acreditar dicha ausencia de programa o de eficacia en el modelo de organización y gestión.

No es necesario explicar que la estricta aplicación de este criterio equivale a vaciar de contenido la entonces recién estrenada responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tal vez por ello, el parecer disidente de la Sala Segunda propugnó una interpretación diferente, partiendo de la conexión entre el delito de la persona física y el de la persona jurídica para quien surge una responsabilidad que puede exonerarse si se acredita la implantación un adecuado modelo de organización y gestión. Esta construcción es puramente dogmática y no atiende a consideraciones procesales, pero no dispensa a la acusación de la carga de la prueba de lo que constituye su objeto (el delito cometido por la persona física y los presupuestos de atribución de responsabilidad a la persona jurídica), esto es, el delito corporativo con todos sus elementos pero remite a las reglas probatorias generales sobre la punibilidad y a sus causas de exclusión. Si los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operan a modo exención de la culpabilidad o de excusa absolutoria, la carga de la prueba de su existencia e idoneidad eximente corresponderá no tanto a la acusación como a la parte que pretende la exoneración.

La persona jurídica goza plenamente del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la CE, por lo que corresponde exclusivamente a la acusación la carga material de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal, pero ello no significa que el acusado, persona jurídica o física, quede exento de la carga de probar sus propias afirmaciones como afirman las SSTS 154 y 221 de 2016, pues ello equivaldría a la creación *extra legem* de un estatus procesal específico para las personas jurídicas.

Como regla general, es a quién afirma la realidad de un hecho positivo a quien corresponde su prueba, como también corresponde la prueba de los hechos impositivos a la parte que los sostiene. Del mismo modo, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad corresponde a quien las invoca. Si no se alega ni acredita la existencia y eficacia del programa, aunque tampoco lo haga la acusación, la deducción lógica es que no existió. La abulia indagatoria sobre este elemento negativo no permite presumir que toda persona jurídica tiene un programa eficaz y ajustado a las exigencias del CP; más bien mantiene en el observador la convicción de que la persona jurídica concretamente acusada, no lo tiene. Es por ello que los hechos impositivos o extintivos no están cubiertos por la presunción de inocencia ni por el principio *in dubio pro reo* al contrario de lo que ocurre con la mera negativa, porque cuando el acusado se limita a negar la imputaciones realizadas de contrario, no tiene que probar absolutamente nada y puede permanecer pasivo, por cuanto si la acusación no acredita los hechos constitutivos de su pretensión y no desvirtúa la presunción *iuris tantum* de inocencia, la sentencia debe ser absolutoria.

Pero cuando el acusado no se limita a negar los hechos que se le atribuyen, sino que proporciona una versión exculpatoria o coartada, es decir, un relato distinto e incompatible con el de la acusación, no cabe imponer a la parte contraria una *probatio diabólica* de hechos negativos y exigirle que demuestre la falsedad de estas afirmaciones. El proceso penal también se rige por el principio de igualdad de armas, que es el lógico corolario del principio de contradicción: las partes cuentan con los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. En este sentido es clara y reiterada la doctrina constitucional (SSTC 186/1990, de 15 de noviembre, fdto VI; 87/01 de 2 de abril, 18/05 de 1 de febrero; 48/06 de 13 de febrero; 29/08 de 20 de febrero...).

Pese a lo consolidado de esta doctrina, la STS 154/2016, de 9 de marzo y poco después la 221/2016 de 16 de marzo, atribuyen la prueba de la inexistencia o ineficacia de los programas y medidas de cumplimiento a la acusación, apoyándose en las exigencias que la imposición de penas a las personas jurídicas comporta para el Fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado que han de traducirse –sostienen– en «el mismo esfuerzo probatorio requerido para justificar la procedencia de cualquier pena destinada a una persona física, por ser el proceso penal incompatible con una doble vía probatoria según se impute la acción delictiva a una persona física o jurídica». El argumento es endeble en tanto susceptible de ser utilizado a la inversa: no sería procedente constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado y de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos.

Por otra parte, la doctrina general sobre la carga de los hechos impeditivos no significa que las acusaciones puedan desentenderse de la valoración de la idoneidad de los modelos o programas que forman parte del objeto del proceso. El Fiscal, vinculado además por los principios de legalidad e imparcialidad está igualmente interesado en la prueba de las circunstancias legales de exoneración de la responsabilidad penal, pero ello no merma la carga de la prueba de cualquier hecho obstativo como es la exoneración total o parcial de responsabilidad penal, que pesa sobre quien lo alega. Para el múltiple voto particular de la STS 154/2016 que sigue a su vez a la Circular de la FGE de 2016, se impone la regla general de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad deben estar tan acreditadas como el hecho mismo, correspondiendo su prueba a quien las invoca.

El tenor literal de la norma apoya este mismo criterio en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 31 bis al disponer expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención «solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

La Circular FGE 1/2016 interpreta el régimen de exención de manera que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no quede vacía de contenido. Parte de que cualquier programa eficaz depende del compromiso inequívoco y el apoyo de la alta dirección de la compañía, de manera que sus principios de actuación correcta impregnen toda la organización hasta. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede arrostrarse para conseguir mayores beneficios.

En definitiva, es muy conveniente que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad. Tal fue uno de los objetivos, si no el principal, de la reforma legal. Pero la ausencia de esa cultura de control y cumplimiento no se ha incorporado expresamente como presupuesto específico de la responsabilidad de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo. Es precisamente al contrario, su presencia se articula como causa de exención de responsabilidad.

Con todo, la contradicción entre esta interpretación propuesta y la sentada – aunque con matices ulteriores – por la doctrina de la Sala Segunda, es una cuestión procesal sobredimensionada. Su importancia desde el punto de vista práctico es relativa. El Ministerio Fiscal está obligado por el principio de legalidad a propiciar la prueba y el análisis de cuantas posibles circunstancias in-

cidan en la responsabilidad penal del acusado, aun cuando no pese sobre la acusación la carga de su alegación. La mera eventualidad de la existencia y efectividad de un programa efectivo debe impulsar la indagación de la propia acusación pública y su valoración, como objeto del proceso penal.

En palabras conciliadoras de la STS 221/2016, de 16 de marzo, «[...] ya se califican esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como *subsistema de circunstancias eximentes*, ya se predique de ellas la condición de *excusas absolutorias*, de *causas de exclusión de la culpabilidad* o, como ha llegado a sostenerse, *elementos negativos del tipo*, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal. [...] En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

V. REQUISITOS DE LA EFICACIA EXIMENTE DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Los presupuestos mínimos de validez de los modelos de cumplimiento se definen en el artículo 31 bis 5 CP que enfatiza la correcta identificación de las actividades empresariales de riesgo criminógeno, los procedimientos de adopción de decisiones en el seno de la entidad, los modelos de gestión de los recursos financieros, los deberes de información sobre riesgos e incumplimientos al oficial de cumplimiento, el sistema disciplinario adecuado y la verificación periódica o modificación del modelo.

La técnica legislativa es discutible. El legislador penal asume, sin la debida precisión y pese a la amplia tipología empresarial, una función más propia del ámbito administrativo o el mercantil. Los programas de cumplimiento comportan exigencias societarias que condicionan la propia estructura orgánica corporativa y requieren un cierto grado de desarrollo, por lo que su regulación compete fundamentalmente al ámbito mercantil al que los tribunales podrían acudir para valorar luego su adecuación, de modo parecido a lo que

ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo en su regulación por Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014.

Más discutible aún resulta la incorporación a una norma penal que debería caracterizarse por la taxatividad, de expresiones de contenido difuso como «cultura de cumplimiento». Aunque la doctrina y los profesionales van asimilando esta y otras expresiones similares, no tienen entre nosotros la claridad y fijeza que el principio de legalidad impone a los presupuestos del tipo penal.

Con todo, la posibilidad legal de exoneración de la responsabilidad de la persona jurídica se ha erigido en la principal razón de ser de los programas y medidas y hace que su idoneidad y eficacia forme parte del objeto del proceso y del debate del juicio oral. Tal es el cambio sustantivo y procesal más trascendente de los introducidos en la materia con la reforma de 2015.

Valorar dentro y fuera del proceso penal la validez y eficacia de los modelos de organización implantados en la empresa no es una tarea fácil. La ley parece aceptar una eficacia relativa, al admitir como válido para la exoneración incluso un modelo que solo permita «reducir de forma significativa» el riesgo de comisión del delito. Pero esto mismo obliga al juez a elaborar hipótesis retrospectivas de verificación de la suficiencia de modelos diferentes. Y, pese a la dificultad de establecer unos criterios uniformes aplicables a los diferentes tipos de empresas, con organización, modelos y volumen de negocio y transacciones muy variados, es posible encontrar ciertas pautas o exigencias mínimas que han de cumplir y cuya presencia o ausencia puede orientar las tareas de prevención o persecución del delito.

Un primer criterio interpretativo ofrece la normativa sectorial de las entidades para las que está específicamente prevista una determinada organización y gestión del riesgo. Además del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 y revisado en 2020, existen guías para la elaboración de los programas y la Resolución de 1 de junio de 221 de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa contiene una relación de normas UNE, entre las que la NORMA UNE 150 37301 (150) sobre sistemas de gestión del *compliance*⁸. Son particularmente útiles en su ámbito de aplicación las Circulares de la CNMV⁹.

⁸ La web de AENOR contiene información relevante sobre esta norma que –se dice– es aplicable a todo tipo de organizaciones.

⁹ La Circular CNMV 2/2025, de 26 de marzo que modifica la 1/2021, de 25 de marzo, sobre normas contables, cuentas anuales y estados financieros de las Empresas de Servicios de inversión sus grupos consolidables, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de

En su momento, recién reformado el artículo 31 bis CP, la Circular de la FGE 1/2016 proporcionó una serie de pautas de carácter general y directriz concreta que hoy merecerían una actualización. Con carácter general sostiene que los modelos de organización y gestión no son un expediente formal para eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que su verdadera finalidad es promover una cultura de ética empresarial. De ahí que la clave para valorar su eficacia no resida tanto en la existencia de un programa de prevención, sino en la importancia que éste tuviere en la toma de decisiones de dirigentes y empleados y en la medida en que exprese una cultura de cumplimiento, sobre todo penal, por supuesto, pero también civil, mercantil, administrativo, en cuyo contexto la comisión del delito constituya un acontecimiento aislado y accidental. Sólo en este contexto de elevación real del tono ético de la corporación, la exención de la pena aparece como consecuencia natural.

En consecuencia, carecerán de virtualidad exoneradora los programas tipo que pudieran ser asumidos por cualquier empresa o implantarse con independencia de su tamaño, del sector en el que opere, los mercados a los que se dirija y los clientes que tenga. Exige además que los programas sean claros, precisos y eficaces y desde luego, redactados por escrito, sin que baste su mera existencia, debiendo justificarse su idoneidad para prevenir el concreto delito realizado. A las empresas de cierto tamaño se les exigen aplicaciones informáticas que controlen debidamente los procesos internos de negocio, de manera que no se considere efectivo ningún programa si la aplicación central de la compañía no es mínimamente sólida y ha sido debidamente auditada.

La exigencia de sistemas disciplinarios adecuados que sancionen los incumplimientos del propio modelo ha generalizado la elaboración de códigos de conducta en los que se establecen las obligaciones de cumplimiento y vigilancia. Y puesto que se rechazan los programas formularios y las verificaciones formales, se entiende que las certificaciones de idoneidad del modelo expedidas por entidades evaluadoras podrán apreciarse como un elemento adicional de observancia, pero no que acrediten por sí mismas la eficacia del programa, ni puedan sustituir la valoración que compete exclusivamente al órgano judicial.

Entidades de tipo cerrado, modificada por la 2/2025, de 26 de marzo; la Circular CNMV 3/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica la 4/2013, de 12 de junio que estableció los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración; y la Circular CNMV 3/2025, de 24 de junio, sobre requerimientos de información estadística de las instituciones de inversión, entidades de capital riesgo e instituciones de inversión colectiva cerradas de la UE.

Esto último debe entenderse sin perjuicio de un posible sistema serio y objetivo de certificación empresarial en materia de *compliance*, promovido por organismos o entidades como la Cámara de Comercio de España con la finalidad de ofrecer una verificación externa e independiente de los programas de cumplimiento, con suficientes garantías técnicas como para constituir un refuerzo en sede penal que permitiera acortar los tiempos de investigación, aportando seguridad la persona jurídica y a los profesionales.

Cabe atender a otras referencias para ponderar la eficacia eximente de los programas: la idoneidad para detectar y denunciar posibles conductas criminales; la gravedad, frecuencia y duración de la conducta delictiva y su extensión en la corporación; el número de empleados implicados; el comportamiento de la corporación en el pasado y las medidas adoptadas tras la comisión del delito (disciplinarias, indemnizatorias, colaboración con la Justicia...) ¹⁰ para deducir el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento.

Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones mencionadas en el artículo 31 bis 3.º, autorizadas a presentar una cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales que impone el apartado 5.º, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal. Es precisamente la responsabilidad de estas personas jurídicas la que podría incurrir en *bis in idem*, por la eventual coincidencia entre la persona física que comete el delito y la que, en representación de la entidad, incumplió los deberes de vigilancia.

VI. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Es indudable que la eficacia exoneradora de los programas de control y gestión ha provocado una readaptación de las pautas de gobierno corporativo en la gran mayoría de las empresas, al menos en áreas como la Junta General de Accionistas; el Consejo de Administración, particularmente, en punto a sistemas de nombramiento, ratificación o reelección de sus miembros así como a la experiencia e independencia de los mismos; las retribuciones de los directivos y consejeros; la relación con grupos de interés, la transparencia y revelación de información, y el control de riesgos en general. Transcurridos diez años desde la reforma legal, puede afirmarse que el sistema penal implantado ha generado, al menos en los niveles de dirección, una mayor conciencia de las

¹⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, 2024.

necesidades de prevención de la criminalidad en la empresa. Y ello no tanto por la severidad de las penas de multa como por el riesgo reputacional, siempre de consecuencias económicas negativas, pero agravado por la lentitud de los procesos penales y lo prolongado de las imputaciones provisionales.

Es evidente que el éxito del *compliance* como instrumento de prevención del delito depende en gran medida de su encaje en el modelo de proceso penal en el que en caso de delito serán evaluados. En el ámbito anglosajón, los acuerdos de encausamiento diferido y los acuerdos de no enjuiciamiento permiten resolver anticipadamente procedimientos penales de difícil investigación en casos de colaboración efectiva, reparación del daño y cumplimiento probado. Aunque demandan una monitorización de su cumplimiento, evitan la complicada valoración de la idoneidad de los programas, de una parte, y el daño reputacional de otra, a cambio de la admisión de los hechos, el pago de multas, la modificación de la estructura asociativa u otras condiciones, según el caso.

La posibilidad de alcanzar diferentes acuerdos con las empresas dota al sistema de una flexibilidad de la que nuestro caduco modelo procesal, próximo al colapso, no puede beneficiarse. El Fiscal no tiene atribuida legalmente la instrucción de las causas, el principio de oportunidad se ha restringido al procedimiento por delito leve que no tiene juego en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el ámbito general de la conformidad es limitado, cabe una concurrencia de acusaciones particulares y populares, los Juzgados de Instrucción carecen de recursos para investigar con prontitud complejas tramas delictivas de carácter económico o relacionadas con la corrupción... Todo esto compromete tanto la eficacia y celeridad de las investigaciones como la viabilidad de las acusaciones y dificulta la pronta exculpación de las personas jurídicas que hubieran implantado con diligencia y eficacia los modelos adecuados de cumplimiento, sometiéndolas a lentos procesos de investigación.

Es inevitable concluir, una vez más, la acuciante necesidad de un sistema procesal penal conforme con la Constitución, moderno y eficiente, con la suficiente dotación de recursos para hacer posibles investigaciones ágiles, equilibradas y respetuosas de los derechos fundamentales, que supere definitivamente la caduca tradición inquisitorial bajo la dirección de un Ministerio Fiscal constitucional, desvinculado del Gobierno y con autonomía funcional, presupuestaria y de gestión para actuar estrictamente bajo los principios de legalidad e imparcialidad en un proceso penal centrado en el juicio oral. Sería en ese modelo, compartido por la casi totalidad de los países del mundo, en el que encajarían con más naturalidad esta y otras regulaciones penales derivadas del incesante proceso de armonización internacional del Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTINA ORTS, Adela: *Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial*, Madrid, 2025.
- DÍEZ TORREJÓN, Pedro: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: cuestiones procesales*, Madrid, 2024.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Cizur Menor, 2017.
- LIPOVETSKY, Gilles: *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, 1994.
- PAZMIÑO-RUIZ, José Roberto: *¿Encubrimiento corporativo o compliance de reacción? La respuesta corporativa ante el delito como modelo de responsabilidad empresarial*, Cizur Menor, 2025.
- PLANCHADELL-GARGALLO, Andrea: *El compliance officer como figura jurídica: prueba y responsabilidad penal de las personas jurídicas: algunas cuestiones problemáticas*, Madrid, 2024.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, Fátima: *La conducta postdelictual de la persona jurídica como causa de exclusión de la responsabilidad penal*, Cizur Menor, 2024.
- SEN, Amartya: *Sobre ética y economía*, Madrid, 2020.

14. CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE PEÑARANDA Y POZUELO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL EN MATERIA DE CONCURSO DE DELITOS

FRANCISCO MALDONADO FUENTES*

Profesor asociado de Derecho penal

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca

I. INTRODUCCIÓN

Tuve la suerte de tratar con Enrique Peñaranda en la última década. Inicialmente a través de breves intercambios epistolares y en los cuadros de alguna «pantalla» en tiempos de pandemia. Luego, tuve oportunidad de reunirme con él en su despacho en «la Autónoma» con la excusa que me brindaba el estar dedicado por esos momentos al tratamiento de algunas cuestiones concursales. La ocasión venía condicionada porque el destino había querido que su investigación en curso coincidiera en torno a ese mismo ámbito de interés. El encuentro revestía para mí una relevancia mayor, por lo que reconozco que lo asumí con algo de tensión. Y no solo por razón de lo auspicioso que resultaba como instancia de intercambio académico. Era claro que la figura completamente asentada de Peñaranda y su indiscutible estatura como penalista, me brindaban una oportunidad inmejorable para ampliar los límites de mi investigación. Pero, por sobre ello, la tensión estaba más bien vinculada a su imagen. Y es que, como la mayoría de mi generación, había tenido tempranas noticias

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Dirección postal: Santa Elena núm. 2.222, San Joaquín, Santiago. frmaldonado@utalca.cl

de Enrique Peñaranda desde los inicios de mi dedicación a la disciplina. Obviamente, a esas alturas, de la mano de su contribución al tratamiento de la accesoriedad en la participación criminal¹ y luego –con particular énfasis en mi caso– en torno al rendimiento que había logrado extraer de ese mismo sustrato para el tratamiento de las problemáticas concursales². De hecho, esta última lectura había sido decisiva en varias de mis tomas de postura. Las relaciones que Peñaranda había sido capaz de identificar dotaban de mayor claridad a diversos problemas que para mi –y no solo para mi– revestían mayor complejidad. Signo de lo que Mourullo en su tiempo calificó como expresión de la «madurez y estatura científica del autor»³. No obstante, desde los inicios del encuentro mi sorpresa fue mayor. Muy lejos de la distancia que suele marcar la erudición y el sitial que brinda el haber recorrido ya un largo camino, me encontré con una persona de semblante amable, sencilla, de voz suave y calma, afable de trato, muy dispuesta a escuchar y a darse el tiempo para opinar. Sin que ninguno de esos caracteres afectara en momento alguno la profundidad ni el rigor. Ese primer encuentro se prolongó por horas. Suficientes incluso para dar forma a una estrecha relación personal que me atrevería a calificar como muy cercana a la amistad, desarrollada en estos años a través de varios otros encuentros e intercambios.

Lo dicho sirve al mismo tiempo como explicación. Pues es obvio que no me resultó muy complejo escoger un ámbito a desarrollar en esta contribución. No obstante, he resistido la tentación de asumir el desafío bajo la cómoda posición que ofrecen las frases de consenso. Como ha sido siempre, Peñaranda se ha hecho cargo de temas complejos y problemas difíciles, con miras a ir más allá del *statu quo*, sin miedo al disenso, al contraste de las ideas y a la exploración de los más diversos puntos de vista. Por ello, en homenaje al maestro, pretendo ofrecer una especie de ensayo o comentario, que toma como base los indiscutibles avances que ofrece la concreta «Propuesta de nueva regulación de los concursos de leyes y de delitos en el Código penal español»⁴ que junto a Laura ofrecen al medio español y comparado, y que se orienta al mismo tiempo a dejar constancia de los disensos. A ver si los años que siguen me regalan nuevas instancias de reunión que nos permitan continuar con la discusión⁵.

¹ PEÑARANDA, 2015.

² PEÑARANDA, 1991.

³ RODRÍGUEZ MOURULLO, 2015, pp. XVII.

⁴ PEÑARANDA y POZUELO, 2024, pp. 409-412.

⁵ Pido desde ya disculpas pues incurro en algún grado de abuso de la «auto-cita» en los textos de referencia. Lo justifico en exclusiva como forma de poder remitir al lector a los lugares donde he desarrollado con mayor detalle las ideas que se sostienen en el texto y que, por razón de su extensión, solo alcanzan a quedar consignadas acá en términos conclusivos.

II. SOBRE LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONCURSO DE DELITOS Y EL CONTEXTO EN EL QUE SE FORMULA

El último de los proyectos de investigación concluidos bajo la dirección de Enrique Peñaranda se destinó al tratamiento de la concurrencia delictiva. La empresa era ambiciosa y urgente. La reconocida complejidad teórica que plantean los problemas concursales se acompaña por una endémica falta de certezas⁶, caracteres que no guardan una adecuada proporción con la masiva incidencia que detentan dichos supuestos en el foro, siendo numerosas las condenas que se dictan cada día por razón de la comisión de dos o más delitos. De ahí que desde un inicio se hayan podido proyectar resultados de alta relevancia práctica en torno a las conclusiones de la iniciativa, por sobre la tendencia habitual del curso judicial (que suele operar bastante lejos de las ocupaciones y preocupaciones de la dogmática penal). Por esta razón, resulta especialmente valorable que el desafío se haya canalizado «intencionalmente» a un objetivo diverso de lo usual. Y es que por sobre el desarrollo de las ideas, con base en los caracteres de la regulación comparada y sobre el desarrollo que experimentó la temática durante el Siglo xx, los objetivos del proyecto se orientaron a la formulación de una concreta propuesta de regulación, una que pueda ser interpretada como reflejo del estado de la cuestión y que desde ese sitio pudiera reclamar eco en las instancias encargadas de producir la normativa. Con ello, se buscó –ni más, ni menos– ofrecer un modelo capaz de dotar de «racionalidad» a la respuesta penal que cabe considerar para este tipo de supuestos. Racionalidad de la que, en principio, carecen sus expresiones actuales a nivel general.

Por esta razón corresponde, en primer lugar, destacar la clara perspectiva crítica que subyace al contenido de la propuesta, que por ello materializa una drástica modificación a las reglas actualmente previstas en el Código penal español. En este sentido es claro que las conclusiones en las que se funda son un fiel reflejo del derrotero natural que ofrecen las tendencias doctrinales contemporáneas sobre la materia, cuya fisonomía se ha ido estructurando de forma paulatina durante el curso del Siglo xx a partir del tratamiento y desarrollo de las cuestiones problemáticas que plantean los pilares centrales bajo los que se estructuró la regulación tradicional del concurso de delitos de origen decimonónico⁷. En lo esencial, destaca en ello el que a estas alturas se encuentra asentada la idea de que el régimen general aplicable a todo concurso de delitos

⁶ Por todos, con autoridad, SANZ, 2012, p. 9.

⁷ De ahí que el panorama de las regulaciones europeas y latinoamericanas en la actualidad sea completamente disímil. Para una panorámica actualizada véase PEÑARANDA, 2024, pp. 309-319.

no tiene por qué corresponder por defecto a la acumulación simultánea o sucesiva de las penas individualmente determinadas para cada infracción, conclusión que se apoya en la profunda y distendida crítica formulada de manera casi uniforme sobre las negativas consecuencias materiales y axiológicas que ofrece dicha forma de reacción «global»⁸. Y también ocupa un lugar privilegiado la idea de que se debe abandonar el papel fundamental que históricamente se atribuyó al tratamiento de lo que cuenta como «unidad de acción» en la teoría del concurso de delitos⁹, estrechamente vinculado a la superación de las perspectivas de aproximación de corte naturalístico que dieron contenido a dicha definición desde fines del Siglo XIX¹⁰, y que corona el derrotero de la construcción «moderna» de la teoría concursal de raigambre jurídico-procesal¹¹. Y es que a estas alturas resulta claro que la cantidad de acciones, hechos o movimientos no condiciona la cantidad de delitos realizados¹². Y con ello, cabe también asumir que se encuentra igualmente superada la idea de que el tratamiento de la concurrencia delictiva consiste esencialmente en contar acciones, hechos o delitos, consideración que también recalca en una profunda crítica a la distinción que históricamente se asigna al concurso ideal¹³.

Como herencia queda una amplia y variada cantidad de esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales orientados a ofrecer parámetros y distinciones a través de los que se procura imprimir algún grado de racionalidad al modelo, actividad que se refleja en una amplia multiplicidad de categorías o denominaciones cuyo contenido suele presentar importantes matices y contar con un dispar grado de reconocimiento de autor en autor. De ahí que la síntesis no ofrezca soluciones consensuadas, sino que refleje un tratamiento caracterizado por una amplia variedad de criterios y opiniones¹⁴, gráficamente bautizada en los fundamentos del proyecto

⁸ MALDONADO, 2016, pp. 576-590.

⁹ Por todos, CUELLO, 1979, p. 50; CUERDA, 1997, pp. 344 y 345 y ESCUCHURI, 2004, p. 95. En Alemania, JESCHECK y WEIGEND, 2014, p. 1059; ROXIN, p. 943; WESSELS, 2018, p. 534 y, más clásico, MEZGER, 1958, p. 333. En América Latina, por todos, ZAFFARONI, 2002, pp. 853-854.

¹⁰ Al respecto véase ARCE, 1996, pp. 100 ss.; SANZ, 1986, pp. 144 ss.; y ROIG, 2011, p. 34. En extremos, el sustrato llevó a sostener de manera amplia que el delito es «la acción material» ejecutada, BUSTOS, 1962, pp. 32 ss.; CARAMUTI, 2018, pp. 33, 35 y 209; ETCHEBERRY, 1964, pp. 11-12; ZAFFARONI, 2002, p. 865; y, en Alemania, FRISTER, 2016, p. 666; JESCHECK, 2014, p. 1073.

¹¹ El origen radica en Kock hacia fines del siglo XVIII. Al respecto ARCE, 1996, p. 35; ESCUCHURI, 2004, p. 207; SANZ, 1986, pp. 39 ss. Asimismo, MEZGER, 1958, p. 331.

¹² Sobre la concepción tradicional que los asimila, ESCUCHURI, 2004, pp. 393 ss. PEÑARANDA, 1991, p. 31.

¹³ Es llamativo que a la distinción entre unidad o pluralidad de acción o hecho también se le haya atribuido utilidad para distinguir el concurso real del ideal. Pues, si se refiere a la unidad delictiva, resulta incompatible con el reconocimiento de una pluralidad de delitos. CARUSO, 2018, pp. 23-24; MAURACH, 1995, p. 525; CARAMUTI, 2018, p. 40. Sobre el uso ambivalente en ambos lugares (unidad de delito y distinción entre concurso real e ideal), véase ESCUCHURI, 2004, pp. 354 ss., y 376.

¹⁴ Por todos, NINO, 1982, p. 120. Con detalle, CARAMUTI, 2018, p. 45; ESCUCHURI, 2004, p. 2; ETCHEBERRY, 1964, p. 10; SANZ, 2012, p. 111; SUÁREZ, 2001, p. 29.

como un estado de «inestabilidad»¹⁵. A lo sumo, se podría rescatar el que dicho curso favoreció en conjunto la acertada idea de que la cantidad de infracciones o delitos tampoco tiene por qué determinar la cantidad de penas a aplicar¹⁶.

Frente a este escenario (virtualmente crítico) se propone un modelo sencillo, de base unitaria y de carácter común o general, bajo cuyos caracteres se logra un adecuado equilibrio entre la reacción penal, su fundamento plural y el sentido material de la condena como acto de adjudicación. Se parte de la idea de que todo concurso de delitos debiese por principio ser sancionado con una única reacción penal, cuyo contenido debe poder ser interpretado como un reflejo del desvalor conjunto de todas las infracciones cometidas. Para ello se propone la fijación de un nuevo marco de sanciones que sustituya el correspondiente a cada uno de los delitos concurrentes, estructurado en base a un régimen penológico que mezcla las ventajas del llamado principio de combinación¹⁷ con la necesidad de considerar un agravamiento o exasperación, reflejo este último de la concurrencia plural. Con ello, se arriba a una «pena legal» que impide el uso de una sanción más baja a la mínima tolerada por el delito más grave y habilita al mismo tiempo al uso de una sanción mayor a la que es propia de su extremo superior. La fijación concreta de este último extremo se determina a partir de la concurrencia de tres límites copulativos, a saber:

- La mitad de la duración máxima total de la infracción más grave;
- La extensión máxima prevista en la ley para la pena de que se trate; y
- Al resultado global que representa la acumulación material y sucesiva de las sanciones individualmente calculadas para cada delito.

Se podrá advertir que el primer criterio materializa la regla de exasperación, mientras que los otros dos dan cuenta de los límites absolutos que se estiman necesarios de garantizar.

Bajo dicho marco, la individualización concreta de la pena se confía en un proceso discrecional y reglado, cuyos parámetros tributan a las característi-

¹⁵ PEÑARANDA, 2024, p. 284.

¹⁶ Buena parte de los esfuerzos se encaminaron a superar los déficits del modelo centrado en la acumulación de penas y a superar la idea de que una multiplicidad de «movimientos corporales» o sucesos fácticos no daban lugar a una reiteración delictiva. De ahí que la mayor concentración de la atención radicara en los supuestos de unidad delictiva o, cuando menos, de aquellos que, a pesar de una reconocida pluralidad fáctica, demandaran un tratamiento más acotado. Sobre la perspectiva tradicional que asimila cantidad de acciones, delitos y penas, véase, por todos, SANZ, 2012, p. 46, asumida tras el latinazgo *qua delicta tot poenae*. Sobre esta última noción, SUÁREZ, 2001, p. 108.

¹⁷ Sobre dicho criterio o «principio» penológico, SUÁREZ, 2001, p. 107. CUELLO, 1979, pp. 72 ss. (y, a favor, en p. 88). Asimismo, CUERDA, 1992, pp. 205 ss. SANZ, 1986, p. 33.

cas específicas de los tipos de relación concursal posibles de identificar. Se pretende por ello que el juez valore de forma más amplia la diversidad de nexos posibles de identificar entre las realizaciones delictivas, referidos específicamente a su número, naturaleza, relaciones, si se realizaron en una misma ocasión o en varias, y su separación temporal. Se dota con ello al modelo de un adecuado margen de elasticidad, sin que por ello se ponga en riesgo en modo alguno el sentido de unidad que cabe asignar a la imposición de la condena (como acto de adjudicación, con sentido)¹⁸.

La propuesta, así estructurada, se completa finalmente con tres definiciones adicionales:

— Primero, a través de la consagración excepcional de un régimen de concurso ideal, sujeto a una regla de absorción (con base en el marco del delito más grave). En cualquier caso, se descarta formalmente la consideración de una unidad de hecho sobre supuestos correspondientes a delitos dolosos lesivos de bienes eminentemente personales;

— Segundo, se declara la procedencia independiente de las penas y consecuencias accesorias y de las medidas de seguridad que correspondan considerar, lo que lleva a la aplicación conjunta y copulativa de todas las previstas para cada uno de los delitos realizados; y

— Tercero, se considera una única regla para el tratamiento del «concurso de leyes», que favorece el uso preferente de la regla de sanción de los delitos que contengan la descripción o el desvalor de otros, cuya pena debe por ello ser preterida, contenido que adscribe de manera bastante nítida al criterio de consunción.

III. VALORACIÓN CRÍTICA

El resumen expuesto permite confirmar la clara correspondencia que existe entre la propuesta de regulación recién esbozada y el derrotero crítico que ofrece el tratamiento del concurso de delitos en el Siglo xx. No obstante, la posibilidad de asumir una adecuada valoración sobre dicho modelo no solo depende de la manera como se abordan las cuestiones problemáticas levantadas por la doctrina más tradicional a partir de los déficits de una regulación de corte naturalístico. Se encuentra más bien condicionada a la forma como se

¹⁸ Este contenido habilita a prescindir de reglas específicas para el concurso medial, para el delito continuado u otras similares fundadas en relaciones posibles de identificar en los delitos concurrentes, en tanto permite valorar cualquier tipo de conexión que ofrezca un significado relevante.

aborde y supere la propia comprensión que dicha aproximación propone, en cuanto centrada en una definición errada del concurso, estructurada a partir de la asimilación entre delito y acción. Lo relevante es que dicha conceptualización –de clara raigambre positivista– propone una lectura inadecuada sobre las problemáticas a resolver; sobre su caracterización y –consecuencialmente– sobre los criterios de solución a los que corresponde recurrir¹⁹. Por esta razón estimo que esta cuestión –a fin de cuentas, metodológica– no se puede obviar, pues determina la manera como se pueden llegar a comprender los desafíos y problemas básicos que subyacen a la concurrencia delictiva. De otra forma, se corre el riesgo de asumir una aproximación focalizada en torno a tópicos de carácter específico cuya definición viene previamente condicionada por variables diversas, lo que explica en buena medida por qué la mayoría de los desarrollos conocidos no han logrado dialogar ni encontrar puntos de conexión²⁰. Y menos aún, arribar a consensos. Y es por esta razón que me parece advertir en la propuesta ciertas concesiones y vacíos que tributan a las concepciones propias de la perspectiva tradicional, que, por lo mismo, me parece necesario relevar (a efectos de tematizarlas).

A este respecto la clave –en la perspectiva que sostengo– radica en advertir que a estos efectos la expresión «delito» refleja en sentido propio una calificación de conducta precisa y circunstanciada, que, por ello, se propone en una dimensión conceptual (no empírica)²¹. Corresponde por ello a una etiqueta, un calificativo que se sostiene a partir de la decisión legislativa que lo define como tal bajo amenaza de pena²². Y por esta razón es que cabe afirmar tantos delitos como calificaciones se puedan llegar a advertir en un determinado supuesto de hecho, lo que ocurrirá con total independencia de la cantidad de acciones o movimientos corporales posibles de constatar²³. Desde este punto de vista, la cuestión estructural que se plantea y define a la concurrencia delictiva radica en el carácter problemático que puede llegar a plantear el que se deban aplicar dos o más reglas de sanción penal dispuestas para la comisión de delitos diversos en una misma sentencia condenatoria, pues el contenido de las normas a las que tributan se encuentra definido para supuestos de ejecución unitaria. Resulta por ello plausible asumir que el sentido de su uso puede llegar a verse modificado por la concurrencia de otro tipo de supuestos de caracteres similares (otra san-

¹⁹ Con carácter general, MALDONADO, 2022, pp. 18 ss. Asimismo, MALDONADO, 2020, pp. 495 ss. (sobre el concurso aparente de leyes penales, en específico).

²⁰ Por vía ejemplar en el ámbito del concurso aparente véase MALDONADO, 2020, pp. 495 ss.

²¹ En materia de concurso lo empírico no juega ningún papel. VIVES, 1981, p. 7.

²² MALDONADO, 2022, p. 18; Cid, 1994, p. 49; MAÑALICH, 2005, p. 1027; PEÑARANDA, 1991, pp. 31 ss.; VIVES, 1981, p. 16.

²³ MALDONADO, 2022, p. 18; MAÑALICH, 2005, p. 1027.

ción penal) o que pueda llegar a producirse un conflicto por redundancia o incompatibilidad (antinomia) o que, finalmente, corresponda emitir una valoración diversa asociada a la apreciación del conjunto (como en los delitos complejos) o a la concurrencia adicional de un nexo o vínculo de conexión que las vincule y que lleve a modificar (al alza o a la baja) la desvaloración²⁴. Bajo esta comprensión, el concurso de delitos se define siempre a partir de la cabal concurrencia de dos o más realizaciones típicas (concretas) imputables a una misma persona en un mismo proceso judicial²⁵, y propone problemas o cuestiones a resolver que tienen lugar en el ámbito de la aplicación de las correspondientes reglas de sanción²⁶. Por esta razón, la materia se desarrolla, por definición, en torno a un ámbito diverso del que propone cada una de las reglas en cuestión, constituido por un sustrato referido a todo el conjunto, que por ello corresponde (des)valorar de manera global. De ahí que ciertos supuestos demanden el uso de principios supraleales (sea para integrar las reglas individuales concurrentes o para dirimir un conflicto entre ellas)²⁷ y que las cláusulas correspondientes sean calificadas como reglas de segundo nivel (cuyo objeto radica en la operatoria conjunta de normas de sanción primarias)²⁸. Y, claro está, que sea esencial o definitorio el que todo tenga lugar a propósito de un mismo acto de adjudicación o condena²⁹.

²⁴ A este respecto los criterios externos más usuales se expresan en conexiones funcionales o tras la unidad de hecho, que, por esta razón, constituyen «elementos» adicionales al contenido de injusto de los delitos concurrentes que cargan con el peso de fundamentar un tratamiento penológico en particular. MALDONADO, 2022, pp. 25 ss., y 38 ss.

²⁵ Se trata por ello de un ejercicio que presupone siempre que se ha agotada la interpretación; la subsunción y la imputación; y que, además, se desarrolla con base en los caracteres específicos bajo los cuales se ha llevado a cabo el particular hecho punible realizado, valorado en una perspectiva ex-post. Al respecto, con detalle, MALDONADO, 2022, pp. 18 ss.

²⁶ La única excepción radica en los supuestos en que no resulta sencillo resolver a priori si el mismo tipo de hecho punible ha sido realizado en una o más ocasiones en el conjunto de hechos probados, en tanto se trata de un problema referido a la dinámica de subsunción. Próximo, si bien en términos poco exactos, CUELLO, 1979, p. 48. Corresponde por ello abordarlos con base en el contenido completo de los elementos y propiedades típicas para una adecuada «interpretación de los hechos». En la misma línea implícito en ESCUCHURI, 2004, p. 396; CUERDA, 1997, pp. 353 ss. Dichos problemas son tematizados en la doctrina más tradicional bajo las etiquetas de la unidad natural de acción y en torno al delito continuado, aunque a veces da lugar a supuestos donde se identifica un concurso aparente de leyes o la unidad jurídica de delito.

²⁷ Lo relevante es que solo por excepción dicho contexto global se encontrará reglado. Corresponden por ello, en general, a supuestos imprevistos normativamente. Al respecto MALDONADO, 2022, pp. 23 ss.

²⁸ NINO, 1972, p. 19; CID, 1994, pp. 30 ss.

²⁹ El sentido de la idea de concurrencia refiere por ello al proceso y a la sentencia, de manera esencial. ROXIN, 1997, p. 941 y 981; STRATENWERTH, 2005, p. 534; ESCUCHURI, 2004, pp. 57 ss. CARAMUTTI, 2018, p. 210. La doctrina tradicional se concentra en el dato de la repetición delictiva, significando lo dicho a propósito de un requisito negativo: el que ninguno de los delitos «concurrentes» haya sido sancionado por sentencia ejecutoriada. Por ello se termina por vincular esta exigencia a la necesidad de separar los casos de reiteración delictiva de los que se refieren a «reincidencia», minimizando el papel central que corresponde reconocer al hecho de que la concurrencia se define como tal en torno al hito que representa el acto de condena. Al respecto véase por todos MAURACH, 1995, p. 580; ZAFFARONI, 2002, p. 861; SUÁ-

Sobre esa base, sostengo un punto de vista que me lleva a compartir los contenidos básicos y los cimientos que subyacen a la propuesta formulada, si bien con algunos alcances que paso a esbozar.

1. Sobre la regla general. Especial consideración al matizado uso de los criterios de la combinación y la exasperación.

El problema esencial que ofrece la mecánica de acumulación de sanciones de la misma naturaleza es el propio de una antinomia, sea de carácter práctico, como valorativo³⁰. Ello es así, pues es claro que la ejecución simultánea desdibuja el contenido de afflictividad de aquellas que tuviesen una menor extensión o cuantía, mientras que su imposición sucesiva termina por desnaturalizar su caracterización en una triple dimensión: sea en relación a los límites tolerados para cada tipo de sanción; sea en contraste con el desvalor o gravedad de los delitos cometidos; sea en relación al patrimonio o la extensión de la vida del propio condenado³¹.

Lo relevante de ello radica en que el uso de un conjunto análogo de penas que han sido individualmente determinadas da lugar a un resultado meramente contingente, que jamás podrá ser interpretado como una decisión consciente o querida por parte del legislador³². Por esta razón es que la base del problema de este régimen no radica en el contenido, naturaleza o extensión que pueda llegar a proponer una reacción conjunta o global de sanciones, sino en el hecho de que resulta imposible sostener que se trata de una consecuencia que provenga de una misma y única instancia de valoración³³. No se trata por ello de imponer tantas penas como delitos cometidos, sino de imponer una forma de reacción expresiva de su desvalor conjunto³⁴. La garantía de proporcionalidad y el mandato de exhaustividad se expresa por ello en el contraste de dicha re-

REZ, 2001, p. 85 ss. Lo dicho también explica el que se haya asimilado la hipótesis de concurso real a la concurrencia «auténtica», calificativo del que carecería la concurrencia «ideal».

³⁰ MALDONADO, 2016, pp. 576 ss.

³¹ PEÑARANDA, 2024, pp. 293 ss.

³² Lo dicho se grafica muy claramente en las siguiente expresiones de DE DOU, 1800, p. 140: «La mera acumulación es contraria a la mente de los legisladores».

³³ Sobre ello MALDONADO, 2022, p. 23 ss.; MALDONADO, 2016, p. 570. Con más detalle, MALDONADO, 2011, pp. 177 ss. (si bien, aplica al modelo de adolescentes, el razonamiento que se expone es de carácter general). Nada habría que reparar, por ejemplo, si la consecuencia se expresa en varias penas impuestas de forma simultánea o sucesiva, con tal que dicho conjunto sea reflejo de un mismo y único proceso de valoración. Así sucede paradigmáticamente cuando el legislador regula marcos penales con base en penas copulativas o cuando el concurso lleva al uso de reglas de sanción que disponen la imposición de penas de naturaleza diversa.

³⁴ Próximo, en favor de la consideración global de los hechos enjuiciados, FRISTER, 2016, p. 663.

acción con el desvalor que emana de las propiedades desvaloradas, incluyendo en ello la naturaleza y entidad de las lesiones o riesgos ocasionados³⁵.

Lo dicho lleva a respaldar en términos absolutos la definición central del modelo propuesto. En particular, en cuanto se plantea una fórmula general fundada en una dinámica unitaria de reacción que recurre a un régimen de exasperación cuya individualización se confía a una dinámica ponderativa, funcional a la más amplia diversidad de relaciones concursales posibles de apreciar. No obstante, estas mismas razones llevan a disentir de los siguientes aspectos de la formulación:

— Primero, de la idea de que el límite inferior de dicha reacción deba estar definido en base al criterio o «principio» de la combinación, toda vez que habilita al uso de una pena mínima equivalente a la prevista en el límite inferior del marco del delito más gravoso. A dicho respecto no se debe perder de vista que la valoración de conjunto necesariamente deberá llevar a una reacción superior a cualquiera de las previstas para ejecución individual de cualquiera de los supuestos concurrentes, mientras que la fórmula objetada permite la fijación de la pena individualizada dentro de los límites de la absorción simple; y

— Segundo, de la idea de que se deba considerar un límite superior estructurado en base al resultado de la acumulación³⁶. Sea porque no cabe atribuirle sentido alguno como decisión consciente del legislador o porque nada obsta a que la valoración del conjunto pueda llegar a configurar un supuesto que amerite un tratamiento que responda a una gravedad superior. Basta ver que el robo violento es algo más que un hurto acompañado de lesiones, maltrato o coacción y que el secuestro extorsivo es algo más que el encierro sujeto a una amenaza condicional. Y lo cierto es que dichos ejemplos permiten evidenciar que resulta posible llegar a identificar concurrencias delictivas «imprevistas» de fisonomía equivalente.

2. Sobre la regla de concurso ideal.

La consideración de un régimen excepcional aplicable al concurso ideal pone en evidencia que tras los fundamentos de dicha regla subyace una concreta toma de postura sobre lo que cabe entender por unidad de hecho y que

³⁵ CID, 1994, p. 53 (si bien lo refiere al llamado «principio de vigencia» con un contenido análogo)

³⁶ Reconozco que el criterio ha sido sostenido desde antiguo como expresión de una garantía básica de proporcionalidad. Al respecto, por todos, SANZ, 2012, p. 46.; CUERDA, 1992, pp. 43 ss.

además se la considera idónea para fundar un privilegio penológico³⁷. Por sobre ello, dicha noción debe ser una que comprenda los supuestos referidos a delitos dolosos que afecten bienes personalísimos, pues solo en tal caso cobra sentido la idea de que corresponde consagrar una excepción (para «devolver» dichos supuestos al régimen general). No hay que perder de vista que la noción de unidad de hecho es bastante ambigua, siendo numerosas las formas de comprensión propuestas en relación a su contenido³⁸. Esta indeterminación constituye, de hecho, una de las primeras razones que han sido esgrimidas para sostener que la distinción con el concurso real no se justifica³⁹, a lo que se suma el que buena parte de las acepciones propuestas tampoco aportan razones claras o determinantes en favor de un régimen penológico privilegiado y excepcional⁴⁰. Si bien esto último se corresponde con una definición de carácter político criminal, en esencia opinable, es claro que debe apoyarse en un determinado sustrato que sirva de base a la formulación de las razones del privilegio y que permita por ello su valoración y crítica. Se trata entonces de una toma de postura deseable y posible, que por ello me parece a estas alturas completamente necesaria de abordar. De no ser así, se deja abierta la discusión, tanto sobre dicho contenido como sobre su concreta idoneidad para fundar un determinado tratamiento penológico, ofreciendo un estado del tema que queda suficientemente bien servido con la regulación propuesta para la individualización de la pena.

Por otro lado, me parece cuestionable la decisión de someter los supuestos de unidad de hecho a un régimen de absorción. Si bien es claro que las razones del tratamiento penológico deben estar asociadas a lo que cuenta como unidad de hecho, tampoco se debe olvidar que se trata de reaccionar frente a un supuesto concursal, lo que lleva por principio a la consideración de una regla penológica superior a la prevista para cada una de las infracciones individualmente consideradas por exigencia del mandato de exhaustividad. Por lo

³⁷ Al respecto, MALDONADO, 2021, pp. 137 y, especialmente, 139, 145 y 146; MAÑALICH, 2024, p. 142 ss.

³⁸ Al respecto, MALDONADO, 2021, pp. 136, 139; MAÑALICH, 2024, pp. 144 ss.

³⁹ VIVES, 1981, p. 42; ROIG, 2011, pp. 356 y, con cita de autores de referencia, ESCUCHURI, 2004, pp. 90 ss.; SUÁREZ, 2001, pp. 51 ss. y p. 147.

⁴⁰ Por sobre dichas razones se suele además sostener que no se aprecia diferencia alguna en el contenido de injusto de los delitos concurrentes sea que fueran ejecutados en unidad o pluralidad de hechos (por todos, FRISTER, 2016, p. 667; GUINARTE, 1988-1989, p. 206). No obstante, esta apreciación –bastante evidente– pasa por alto que la concurrencia de una razón de privilegio, de existir, se asocia precisamente a esta forma de relación (la unidad de hecho, sea lo que signifique) y no emana del contenido de los delitos concurrentes. Es dicho nexo (la «unidad de hecho»), adicional y diverso al contenido de injusto de los delitos concurrentes (ESCUCHURI, 2004, pp. 90 ss.; véase, asimismo, la exposición de SUÁREZ, 2001, pp. 51 ss., y 147), el que carga con el peso de una definición penológica en particular. MAÑALICH, 2011, p. 84; MAÑALICH, 2024, pp. 142 ss. MALDONADO, 2020, pp. 747 ss.

demás, se propone un régimen que anula por completo cualquier incidencia y consideración de los delitos cuyo marco no sirve de base al cálculo de la pena a imponer (es decir, aquellos que no fuesen el más grave) en una muestra gráfica de lo recién señalado. De esta forma, dicha regla expresaría una injustificada concesión a la asimilación entre unidad de acción y delito que a mi juicio corresponde abandonar⁴¹.

Finalmente, también me parece cuestionable la consideración de una contra excepción en relación a los supuestos de afectación plural de bienes personalísimos mediante una misma y única acción o hecho⁴². Simplificando los términos, me parece que tras la discusión habida sobre el particular subyace en cualquier caso una cuestión relativa a proporcionalidad, fundada exclusivamente en la distancia penológica que existe en la actualidad entre los regímenes previstos con carácter general y el asignado para el tratamiento del concurso ideal⁴³. Con ello, la cuestión pareciera resuelta si se abandona la idea de utilizar un régimen de absorción para estos últimos supuestos, según acabamos de puntualizar.

3. Sobre la supresión de la regla del delito continuado y del concurso medial.

Por otro lado, cabe valorar (muy) positivamente la decisión de prescindir de reglas que ofrezcan un tratamiento particular para el delito continuado. Lo relevante sin embargo va más del respaldo que se cita para dicha definición, centrado en que se trataría de un supuesto de ejecución unitaria⁴⁴. No hay que perder de vista que la institución se origina en una tradición diversa que busca modificar la pena de un concurso real de delitos en atención a ciertos caracteres, nexos o vínculos que llevan a cuestionar el uso de la regla general, pues su

⁴¹ En su tiempo esta tendencia se expresó gráficamente en la asimilación del tratamiento de los supuestos de concurso ideal y del concurso de leyes en el derecho alemán, con base en asumir que en cualquier caso se está frente a una sola acción o voluntad contraria a derecho. Sobre ello, véase, por referencia, CASTELLÓ, 2000, p. 35; ESCUCHURI, 2004, pp. 198 ss.; ROXIN, 1997, p. 941; JESCHECK, 2014, p. 1073; FRISTER, 2016, p. 666. Se llegó a sostener que «Solo hay un delito con una plural tipicidad» (véase, por referencia crítica, ZAFFARONI, 2002, p. 865). Y por lo mismo es que se tendió a asimilar el uso del principio de combinación en ambos supuestos. Al respecto, véase ROXIN, 1997, pp. 979 ss.; MAURACH, 1995, p. 574.

⁴² CANTARD, 2023, p. 544; MALDONADO, 2021, p. 14.

⁴³ Muy claro en CANTARD, p. 544.

⁴⁴ Si esto es así para su identificación debiesen bastar las reglas a través de las cuales se define cada infracción en la parte especial. Y por esta misma razón tampoco hace falta una regla penológica particular pues la pena debiese quedar sujeta a la correspondiente norma de sanción. Sobre ello, MALDONADO, 2015, pp. 200 y 216 ss.

lectura común pone en evidencia una cierta forma o clase de unidad⁴⁵, siendo en este marco que se plantea la identificación de factores de conexión, sea con carácter general o acotado a ciertas clases de delitos en particular (paradigmático en atentados al patrimonio o a la propiedad). Esta comprensión, propia de la «teoría de la ficción», lleva por ello a una pena más gravosa a la prevista para la ejecución unitaria pero más atenuada que el régimen concursal general, lo que justifica el uso de una regla particular como la prevista en la regulación española⁴⁶. De esta forma, me parece adecuado puntualizar que la discusión sobre la razonabilidad de eventuales «factores de conexión» que pudiesen fundar un tratamiento penológico particular para ciertas hipótesis de concurrencia conserva plena vigencia bajo la fórmula propuesta, toda vez que cabe asignarles sentido en aplicación de la regla de individualización⁴⁷. En particular, a través del criterio o factor referido a «la naturaleza y las relaciones recíprocas» de las diversas infracciones, contenido expresamente en la propuesta.

Todo lo dicho aplica en forma íntegra a los supuestos de concurso medial, por lo que cabe también apoyar la idea de que se debe prescindir de una regla sobre el particular.

4. Sobre el concurso de leyes o concurso aparente de leyes penales.

El texto de la regla propuesta sobre el concurso de leyes da cuenta de una concepción de dicha institución que yo mismo he favorecido y defendido por escrito⁴⁸. De ahí que no pueda sino asumir de entrada una valoración positiva. En esta perspectiva se trata de un instituto que brinda utilidad para resolver un problema de redundancia punitiva o doble valoración; que se advierte y tiene lugar a propósito de la concurrencia efectiva o real de dos o más realizaciones típicas; y que se resuelve mediante el uso de una regla de preferencia y exclusión que decanta en un régimen penológico donde la sanción de un delito absorbe a la de otro u otros⁴⁹. Tiene lugar, por esta razón, solo en supuestos en que la redundancia se extiende a la totalidad de las propiedades típicas de una o más de las realizaciones delictivas concurrentes, cuya regla de sanción habría por ello que obviar. Por ello, no es tan relevante que dichos requisitos se presenten con base en la consideración formal

⁴⁵ MALDONADO, 2015, pp. 201, 208 ss., y 212 ss.

⁴⁶ Sobre dicha concepción MALDONADO, 2015, pp. 212 ss.

⁴⁷ Sobre dichos factores MALDONADO, 2015, pp. 196 ss.

⁴⁸ MALDONADO, 2020, pp. 516 ss.

⁴⁹ MALDONADO, 2020, p. 500.

de ciertos elementos o propiedades típicas (redundancia explícita o formal) o a partir del análisis de su desvalor (lo que se expresa en supuestos de inherencia o regularidad)⁵⁰; y tampoco es tan relevante el que dicho problema se pueda advertir por anticipado a partir del contenido abstracto de los delitos concurrentes (como en los casos de especialidad)⁵¹ o que solo se pueda constatar a partir de la forma específica que adopte la realización típica⁵² pues, a fin de cuentas, el problema y la forma de solución será siempre la misma⁵³. Por estas razones se debe felicitar el uso de una única regla y de carácter general, cuyo contenido se desarrolla a partir de aquél que define el problema y su solución. Asimismo, y por las mismas razones es que también cabe felicitar el que se hayan omitido el uso de las etiquetas de estilo asociadas concretamente a la idea de especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad. Por último –y si bien me parece algo obvio– también cabe felicitar el que se haya optado por considerar una regla de derecho positivo a los efectos indicados, al margen de que también sea posible arribar al mismo tipo de soluciones de manera extra legal (mediante el uso de criterios de solución tradicionales del referido conflicto de leyes)⁵⁴.

Sin embargo, esta misma constatación me permite poner de relieve que en ciertos supuestos del todo equivalentes no resulta tan clara la forma de solución lo que torna deseable el uso de una regla de derecho positivo. Específicamente cuando el «concurso de leyes» se configura a partir de tipos penales de contenido idéntico. Lo importante radica en que dichos casos plantean igualmente una redundancia de carácter absoluta o total, pero carecen de algún elemento o criterio distintivo que permita determinar cuál de las penalidades debe ser preferida y cual preterida⁵⁵. Se trata claramente de supuestos del todo excepcionales y que evidencian un error en la regulación⁵⁶, pero que demandan sin lugar a dudas algún grado de atención y sobre todo

⁵⁰ Sobre «inherencia», en relación al concurso de delitos, por todos, GARCÍA ALBERÓ, p. 28. Sobre la idea de «regularidad» ETCHEBERRY, 1964, pp. 51 y 53; MATUS, 2001, p. 37; ESCUCHURI, 2004, p. 181; CASTELLÓ, 2000, p. 63; GARCÍA ALBERÓ, p. 384 ss. (si bien demanda un componente valorativo adicional en pp. 388 y 400). Asimismo, JAKOBS, 1997, p. 1061 y WESSELS, 2018, p. 553.

⁵¹ Lo que da lugar a una redundancia total-parcial. Al respecto MALDONADO, 2020, p. 514. Sobre la categorización véase RUIZ, 2015, p. 59 ss.; HUERTA, 2003, pp. 74 ss. En cuanto a redundancias, NINO, 1995, pp. 274 ss.

⁵² Lo que da lugar a una redundancia parcial-parcial. MALDONADO, 2020, p. 514, nota 129, y 517.

⁵³ MALDONADO, 2020, p. 517.

⁵⁴ En el mismo sentido CARAMUTI, 2018, p. 168. La postura dominante es diversa. Por todos, véase, SANZ, 2012, p. 15 y 24; ETCHEBERRY, 1964, pp. 75 y mas preciso en p. 105.

⁵⁵ SANZ, 1989, p. 666. Sobre casos de identidad. KLUG, 2002, pp. 61 y 68; MATUS, 2005, pp. 480 ss.; MATUS, 2001, p. 15.

⁵⁶ MATUS, 2005, p. 481; GARCÍA ALBERÓ, 1995, p. 406

una forma de solución⁵⁷. El que una parte de la doctrina tradicional se haya ocupado de estos supuestos en torno al «principio de alternatividad»⁵⁸ no dice mucho, pues nada hay tras dichos desarrollos que permita arribar a una propuesta de solución que podamos asumir como fundada. A lo sumo las opiniones se decantan por el uso de la pena mayor, con base en argumentos que han sido generalmente valorados como discutibles⁵⁹.

A este respecto me parece importante tener en cuenta que este tipo de errores regulativos normalmente se producen por efecto de una modificación legal, cuando se introduce una regla que, por mera inadvertencia, recae sobre una materia que ya se encuentra tratada en la regulación. Constituyen por ello –prácticamente siempre– supuestos de «sucesión de leyes»⁶⁰, frente a los cuales resulta sensato dar prioridad a la norma posterior como criterio de solución. En este marco me parece que la falta de desarrollo y claridad justifica sobremanera la consideración de una regla formal para este tipo de supuestos, especialmente si ya se ha resuelto considerar alguna norma referida al concurso de leyes. Y lo propio se podría sostener en relación a los supuestos en que puede identificar una redundancia de carácter parcial⁶¹, como paradigmáticamente ocurre en los casos de concurrencia plural de formas calificadas que reconocen un mismo tipo básico en común⁶². Si bien también se trata de situaciones excepcionales y que ofrecen una problemática que también se puede resolver de manera adecuada en las instancias dispuestas para la individualización de la pena, la falta de un desarrollo adecuado y de una clara forma de solución⁶³ también aportan razones que me parecen suficientes para reclamar la consideración de una regla particular.

⁵⁷ MALDONADO, 2020, p. 518.

⁵⁸ Se trata del contenido original atribuido por Binding. Al respecto, SANZ, 1989, pp. 664 y 668; CID, 1994, p. 41.

⁵⁹ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, 1964, pp. 50 y 93; FRISTER, 2016, p. 681; MATUS, 2002, p. 34; STRATENWERTH, 2005, p. 543; ZAFFARONI, 2002, p. 867. Con respecto al caso específico propuesto MAÑALICH, 2021, pp. 122 ss.

⁶⁰ MALDONADO, 2020, p. 518; MALDONADO, 2022, p. 31, nota 57; SANZ, 2012, p. 23; ETCHEBERRY, 1964, p. 97.

⁶¹ Sobre la categoría MALDONADO, 2022, pp. 31 ss.

⁶² MAÑALICH, 2021, pp. 119 ss.

⁶³ MALDONADO, 2022, p. 32. Este caso es considerado uno de los más discutidos en la doctrina del concurso: GARCÍA ALBERÓ, 1995, p. 372; ESCUCHURI, 2004, pp. 270 ss. Cabe destacar que en Alemania se lo califica de preferencia como un concurso ideal, si bien dicho modelo prevé una solución penológica idéntica a la que se le concede al concurso aparente (la absorción simple, y no agravada). Sobre esto último, GARCÍA ALBERÓ, 1995, p. 373; STRATENWERTH, 2006, p. 541. En España se debatió lo mismo a propósito de supuestos de concurrencia de parricidio y asesinato, consagrados a través de disposiciones diversas. Sobre la incertidumbre reinante al respecto véase MIR PUIG, 1988, pp. 992 ss. El problema no fue resuelto en dicho medio, sino que se eliminó por la derogación del delito de parricidio.

5. Sobre el tratamiento independiente de las penas accesorias.

Por último, me parece especialmente valorable la inclusión de una regla específica referida a la forma como deben ser consideradas y aplicadas las penas accesorias aplicables a los supuestos delictivos concurrentes. Y no solo porque su aplicación también puede resultar problemática en supuestos de concurrencia plural, sea respecto a las penas principales que corresponda aplicar o entre las mismas accesorias si fuesen varias. Hay que considerar que también se suele sostener que solo deben tener aplicación las previstas en relación al delito cuyo marco sirve de base a la pena a exasperar, por aquello de que «lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal»⁶⁴, argumento que por lo mismo lleva a preterir las demás. Lo cierto es que resulta adecuado asumir que todas y cada una de las previstas para todos los delitos «concurrentes» deben llegar a ser impuestas, sea en atención a que dicha concurrencia es efectiva y teniendo en cuenta la naturaleza propia de este tipo de reacciones. Las penas accesorias reflejan regímenes inhabilitatorios dispuestos por el legislador para ciertos tipos o clases de delitos en atención a que su comisión permite afirmar un mayor riesgo de repetición de parte del respectivo infractor, en una determinación que se adopta con base en los caracteres específicos del injusto cometido. Materializan por ello reacciones de corte preventivo basadas en un pronóstico de riesgo específico y concreto que, sin embargo, se imponen sobre premisas atribuibles (el delito) y merecidas (la culpabilidad)⁶⁵. De esta forma, responden a un fundamento y operan al margen de la correspondiente pena principal, por lo que cabe reconocer y respetar su independencia como forma complementaria –y en ese sentido accesorio– de reacción frente al delito cometido⁶⁶. Con ello, quedan en principio resueltas las dudas que pudiesen plantear los supuestos en que dichas reacciones ofrecen un contenido heterogéneo, esto es, cuando están referidas a diversos ámbitos de la actividad del condenado⁶⁷. En especial si tenemos en cuenta que en dichos supuestos se hace bastante difícil llegar a identificar una antinomia que las torne incompatibles (pues será usual que incidan en ámbitos de desempeño de carácter muy específico).

No obstante, nada dice esta sola regla general sobre cómo se debe operar en los casos en los que se imponen diversas consecuencias de contenido equivalente o similar, sea porque se imponen bajo una modalidad diversa (referida

⁶⁴ Sobre la errónea consideración de esta premisa véase MALDONADO, 2017, p. 329.

⁶⁵ Al respecto, MALDONADO, 2017, pp. 319 ss.

⁶⁶ MALDONADO, 2017, pp. 324 ss.

⁶⁷ En favor de esta solución SUÁREZ, 2001, p. 128; CALDERÓN, 1995, p. 161.

a la suspensión o a la inhabilitación) o porque su extensión, temporal o perpetua, es diferente. Y tampoco cuando su ejecución parece incompatible con la materialidad de la pena principal. A dicho respecto, me parece claro que hay que aludir a la naturaleza propia de este tipo de reacciones toda vez que pone de relieve que su uso responde a una definición orientada a «alejar» al condenado del desempeño de un determinado ámbito de desempeño. Con ello, la fijación de un plazo o de una determinada modalidad solo da cuenta de la forma y lapso bajo la cual el legislador estima necesario mantener al condenado al margen de dicha actividad. Siendo así, cabría atender en exclusiva al régimen que suponga una mayor extensión o afflictividad en estos supuestos, pues su satisfacción también supone o conlleva el cumplimiento de los objetivos de las demás. Cabe por ello, además, renunciar a la idea de una acumulación sucesiva⁶⁸. Esta misma razón apoya la idea de que su imposición solo cobra sentido en paralelo a la ejecución del régimen correspondiente a la pena principal.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE AGGEO, Miguel Ángel: Concurso de delitos en materia penal, Buenos Aires, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Concurso ideal de delitos, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1962.
- CALDERÓN CEREZO, Angel: *El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas*, Unidad y pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, vol. 2, 1995, pp. 137-187.
- CANTARD, Nicolas: *Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso real*, InDret, núm. 3/2023, pp. 519-553.
- CARAMUTI, Carlos: Concurso de delitos, 3.^a ed., Buenos Aires, 2018.
- CARUSO, María Viviana: Unidad de acción y delito continuado, Valencia, 2018.
- CASTELLÓ, Nuria: El concurso de normas penales, Granada, 2000.
- CID MOLINÉ, José: *Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 47, 1994, pp. 29-64.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, vol. 32, núm. 1, pp. 45-92.
- CUERDA RIEZU, Antonio: *La unidad de delito en la jurisprudencia del TS*, en Política criminal y nuevo derecho penal, Libro homenaje a Roxin, Barcelona, 1997.

⁶⁸ En este sentido CUERDA, 1992, p. 27

- DE DOU, Ramón Lázaro: Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Catalunya y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado, tomo II, Edit. Oficina de don Benito García y Compañía, Madrid, 1800.
- ESCUCHURI, Estrella: Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica, Granada, 2004.
- ETCHEBERRY, Alfredo: El concurso aparente de leyes penales, Santiago de Chile, 1964.
- FRISTER, Helmut: Derecho Penal. Parte General, trad. 4.^a ed. Alemana, Buenos Aires, 2016.
- GARCÍA ALBERÓ, Ramón: Non bis in ídem material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995.
- GUINARTE, Gumersindo: *El concurso “medial” de delitos*, Estudios Penales y criminológicos, núm. 13, 1988-1989, pp. 153-206.
- HUERTA, Carla: Conflictos Normativos, México, 2003.
- JAKOBS, Gunther: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich/ Weigend, Thomas: Tratado de Derecho Penal. Parte general, trad. 5.^a ed., Lima, 2014.
- KLUG, Ulrich: *Sobre el concepto de concurso de leyes*, en Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho, reimpresión, Fontamara (Mexico), 2002, pp. 57-75.
- MALDONADO, Francisco: *Unidad de hecho en el concurso ideal*, en La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga, Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 393-419.
- *Reiteración y concurso de delitos. Consideraciones sobre el artículo 351 del Código Procesal Penal a partir de la teoría general del concurso de delitos en el derecho chileno*, en El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro Homenaje al Prof. Alfredo Etcheberry, Santiago, 2016, pp. 549-607.
- *Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos*, Revista de Ciencias Penales, sexta época, vol. XLVIII, núm. 1, 2022, pp. 13-48.
- *Unidad de hecho en el concurso ideal*, Revista Ius et Praxis, 2021, vol. 27, núm. 3, Talca, pp. 135-157.
- *Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales*, Revista Política Criminal, vol. 15, núm. 30, 2020, pp. 493-525.
- *Penas accesorias en Derecho penal*, Ius et Praxis, año 23, núm. 1, 2017, pp. 305-366.
- *Delito continuado y concurso de delitos*, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, 2015, vol. XXVIII, pp. 193-226.
- *Determinación de la pena y concurso de delitos en la ley 20.084*, en Estudios de Derecho Penal Juvenil, núm. 2, diciembre 2011, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, pp. 169-238.

- MAÑALICH, Juan Pablo: *El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del “dolo alternativo”*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Colección Derecho Penal y procesal penal, núm. 23, Edit. BOE, Madrid, 2024, pp. 139-166.
- *La realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo-base como concurso aparente*, en Concurso de delitos. Problemas Fundamentales, Santiago de Chile, 2021, pp. 119-138.
 - *El principio ne bis in ídem en el derecho penal chileno*, Revista de Estudios de la Justicia, 2011, núm. 15, pp. 139-169.
 - *El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico*, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, núm. 74, 2005, pp. 1021-1211.
- MATUS, Jean Pierre: *Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2005, vol. 58, núm. 2, p. 463-494.
- *La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte)*, Revista Ius et Praxis, 2001, vol 6, núm. 2, pp. 195-371.
 - *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el resurgimiento de la ley en principio desplazada*, Revista de la Universidad Católica del Norte, núm. 9, 2002, pp. 27-68.
- MAURACH, Reinhart/ Gössel, Karl-Heinz/ Zipf, Heinz: Derecho Penal. Parte General, tomo II, Buenos Aires, 1995.
- MEZGER, Edmundo: Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte general. Buenos Aires, 1958.
- MIR PUIG, Santiago: *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 41, núm. 3, 1988, pp. 987-1000.
- NINO, Carlos: Introducción al análisis del Derecho, 2.^a edición, Buenos Aires, 1995.
- *El concurso en el derecho penal*, Buenos Aires, 1982.
- PEÑARANDA, Enrique: Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid, 1991.
- *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Montevideo/Buenos Aires, 2015.
- PEÑARANDA, Enrique/ Pozuelo, Laura, *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Colección Derecho Penal y procesal penal, núm. 23, Edit. BOE, Madrid, 2024, pp. 409-415.
- ROIG TORRES, Margarita: El concurso ideal de delitos, Valencia, 2011
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Prólogo*, en La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Montevideo/Buenos Aires, 2015, pp. XVII-XX.

- ROXIN, Claus: Derecho Penal. Parte General. tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito, Madrid, 1997.
- RUIZ MANERO, Juan: *Sistema jurídico: lagunas y antinomias*, en Conceptos básicos del Derecho, Barcelona, 2015, pp. 47-64.
- SANZ MORÁN, Ángel: Unidad y pluralidad de delitos: La teoría del concurso en Derecho Penal, México, 2012.
- *Alternatividad de leyes penales*, en Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor, 1989, pp. 679 ss.
- El concurso de delitos: aspectos de política legislativa. Valladolid, 1986.
- STRATENWERTH, Günter: Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible, Buenos Aires, 2005.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María: El concurso real de delitos, Madrid, 2001.
- VIVES, Tomas Salvador: La estructura de la teoría del concurso de infracciones, Valencia, 1981.
- WESSELS, Johannes/ Beulke, Werner/ Satzger, Helmut: Derecho Penal. Parte general. El delito y su estructura, 46.^a ed. Alemana, Lima, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ Aliaga, Alejandro/ Slokar, Alejandro: Derecho Penal. Parte General, 2º ed., Buenos Aires, 2002.

15. LOS ERRORES CONDICIONADOS POR TRASTORNOS MENTALES: UNA CONVERSACIÓN INACABADA

LUCÍA MARTÍNEZ GARAY ¹
Catedrática de Derecho Penal
Universitat de València

En este merecido homenaje que tributamos a Enrique Peñaranda, a quien admiro profundamente como penalista y como persona, quiero abordar un tema que para mí está muy unido a los encuentros y conversaciones que he tenido a lo largo de los años con él, y con otros queridos colegas de la Universidad Autónoma de Madrid, cuando han tenido la amabilidad de invitarme a participar en diversas actividades académicas. Estas han estado casi siempre ligadas a la culpabilidad y la imputabilidad, y uno de los problemas tradicionalmente mal resueltos en relación con la imputabilidad es el de los errores condicionados por trastornos mentales, al que voy a dedicar esta contribución.

Tras describir muy brevemente la cuestión y la relevancia práctica que puede tener, argumentaré, en primer lugar, que las consecuencias sistemáticas alrededor de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, tradicionalmente esgrimidas como problemáticas en los casos de error condicionado, quizá no son tan relevantes; y, en segundo lugar, que el principal defecto que a mi juicio tiene el planteamiento tradicional de los errores condicionados es que introduce una diferencia de trato no razonable entre supuestos que a mi juicio deben ser tratados de manera igual. Con ello no pretendo exponer una tesis acabada:

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-123441NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

se trata solo de algunos argumentos que lanzo para el debate², con la idea de continuar esa conversación con el prof. Peñaranda, y los compañeros y compañeras del área de Derecho penal de la UAM, de la que espero poder seguir disfrutando, y aprendiendo, mucho tiempo más.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Los errores condicionados³ son supuestos en los que un trastorno mental hace desaparecer (aparentemente al menos) alguno de los requisitos de carácter subjetivo que son necesarios para la responsabilidad penal, y especialmente los que según la doctrina mayoritaria afectan al injusto: ya sea la voluntariedad mínima requerida para la presencia de una acción, el dolo, o los elementos subjetivos adicionales al dolo que exigen algunos tipos. Por ejemplo: una persona que padece una esquizofrenia paranoide cree a consecuencia de sus delirios y de sus alucinaciones que su vecino es en realidad un monstruo extraterrestre que está absorbiéndole el cerebro, y por tanto lo apuñala.

A primera vista, la persona del ejemplo sería autora de un homicidio⁴, pero estaría exenta de responsabilidad penal por ser inimputable: se le aplicaría el artículo 20.1 CP, que exige al que «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Esta calificación jurídica supone que el hecho se considera antijurídico, pero el autor no es culpable, y esto es importante porque conlleva dos tipos de consecuencias. En primer lugar, que se pueden imponer medidas de seguridad –en caso de ser necesarias porque exista peligrosidad– ya que así lo prevén los artículos 95 ss.

² Provisionales aún algunos de ellos, y en los que, por razones de espacio, omitiré distinciones relevantes que existen en la doctrina, y limitaré las referencias bibliográficas al mínimo, lo que desde luego lastra la solidez de la argumentación.

³ Como señala Molina Fernández, la denominación «error condicionado» es la que emplean los partidarios de una determinada solución para este problema: quienes consideran que los errores condicionados por el trastorno mental deben reconducirse a la inimputabilidad, a diferencia de los errores en los que una persona normal también habría incurrido, a los que se debe aplicar el régimen previsto para el error (MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008, pp. 127 ss.). No obstante, creo que la expresión es lo bastante amplia como para poder designar con ella el problema en general –con independencia de cuál sea la solución que se estime preferible– y además tiene la ventaja de ser más concisa que otras denominaciones posibles (como «errores jurídicamente relevantes causados por situaciones de inimputabilidad» o «errores derivados de anomalías o alteraciones psíquicas»).

⁴ Intentado o consumado, según cómo acabe la historia, o quizá de unas lesiones consumadas; este es un matiz importante sobre el que luego volveré.

CP y el artículo 20 en su último inciso⁵. En segundo lugar, que ese hecho típico y antijurídico genera responsabilidad civil para el perjudicado, se puede castigar a los partícipes que eventualmente intervengan en él, y la víctima podría reaccionar en legítima defensa.

Sin embargo, se ha advertido que en un caso como este el autor, precisamente debido a sus alucinaciones, no sabe que está matado a «otro» (ser humano) como exige el artículo 138 CP, sino que cree que está matando a un extraterrestre, y por tanto actuaría sin dolo, pues desconoce «un hecho constitutivo de la infracción penal». En consecuencia, habría un error (invencible) de tipo, y el precepto que debe aplicarse al caso no es el artículo 20.1 CP, sino el artículo 14.1. CP. Este cambio en la calificación jurídica tiene consecuencias importantes. Por un lado, para quienes consideran que el dolo forma parte del tipo subjetivo, el error invencible convierte el hecho en atípico, lo que provoca que decaigan las consecuencias sistemáticas a las que me acabo de referir, ya que todas ellas (la legítima defensa, la responsabilidad civil, y el castigo de los partícipes) sólo podrían construirse a partir de la existencia de un hecho típico y antijurídico⁶. Por otro lado –y este es el punto que más preocupa a la doctrina– se dice que si se aplica el error de tipo no pueden imponerse en un caso como este medidas de seguridad, por dos motivos: el primero, porque si entendemos que al faltar el dolo no hay tipo (subjetivo), no tendremos un hecho típicamente antijurídico, que es el presupuesto que se considera necesario para imponer medidas de seguridad⁷. Pero, además (y aunque esto no se destaque con tanta frecuencia), porque el artículo 14 CP no contempla la posibilidad de imponer medidas en los casos de error (como sí lo hace el art. 20 CP, último inciso, para las causas de inimputabilidad contempladas en sus números 1.º, 2.º y 3.º).

Entonces, ¿cuál es la calificación correcta en un caso como el del ejemplo? ¿Inimputabilidad o error de tipo? Hay acuerdo en que lo más conveniente sería reconducirlo al artículo 20.1 CP, sobre todo porque ello permite imponer medidas de seguridad. Pero, si queremos ser consecuentes con la sistemática de la teoría del delito que mayoritariamente se defiende, sin dolo no hay hecho típico, y sin él parece que no puede haber medidas de seguridad, ni responsabilidad civil, ni legítima defensa, ni castigo de los partícipes. Parece una con-

⁵ «En los supuestos previstos en los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este código».

⁶ Así lo expone con claridad la STS núm. 339/2023, de 10 de mayo (ECLI: ES: TS:2023:2090), a la que me referiré en el siguiente apartado, en sus fundamentos de derecho 15 al 18.

⁷ Esta es la interpretación mayoritaria de la expresión «hecho previsto como delito», del artículo 95.1.1.ª CP.

tradición entre lo que es más razonable hacer, y lo que resulta dogmáticamente coherente hacer⁸.

II. RELEVANCIA PRÁCTICA

Los tribunales suelen considerar estos casos como cuestiones de inimputabilidad, y aplican la eximente de anomalía psíquica del artículo 20.1 CP con escasas excepciones, y muchas veces sin siquiera plantearse ninguna otra posibilidad. Pero es cierto que, aunque no sean la mayoría, sí hay sentencias que se plantean el problema y dudan, o que incluso optan por la atipicidad, sobre todo cuando el abogado de la defensa tiene la habilidad de hacer ver al tribunal el problema⁹.

Hay de hecho una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la núm. 339/2023, de 10 de mayo (ECLI: ES: TS:2023:2090), en la que un varón, que es sordomudo desde la infancia y no ha recibido educación especial ni tratamiento, tiene relaciones sexuales con otro varón que padece una discapacidad intelectual (le pide que le haga una felación, a lo cual este último accede). El tribunal de instancia había aplicado al autor, como eximente completa, la de alteraciones en la percepción del artículo 20.3 CP¹⁰, pero en el recurso la defensa adujo que la sordomudez impidió al autor darse cuenta de la discapacidad de la víctima, y del problema de falta de consentimiento válido que eso supone, por lo que habría incurrido en un error sobre el tipo de abuso sexual¹¹. Solicitaba la aplicación del artículo 14 CP en vez del 20.1, y la eliminación de

⁸ Cfr. una panorámica excelente del estado de la cuestión en SILVA SÁNCHEZ, 2004, y MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008. Es más, la situación es en realidad más complicada, porque los trastornos mentales, además de interferir con el dolo, pueden provocar también errores sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la ausencia de algún elemento subjetivo especial exigido por el tipo, o –se dice– incluso la ausencia de acción. Para simplificar, voy a tratar en esta contribución solo el error de tipo condicionado por el trastorno mental, pero pueden verse ejemplos de estas otras posibilidades en JOSHI JUBERT, *ADPCP* 1989, SILVA SÁNCHEZ, 2004; MARTÍNEZ GARAY, *EDJ* 2006, o MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008.

⁹ Cfr. numerosos ejemplos en JOSHI JUBERT, *ADPCP* 1989; SILVA SÁNCHEZ, 2004; MARTÍNEZ GARAY, *EDJ* 2006 y 2024; MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008 y 2017.

¹⁰ Cosa bastante insólita, que por sí misma ya merecería ser analizada en un trabajo independiente, habida cuenta de que la «misteriosa» eximente del artículo 20.3 CP solo se había aplicado como completa desde 1983 hasta ahora en dos ocasiones, salvo error u omisión por mi parte (cfr. una explicación de sus escasos supuestos de aplicación, como eximente completa, incompleta, y atenuante analógica, en MARTÍNEZ GARAY, 2024, n.m. 2390 ss.). Lamentablemente, la sentencia de primera instancia (SAP Santander núm. 300/2020, de 14/12/2020, ECLI: ES: APS:2020:1149) no explica con detalle los motivos que le llevan a apreciar la eximente.

¹¹ La calificación jurídica del hecho fue abuso sexual del artículo 181.1 y 2 CP, en su redacción anterior a la reforma de 2022, por abuso del trastorno mental de la víctima.

la medida de seguridad que se le había impuesto en primera instancia, que era una libertad vigilada.

La mayoría de la sala segunda desestimó el recurso y mantuvo la calificación del supuesto como uno de inimputabilidad, aunque tras un debate interno que llevó a que el magistrado que inicialmente tenía atribuida la ponencia defendiera en un voto particular discrepante la solución de la atipicidad por falta de dolo. Es más, la sentencia deja una puerta abierta a esta posibilidad en el fundamento de derecho décimo primero, en el que valora el dato de que el acusado absuelto por inimputabilidad no actuó solo, sino que acompañaba a otro varón, completamente imputable, que resultó condenado por los mismos hechos. En efecto, el Tribunal sostiene que: «el panorama sería completamente diferente si estuviésemos ante un encuentro en solitario entre Braulio y Cipriano, producido en un contexto distinto del que describe el relato de hechos probados, y ante un contacto sexual asumido por ambos. Probablemente en esa otra situación la tesis de la atipicidad que mantiene el recurso podría abrirse paso con naturalidad».

Pero añade que, en el contexto que describen los hechos probados, Cipriano actúa en sintonía y concurso con Horacio, sujeto completamente imputable, que por ello no se relaciona con la víctima «en términos de simetría», y que en definitiva «la acción realizada por Cipriano –situada en ese contexto circunstancial y no en un aséptico laboratorio académico– supone objetivamente un “abuso” del “trastorno mental” de la víctima y por tanto puede afirmarse su tipicidad; y su antijuricidad».

El Tribunal deja, como puede verse, planteada la posibilidad de haber considerado que el hecho fuera atípico si el inimputable hubiera actuado solo, porque en ese caso parece que sí habría podido apreciarse esa situación de «igualdad» entre «autor» y «víctima» que reclama la defensa¹². Lo que demuestra que este problema no es un mero «supuesto de laboratorio» con el que nos entretenemos los dogmáticos, sino una cuestión que puede tener a veces consecuencias importantes en la práctica¹³.

¹² Esta mención a la igualdad hace surgir otra duda: si la sordomudez del «autor» llega al punto de hacerle completamente inimputable, incapaz de comprender la ilicitud que supone mantener relaciones sexuales con quien tiene una discapacidad intelectual, y el tribunal considera que uno y otro están en una relación de «igualdad», ¿no podríamos pensar que es muy dudosa la capacidad del propio ‘autor’ (a causa de las limitaciones que tiene por su sordomudez) para consentir esa relación? Si el tribunal considera decisiva la presencia de un tercer sujeto imputable para entender que el contexto es el de un abuso del trastorno mental, y que la víctima no consintió válidamente, ¿no cabría pensar que también el «autor» sordomudo puede estar siendo «manipulado» o «abusado» por ese tercero, y que podría ser quizá una «víctima» también?

¹³ En la sentencia que estamos comentando la medida de seguridad cuya imposición combatía la defensa al solicitar que se calificara como error de tipo era una libertad vigilada, pero podría haberse tra-

III. SOLUCIONES POSIBLES

Para solucionarla se han propuesto muy diversas vías, a las que aquí solo cabe hacer una muy sucinta referencia¹⁴. En la doctrina española inicialmente Joshi Jubert sugirió una reforma del texto legal, para introducir un precepto que permitiera expresamente imponer medidas de seguridad en estos casos¹⁵. Esta solución tiene el problema, sin embargo, de que no arregla la otra dimensión del asunto, la de las consecuencias sistemáticas: seguiríamos sin poder castigar a los partícipes, sin poder calificar como legítima defensa la reacción defensiva de la víctima, y sin poder exigir responsabilidad civil al autor¹⁶.

Hay una postura bastante extendida que defiende calificar estos errores como supuestos de imputabilidad cuando sólo se expliquen como consecuencia de los efectos del trastorno mental, mientras que, si la persona que padece la anomalía psíquica se ha confundido, pero en circunstancias en que también cualquier otro habría incurrido en esa equivocación, ahí sí que se debe aplicar el error de tipo. A esta tesis se le ha criticado, sin embargo, que es incoherente, porque no explica cómo es posible seguir afirmando que hay dolo en la actuación de quien desconoció un elemento del tipo (por la causa que sea), incurriendo con ello en una contradicción dogmática insalvable en aras de mantener un resultado político-criminalmente deseable (la imposición de medidas de seguridad)¹⁷.

Por eso algunos autores proponen modificar la teoría del delito. En esta línea destacan dos propuestas, la de Silva Sánchez, y la de Molina Fernández. Dicho de manera muy sintética, la primera consiste en dejar de exigir un presupuesto de aplicación común para las penas y para las medidas de seguridad. Las primera requerirían comprobar la existencia de un hecho típico y antijurídico en sentido convencional, según la sistemática mayoritaria, pero para las medidas no sería necesario. Bastaría con constatar la existencia de un daño objetivo, aunque en el hecho no estén presentes los elementos subjetivos de la tipicidad¹⁸. La propuesta de Molina va un paso más allá: no hay que modificar

tado perfectamente de una medida de internamiento psiquiátrico de varios años de duración.

¹⁴ Para más detalles, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008; SILVA SÁNCHEZ, 2004; MARTÍNEZ GARAY, 2008.

¹⁵ «Cuando no sea posible imponer una medida de seguridad prevista en el CP a los sujetos para los cuales aquellas están previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá sometérselos también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro cometan hechos similares.» (JOSHI JUBERT, *ADPCP* 1989, p. 140)

¹⁶ Así lo destacan MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008, p. 134, y SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 870.

¹⁷ Cfr. con más detalles y referencias, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2014, p. 10 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008, pp. 128-133.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2014.

la teoría del delito solo para las medidas de seguridad, sino que hay que hacerlo también para las penas, y diferenciar un escalón completamente objetivo, la lesividad (que no se ve afectado por la presencia o ausencia de dolo ni por el resto de elementos de la imputación subjetiva), y otro, la antijuridicidad culpable, que entraña la infracción de la norma de conducta y en la que se valoran todas las circunstancias que condicionan la capacidad personal para cumplir deberes jurídicos¹⁹.

IV. LA DISCUTIBLE RELEVANCIA DE ALGUNAS CONSECUENCIAS SISTEMÁTICAS DEL ERROR DE TIPO CONDICIONADO POR EL TRASTORNO MENTAL

Sin embargo, algunas de las consecuencias sistemáticas de entender que el hecho del inimputable es atípico por falta de dolo –cuando se parte de una sistemática en la cual el dolo forma parte del tipo subjetivo de injusto– no son, quizá, tan radicales como se las ha presentado.

Por lo que hace a la legítima defensa, es verdad que frente a un hecho que no es típicamente antijurídico no cabe alegar esta eximente. Sin embargo, sí cabe oponer estado de necesidad, y por ello el que sufre la agresión por parte de quien actúa sin dolo debido a su trastorno mental, también puede reaccionar de manera justificada. Desde luego, el estado de necesidad tiene exigencias de proporcionalidad más estrictas que la legítima defensa, y no permite al agredido llegar tan lejos en su reacción defensiva como podría hacerlo si estuviera cubierto por la eximente del artículo 20.4 CP. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la doctrina limita la legítima defensa frente a agresiones típicas y antijurídicas cometidas por inimputables con las llamadas «restricciones ético-legales»²⁰. En consecuencia, no parece que en este punto calificar la conducta del agresor como error de tipo del artículo 14.1 CP (debido al trastorno mental) o como inimputabilidad (aplicando la eximente de anomalía psíquica del artículo 20.1 CP) tenga consecuencias tan distintas: en ambos casos es posible defenderse de manera justificada, ya sea en estado de necesidad, o bien invocando una legítima defensa que estará limitada por restricciones ético-sociales, lo que la acerca en cierta medida al primero²¹.

¹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade* 2008, pp. 140 ss.; 2017, *passim*.

²⁰ Por todos, ROXIN / GRECO, 2020, § 15 n.m. 61 ss.

²¹ Hasta el punto de que, en opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, esta legítima defensa limitada frente a acciones no culpables «sería más correcto encuadrarla en el estado de necesidad defensivo y reservar la legítima defensa para las acciones culpables» (2024, n.m.1664).

En cuanto a la responsabilidad civil, lo cierto es que cabe reclamarla tanto frente al hecho cometido por un sujeto inimputable, como frente al realizado en error de tipo. En el primer caso, porque así lo establece el artículo 118.1 CP, y en el segundo, porque el artículo 118.2 CP dispone que «En el caso del art.14 son responsables civiles los autores del hecho». El precepto no distingue entre errores de tipo y de prohibición, así que permite exigir responsabilidad civil también por error de tipo invencible. Ciertamente, como han señalado algunos autores, si se considera que el dolo es un elemento del tipo de injusto, no parece que en el caso del error invencible de tipo podamos hablar propiamente de una responsabilidad civil «derivada de delito», porque no hay un injusto típico²², pero la responsabilidad civil no requiere necesariamente dolo ni imprudencia, y si no existiera el artículo 118.2 CP «se podría exigir responsabilidad civil en un supuesto de error de tipo invencible que genere daños acudiendo a los preceptos del Código civil»²³. Como indica Silva, esta regla tiene la función político criminal de evitar el ‘peregrinaje de jurisdicciones’: tener que iniciar un procedimiento civil para reclamar la indemnización una vez dictada la absolución en la vía penal²⁴. Pero, sea como fuere, lo cierto es que no hay diferencia para el perjudicado, en cuanto al derecho a reclamar indemnización civil, entre calificar los supuestos que estamos discutiendo como errores de tipo excluyentes del dolo, o como supuestos de inimputabilidad.

Y respecto a la imposibilidad de castigar a los partícipes en un hecho atípico, quien instigara a otro a llevar a cabo una conducta de la cual este último no advierte la trascendencia a causa de su trastorno mental, pero que el primero sí percibe y entiende perfectamente, es autor mediato del delito correspondiente. Considero que la inmensa mayoría de supuestos de codeinfluencia en que el tercero sí conozca los elementos del hecho que desconoce el otro a causa de su trastorno mental serán reconducibles a la autoría mediata, pues parece probable que se encuentre en ellos esa nota de manipulación y aprovechamiento, característica de esta figura, en quien está mejor informado. Si hay supuestos que no pudieran encajar en la autoría mediata²⁵, es verdad que no podrían ser castigados como participación si seguimos la postura, mayoritaria en la doctrina, de la accesoriedad limitada, según la cual el autor ha de haber cometido un hecho típico (objetiva y subjetivamente) y antijurídico

²² Por ello LUZÓN PEÑA entiende que el artículo 118.2 CP no es aplicable a los errores de tipo objetivamente invencibles (2025, p. 257 nota 3).

²³ ALASTUEY DOBÓN, 2023, p. 1003

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 927.

²⁵ Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «cuando la iniciativa [de cometer el hecho] proviene del propio inimputable, y el ‘hombre de atrás’ se limita a favorecerla o apoyarla, [estamos ante una] situación que parece ubicarse en una tierra de nadie entre la autoría mediata y la complicidad» (2024, n.m. 2938).

para poder castigar al partícipe. Ahora bien, como recuerda Silva Sánchez, nuestro código penal no ha optado por ninguna configuración concreta de la accesoriedad en la participación²⁶. Es posible por tanto defender –sea en la sistemática mayoritaria, o en otras– formas de accesoriedad mínima objetiva, según las cuales basta un hecho que revista los elementos objetivos del tipo (o del tipo justificado) para poder construir la participación, lo que permitiría castigar a quien coopere al hecho de quien actúa sin dolo a causa de su trastorno mental, como de hecho defienden algunos autores²⁷.

V. EL PROBLEMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En cuanto al problema de las medidas de seguridad, que es probablemente el que más preocupa, también puede resolverse sin llevar el dolo a la culpabilidad. Basta para ello con interpretar la referencia a que se haya cometido un «hecho previsto como delito» en los artículos 6 y 95 CP en un sentido que no requiera la concurrencia del dolo. Esta es la propuesta que efectúa Silva Sánchez, como ya hemos señalado *supra*, pero que con unos u otros argumentos también defienden otros autores²⁸.

Es más, llevar el dolo a la culpabilidad y considerar un nivel de lesividad completamente objetivo como presupuesto para la imposición de las medidas no es suficiente para poder imponerlas en los casos de errores condicionados, si estos se califican aplicando el artículo 14.1 CP. Y ello porque este precepto no contempla la posibilidad de imponer medidas (como sí lo hace el art. 20 CP, último inciso, para las causas de inimputabilidad contempladas en sus números 1.º, 2.º y 3.º). Es decir, que –al menos de *lege lata*– por mucho que situemos

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, Cap. 16 n.m. 49.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2025, Cap. 16 n.m. 45 ss.; también ROBLES PLANAS, 2003, pp. 221 ss. (accesoriedad respecto del injusto típico y antijurídico desde el punto de vista objetivo); desde una sistemática diferente, ligada a la concepción significativa de la acción, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPC* 2020 (accesoriedad lógico-gramatical, accesoriedad mínima objetiva, referida al tipo de acción). Por otro lado, si se considera que los criterios de imputación objetiva son iguales en el tipo doloso y en el imprudente, y que en este último las capacidades inferiores del autor no afectan al injusto sino a la culpabilidad del delito imprudente (ROXIN / GRECO § 11, n.m. 49 y § 24, n.m. 54 y 58 ss.), cabría sostener –sin abandonar la concepción de la accesoriedad limitada– que el cómplice o el cooperador necesario en el hecho que comete quien actúa en error de tipo condicionado por su trastorno mental, son al menos partícipes dolosos en el delito imprudente (si se admite la participación dolosa en delito imprudente; cfr. en sentido afirmativo MIR PUIG, 2015, Lecc. 15 n.m. 39, con ulteriores referencias) que también se esconde dentro de todo tipo doloso; creo que esta es la solución a la que abocaría en estos casos la concepción defendida por PEÑARANDA RAMOS (1991 *passim*, y especialmente pp. 174, 178 ss.).

²⁸ Por ejemplo PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, pp. 339 ss. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2021, pp. 49 ss., desde la concepción significativa de la acción.

el dolo en la culpabilidad, si se considera que este tipo de situaciones son errores de tipo del artículo 14.1, no es posible imponer medidas de seguridad. Para poder hacerlo sería necesario modificar el texto legal, como ya reclamara Joshi Jubert en su momento, al menos introduciendo en el artículo 14.1 CP un inciso que dijera: «si el error ha sido determinado por un trastorno mental, se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este código».

VI. PERO, ¿ES EL «ERROR» DEL INIMPUTABLE REALMENTE UN ERROR DEL ARTÍCULO 14 CP?

Hasta aquí, hemos visto que es posible «disolver» los problemas que plantean los errores de tipo condicionados por trastornos mentales, porque hay maneras para reconducirlos al artículo 14.1 CP, que es lo que muchos autores consideran coherente, pero a la vez eludiendo las consecuencias sistemáticas y político-criminales insatisfactorias que según la doctrina derivarían de esta calificación. Sin embargo, queda una cuestión que me preocupa.

Todo este planteamiento parte de la base de que cuando la persona se confunde, a causa de su anomalía psíquica, sobre la concurrencia de alguno de los elementos objetivos del tipo, estamos, realmente, ante un error del artículo 14.1 CP. Y asume, también, que en otros casos la patología mental daría lugar a errores de prohibición, a miedos, a supuestos de ausencia de acción, etc.²⁹. Al final, solo en contadas ocasiones el efecto del trastorno mental encajaría directa y exclusivamente en la categoría de la imputabilidad³⁰. Porque cuando resultaran afectadas categorías dogmáticas anteriores a la imputabilidad sería con arreglo a esas como habría que calificar el supuesto (y resolver, de las maneras más o menos ingeniosas que hemos visto *supra*, las dificultades que esto suscita según la sistemática de la teoría del delito de la que se parta), mientras que a la inimputabilidad solo se reconducirían los casos en que la patología mental produje-

²⁹ Muy claro en SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1750: «la relevancia transcategorial de las alteraciones y anomalías mentales se debe a la fragmentación del juicio de imputación, que es propia de la teoría del delito contemporánea. En efecto, este factor determina que dicho juicio se vaya efectuando parcial y progresivamente a lo largo de diversos niveles sistemáticos. Así, en concreto, en el de la acción, en el de la llamada imputación subjetiva –dolo o imprudencia– y en el de la culpabilidad. Pues bien, las enfermedades y trastornos mentales constituyen, para el Derecho penal, un problema de capacidad de imputación. De ahí que sigan ese mismo itinerario.» Muy similar ya en SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2014, p. 4

³⁰ Parece que solo cuando el trastorno afectase a la dimensión volitiva, ya que no existe una eximente general para los déficits volitivos (al contrario de lo que ocurre con los cognitivos, para los que sí está regulado de manera general el error, de tipo y de prohibición), excepto los debidos al miedo.

ra los efectos propios de la ausencia de culpabilidad (errores de prohibición condicionados, miedos patológicos, y afectaciones volitivas).

Pero creo que este planteamiento no se adecúa a la realidad clínica de los trastornos mentales, ni tampoco a la manera en que los tribunales están en condiciones de valorarlos. Para aplicar un error de tipo hay que averiguar exactamente qué conocía y qué desconocía la persona. No es igual que el error recaiga sobre un elemento esencial del tipo que sobre uno accidental, y hay que ir con cuidado cuando recae sobre un elemento normativo, para decidir si debe considerarse un error de tipo o uno de prohibición. Sin embargo, para eximir de responsabilidad por causa de trastornos mentales no es necesario, ni a veces siquiera posible, probar qué es lo que pensaba, sabía o ignoraba el sujeto. Resulta particularmente ilustrativa la SAP Barcelona (Secc. 20.^a) núm. 989/2019 de 3 diciembre (ECLI: ES: APB:2019:16243), que afirma:

«Resulta científicamente imposible conocer cuál era el pensamiento exacto del sr José y cuál era la línea de distorsión específica de su discurso tanto antes, como en el momento de comisión de los hechos, pues hasta ahí no llega la psiquiatría, pero lo que parece claro es que en algún momento de su ideación delirante y alucinatoria y por las razones que fueren, introdujo patológicamente a la Sra Custodia con el resultado de sobras conocido. [...] El procesado introdujo los actos realizados en su propio episodio delirante con ideas referenciales de persecución o perjuicio, es decir, el procesado no llegó a comprender realmente el alcance de los hechos porque estos se encontraban incursos en una realidad paralela cuyo contenido ignoramos»³¹.

También es frecuente que no quede claro si lo que está afectado es el conocimiento de los elementos del tipo, o el de la prohibición. Hay sentencias que aplican la eximente del artículo 20.1 subrayando que la persona no tuvo conciencia de la «ilicitud del hecho» (es decir, que falta el conocimiento de la prohibición), aunque la descripción del trastorno que padece el sujeto parece afectar no

³¹ Los hechos por los que se acusaba en esta sentencia fueron calificados como una tentativa de asesinato y un aborto consumado. En sentido similar, SAP Málaga, Sección 7.^a, núm. 8/2023 de 22 de junio (ECLI: ES: APML:2023:86): «No sabemos qué se le pasaba por la cabeza al acusado en su delirio mientras cometía los hechos, pero en todo caso resulta irrelevante. Lo cierto es que ata a su padre, le inmoviliza y le quita la posibilidad de defensa rayando la alevosía y luego intenta asfixiarlo por todos los medios, tapándole nariz y boca, con el disco y finalmente, apretándole el cuello y tratando de meterle una bombilla en la boca, no deteniéndose ni ante la presencia policial, por lo que no cabe sino concluir que tenía la intención de matar.»

al conocimiento de las normas, sino al del significado de los hechos³². Y resoluciones afirman que el acusado tiene «alterado el juicio de la realidad», que tiene «anulada la capacidad cognitiva», aunque describen situaciones en las que parece muy claro que la persona no erró en ningún momento ni sobre los elementos del tipo ni sobre la prohibición de la conducta. Un ejemplo es la SAP Madrid, Sección 23.^a, núm. 335/2016, de 27 de mayo (ECLI: ES: APM:2016:4616), que describe un caso de delirio erotomaniaco donde la acusada, enamorada de un conocido locutor deportivo, decide que es necesario matar a la esposa de este porque solo de ese modo podrá hacerse realidad su amor. Encarga a tal efecto hasta en dos ocasiones su asesinato, y llega a intentarlo personalmente también. La sentencia explica que, según el informe pericial,

«“un delirio debe considerarse como *un juicio erróneo de la realidad*, implica una creencia irracional o errónea, firmemente sostenida con lógica inadecuada”. El tipo erotomaniaco implica un tema central: que otra persona está enamorada del individuo que padece el delirio. Su repercusión sobre las capacidades volitivas y cognitivas comienza por estimar que *no nos encontramos ante unos hechos de tipo impulsivo sino más bien al contrario*, pensados y elaborado a lo largo de semanas y/o meses. Y estamos «ante un error que invade el conjunto del pensamiento y determina la conducta... ya que la idea delirante es su verdad y la vive como real “(3228). *Ello no supone que no conozca la ilicitud de los hechos, sabe perfectamente su reproche legal*; pero a pesar de ello, el núcleo del trastorno, que ha generado y motivado el hecho delictivo, es patológico, resultando condicionados los mecanismos del pensamiento y del conocimiento de la referida, que son a su vez parte del acto voluntario. Por lo tanto, nos encontramos ante una *anulación de la capacidad cognitiva* por distorsión cognitiva, el juicio de realidad está alterado por el delirio... lo que es más importante, *le es imposible actuar de acuerdo a dicho conocimiento*, dado que toda su conducta está dirigida por esta alteración del juicio de realidad”»

³² SAP Bizkaia, sec. 1.^a, núm. 416/2025, de 2 de octubre (ECLI: ES: APBI:2025:1995): enfermera acusada de delitos de daños y falsedad documental, porque simula vacunar a los niños pero no lo hace, desechando el producto y haciendo constar en los informes que sí están vacunados. La sentencia afirma que «la encausada padecía en la fecha de los hechos una alteración psíquica en forma de trastorno de ideas delirantes persistentes con presencia de ideación delirante compleja de corte mesiánico, esotérico y místico, [...] (citan como ejemplo que está convencida de haber sido jurado en el proceso de Nuremberg).» Concluye que su voluntad de no vacunar estuvo determinada por este delirio, que «se manifestaron en expresiones espontáneas de la acusada a los padres sobre el carácter angelical de los niños como seres de Dios, o la innecesidad de la vacunación antitetánica frente a la inmunización natural procedente de caminar descalzos sobre la hierba, y otras tales como la audición de música identificable como oriental en tiempo de trabajo) evidencian una anulación de sus facultades intelectivas al modo de no tener ninguna conciencia de la ilicitud de los hechos, sino al contrario la de tener el absoluto convencimiento de estar procurando con sus conductas la mayor y mejor pauta sanitaria a los menores.»

En definitiva, podemos considerar, desde una perspectiva forense, que las capacidades cognitivas y volitivas se encuentra anulada para hechos como los de autos». (cursivas añadidas)

Tal como puede verse, en este caso el comportamiento no fue impulsivo sino más bien al contrario, cuidadosamente planificado, y la persona sabe que está matando y que está prohibido matar. A pesar de ello, la sentencia aplica la eximente completa del artículo 20.1 CP y afirma que sus capacidades cognitivas y volitivas están anuladas porque «los mecanismos del pensamiento y del conocimiento» están alterados por el delirio. Esta sentencia es un buen ejemplo de que la inimputabilidad se refiere a situaciones donde lo que el sujeto sabe, no sabe, siente, teme o quiere está todo inextricablemente unido, y explicado por lo que sí está claramente presente: el trastorno mental. Este altera la estructura de los procesos psíquicos: lo relevante de los trastornos mentales para la responsabilidad penal no es que el sujeto se equivoque, sino cómo se equivoca³³.

Por eso, cuando hablamos de «errores condicionados» por trastornos mentales, creo que no se trata de errores que son iguales a los demás (a los del artículo 14), solo que están causados por un trastorno mental (como otros errores lo pueden estar por otras circunstancias: un asesoramiento equivocado, tener mala vista, una broma de un amigo, etc.). Un error de tipo (o de prohibición) a los efectos del artículo 14 CP no es solo el desconocimiento de un elemento del hecho constitutivo de la infracción penal (o de la norma), venga de donde venga. Es un desconocimiento en el que nos podemos reconocer, que podemos comprender, porque, puestos en la situación del autor, cualquiera habríamos incurrido en él. Puesto que lo que el sujeto sabía o no sabía no es susceptible de prueba directa, su conocimiento o desconocimiento de los hechos es una conclusión a la que se llega comparando lo que él alega que creyó, con lo que cualquiera habría creído en la situación en la que estaba. Visto desde esta perspectiva, el error condicionado y el no condicionado por un trastorno mental son, de hecho, absolutamente diferentes, porque su definición es opuesta: error en el que cualquiera, puesto en la situación del autor, habría incurrido, versus error en el que solo el autor ha podido incurrir. Y que por tanto el juez solo se cree si hay un informe pericial que acredita el trastorno, sus características y su gravedad. Creo que la necesidad de atender, como obliga el tenor literal del artículo 14, a las «circunstancias personales del autor», no permite incluir en ellas los trastornos mentales graves que cursan con delirios y alucinaciones, porque

³³ Una explicación más detallada en MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 358 ss., 365 ss. Una mirada a lo que suponen los delirios para la comprensión de la realidad, narrado por alguien que lo ha experimentado de primera mano, en ÁNGEL MARTÍN: *Por si las voces vuelven*, Planeta, Barcelona, 2021.

estos son únicos: ni siquiera otro «loco», que viera el comportamiento desde fuera lo interpretaría como el primer inimputable, sino o bien como los demás, o bien dentro de otro delirio distinto en el que significaría otra cosa.

VII. EL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD Y EL PROBLEMA DEL DOLO

En definitiva, lo que sostengo es que los ejemplos de «errores de tipo condicionados» que se suelen emplear, y que se caracterizan por la presencia de delirios y alucinaciones, no deben ser calificados como errores de tipo, sino solo como situaciones de inimputabilidad, compatibles en su caso –ahora lo veremos– con haber actuado dolosamente. Y ello a pesar de que hay formas de salvar los escollos sistemáticos que produce aplicar el artículo 14 a situaciones en que un trastorno mental ha producido una interpretación aberrante de la realidad, y con independencia también de que sea posible interpretar la regulación vigente de manera que permita imponer medidas de seguridad en estos casos. Aunque todo esto se pueda hacer (como hemos visto *supra* en IV. y V.), sigo sin tener claro que sea correcto aplicar el artículo 14.1 CP a un ejemplo como el que he utilizado al inicio de este trabajo. Porque, ¿qué es lo que cree el sujeto, que su vecino es un extraterrestre, o que está poseído por uno? Esto probablemente va a ser muy difícil de establecer. Pero, sobre todo, suponiendo que pudiéramos averiguarlo: ¿deberíamos decir que en el primer caso hay un error sobre el tipo, pero en el segundo no, porque sí reconoce que, además de matar al extraterrestre, está matando también a un ser humano, y actúa por tanto con solo de consecuencias necesarias? Creo que no hay ninguna razón convincente para considerar que el primer caso es un error de tipo y el segundo un supuesto de inimputabilidad, es decir, para calificarlos de manera distinta.

Dos supuestos pueden ser considerados iguales o no en función de cuál sea la cualidad que nos parezca relevante. El error condicionado está a medio camino entre el error de tipo y la inimputabilidad: se parece al primero porque al final hay, de una u otra manera, un desconocimiento de la realidad, y se parece a la segunda porque hay un trastorno mental que está alterando los procesos mentales. Lo que hay que decidir es a cuál de estas dos posibles calificaciones jurídicas es más adecuado asimilarlo y, a mi juicio, lo decisivo es la alteración estructural de los trastornos mentales. Por un lado, porque el tenor literal del artículo 20.1 (y 20.2, y 20.3) CP admite sin problemas reconducir

aquí los errores condicionados³⁴. Por otro lado, parece lo más lógico, si también se reconducen al artículo 20.1 otros déficits de conocimiento y voluntad causados por trastornos mentales (errores de prohibición «condicionados», miedos patológicos). Y sobre todo porque, como hemos visto, en los trastornos mentales puede resultar extraordinariamente difícil diferenciar la afectación a la dimensión cognoscitiva, de la afectación a la dimensión volitiva del comportamiento, por lo que las eximentes del artículo 20.1, 2 y 3 CP, que tratan ambas conjuntamente, son las más adecuadas para recoger los efectos de los trastornos sobre la responsabilidad penal, sea cual sea la manera concreta en que dichos efectos se manifiesten.

Por otra parte, calificar los errores condicionados conforme al artículo 14 CP obliga a entender que en estos casos no hay dolo, sea donde sea que se ubique este elemento en la teoría del delito. Sin embargo, esto puede resultar problemático. Si en un caso como el que estamos utilizando de ejemplo la víctima no muere, hay que decidir si el hecho es una tentativa de homicidio o unas lesiones consumadas, ya que de esa calificación va a depender el delito que elijamos como referencia para la duración de la medida de seguridad privativa de libertad³⁵. Y, aunque la víctima muera, si no hay dolo en los «errores condicionados», ¿en referencia a qué precepto del código penal deberíamos establecer el límite máximo de la medida de seguridad, el artículo 138, o el 142 CP? ¿Debería ser este último el que determinara la duración de la medida en los casos de error condicionado, y sin embargo el delito doloso el que lo hiciera en el resto de casos de inimputabilidad? No creo que haya razón para que ambos grupos de supuestos deban recibir una solución distinta: como he explicado en el párrafo anterior, creo que lo relevante tanto en unos como en otros es la presencia del trastorno mental, y que por ello todos deberían ser tratados de manera igual.

Cabría pensar que este problema es solo aparente, y generado por la defectuosa configuración de los límites de las medidas de seguridad en nuestro código penal, que los hace depender –indebidamente, porque sería contrario a su lógica– de la duración de la pena. Si se establecieran de acuerdo con algún otro criterio, por ejemplo, con límites máximos fijos, como en las medidas no privativas de libertad (art. 105 CP), o en función simplemente de la peligrosidad del sujeto, el problema desaparecería.

³⁴ En la referencia que hace el artículo 20.1 a que la persona no pueda comprender «la ilicitud» de su conducta cabe el desconocimiento de los elementos del tipo porque, como señala MOLINA FERNÁNDEZ (2017, p. 740), «Quien incurre en error de tipo yerra a la vez de forma inevitable sobre la ilicitud de su conducta concreta: desconoce que el hecho concreto que está realizando es un delito porque ni siquiera es capaz de identificar el propio hecho que subyace al tipo». Y con mayor razón en el artículo 20.3, que se refiere a que esté alterada «la conciencia de la realidad».

³⁵ Y también para la calificación de la conducta de un eventual partícipe doloso.

Sin embargo, hay más cuestiones jurídicas para las cuales importa la duración de la pena fijada en el tipo, y los tipos establecen castigos diferentes para la comisión dolosa y para la imprudente (así como para la tentativa de delitos más graves frente a los más leves consumados). Por ejemplo, los plazos para la prescripción del delito (art. 131 CP) dependen de la gravedad de la pena: ¿deberían aplicarse los plazos del tipo imprudente en los casos de «error condicionado», ya que no hay dolo, pero no en los demás? No veo razones tampoco para diferenciar aquí.

VIII. BALANCE Y CUESTIONES ABIERTAS

En mi opinión, el principal problema de los errores condicionados no son las inconsistencias sistemáticas que provocan en una teoría del delito construida a partir del concepto de injusto personal. Ciertamente, la opción de analizar el dolo y la imprudencia como formas de culpabilidad, situadas después de una categoría de lesividad objetiva, permite una solución más ‘limpia’ del problema, pero –como he intentado mostrar en este trabajo– también en el seno de la sistemática mayoritaria hay maneras (más o menos elegantes) de resolver la cuestión. El problema más relevante que a mi juicio plantean los errores condicionados, en cualquier sistemática, es el de si es posible y/o necesario, y en su caso cómo, afirmar el «dolo del inimputable», sea donde sea que se ubique el dolo. Me genera dudas la necesidad, reivindicada por algunos autores, de situar la inimputabilidad antes del dolo y la imprudencia³⁶. ¿Significa esa ubicación que en los hechos de los inimputables no hay, por definición, dolo ni imprudencia? ¿Cómo se resuelven entonces las cuestiones que he indicado en el apartado anterior? Los tribunales admiten todos los días tentativas en estado de inimputabilidad, sin que muchas veces esté nada claro lo que el sujeto sabía o quería, y en la doctrina se ha defendido que la intención que ha de valorarse a efectos de la tentativa es algo distinto al dolo³⁷. ¿Habría que aplicar una idea similar a esta a efectos de las medidas de seguridad? ¿Supone esto una objetivación / normativización del concepto de dolo?³⁸

³⁶ Como reclama MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, p. 736, y, de acuerdo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2021, p. 48.

³⁷ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, p. 747.

³⁸ Reivindica una objetivación absoluta del dolo, con el argumento –entre otros– de que así se resuelven mejor los errores condicionados, REYES ALVARADO, *InDret*, 2024. MOLINA FERNÁNDEZ ha destacado con razón (*Icade*, 2008, pp. 130 ss.) que cualquier intento de reconducir a la inimputabilidad los errores condicionados requiere una aclaración de cómo se va a entender el concepto de dolo. Una propuesta que me parece interesante es la formulada por autores, partidarios del injusto personal, que consideran

Por otro lado, quedan más cuestiones pendientes. La –aparente– interferencia de los trastornos mentales con la voluntariedad mínima exigida para la presencia de una acción creo que puede resolverse manteniendo la calificación como ausencia de acción, pero explicar por qué requiere una argumentación específica. Sí me genera más dudas la solución a los casos de falta de elementos subjetivos específicos.

Y está también la importante cuestión de los casos de imputabilidad disminuida. Sobre esto, solo un apunte: hay trastornos mentales leves que no pueden conducir a la exención a través del artículo 20.1, 2 o 3 CP, y probablemente tampoco a una eximente incompleta (porque no suponen la alteración estructural de los procesos mentales característica de la inimputabilidad: constituyen, podría decirse, solo un *minus* –no un *aliud*– respecto de las capacidades medias de interpretación de los hechos y de conocimiento del derecho), pero que, sin embargo, pueden hacer que la persona se equivoque donde otros no lo habrían hecho. Me refiero, por ejemplo, a grados leves de discapacidad intelectual, o a las dificultades de interpretación de las relaciones interpersonales que son propios de los trastornos del espectro autista. ¿Pueden integrarse estas situaciones en las «circunstancias personales del autor» a las que se refiere el artículo 14 CP y dar lugar –en estos casos sí– a errores del artículo 14 (1 o 3) CP «condicionados» por trastornos mentales?

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *La responsabilidad civil y costas procesales*, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., 2023, Valencia, pp. 960-1034.
- JOSHI JUBERT, U.: *Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 42 (Fasc. Mes 1), 1989, pp. 125-140.
- LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de derecho penal: parte general*, 4.^a ed., Valencia, 2025.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, 2005.
- *Imputabilidad y elementos del delito*, *Estudios de Derecho Judicial*, N.º 110, 2006 (Ejemplar dedicado a: Actual doctrina de la imputabilidad penal), pp. 93-136.

que el error personalmente invencible (determinado por trastornos mentales), pero objetivamente vencible, no eliminaría la presencia de injusto penal sino solo la posibilidad de imputar personalmente ese injusto al sujeto (así MIR PUIG, 2015, L. 5, n.m. 25; L. 20, n.m. 30-33, aludiendo expresamente a que esa invencibilidad personal puede derivar de situaciones de inimputabilidad; también LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 255 ss.); quizá una diferencia similar puede hacerse aunque el dolo (y con él el error) se ubiquen en la culpabilidad, para admitir hechos «dolosos» del inimputable.

- *Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: Supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad*, en *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia, 2008, pp. 321-422.
- *Cap. 8 Imputabilidad y causas de inimputabilidad*, en *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2025*, Madrid, 2024.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *La accesoriedad cualitativa de la participación*, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, pp. 855-913.
- *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*, Valencia, 2021.
- MIR PUIG, S: *Derecho penal parte general*, 10.^a ed., Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito*, *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Nuevas fronteras del Derecho Penal), pp. 145-160.
- *El razonable «regreso» del dolo a la culpabilidad*, en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, BdF, pp. 735-751.
- *Cap 7. Causas de justificación y Cap 12. Autoría y participación delictiva*, en *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2025*, Madrid, 2024.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L.: *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Madrid etc, 2021.
- REYES ALVARADO, Y.: *Imputabilidad e imputación*, *InDret*, 2/2024, pp. 233-266.
- ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid-Barcelona, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?*, en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, 2004, pp. 867-890.
- *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?: A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad*, *Indret*: N.º 3, 2014, 21 pp.
- *Derecho penal parte general*, Madrid, 2025.
- ROXIN, C. / Greco, L.: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed., München, 2020.

16. GRUPOS DE SOCIEDADES Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

ADAN NIETO MARTÍN
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Castilla la Mancha

I. CASOS

Primero: A, B y C son agentes respectivamente de tres personas jurídicas diferentes ApjM, BpjF y CpjF, siendo estas dos últimas filiales de la primera, que es la matriz. De manera coordinada, en el marco de un mismo plan delictivo, cada una de las personas físicas comete un delito que beneficia a su respectiva persona jurídica. En esta variante, las tres personas jurídicas implicadas, pese a pertenecer a un mismo grupo, tienen programas de cumplimiento independientes.

Segundo: Se trata del mismo caso que en el ejemplo anterior, sin embargo, ahora, las filiales comparten programa de cumplimiento con la matriz. El órgano de administración de la matriz (ApjM) decidió que el cumplimiento normativo era una política corporativa; de este modo todos sus elementos son comunes: mismos procedimientos y mismos responsables de cumplimiento normativo. Como el hecho cometido por A, B y C es similar, los procedimientos internos que han fallado en su control son los mismos.

Tercero: En este caso a diferencia de las anteriores, lo que ocurre es que existe una única persona física, que pertenece orgánicamente a la matriz EpjM, pero que también actúa en la persona jurídica filial EpjF. El delito cometido beneficia en principalmente a la matriz, pero los procedimientos de control que no han funcionado satisfactoriamente pertenecen, al igual que en el caso anterior, a la matriz y se aplican a todo el grupo.

II. PUNTOS DE PARTIDA

Uno de los grandes retos metodológicos en la construcción del Derecho penal, y muy especialmente el Derecho penal económico, es cuánto de normativo –de formal– y cuánto de fáctico debe contener un precepto penal o una construcción judicial. Decantarse por conceptos normativos, establecidos previamente por el Derecho privado o administrativo, aumenta la seguridad jurídica, por este motivo constituye una seña de identidad del Derecho penal liberal. No obstante, como seguir radicalmente un punto de vista formal, conduce a soluciones irritantes, que contradicen sentimientos básicos de justicia, es frecuente que con prudencia el legislador introduce algunos conceptos fácticos o económicos.

Esta tensión resulta evidente en la regulación de la responsabilidad penal de las corporaciones. El valor fuerte de la seguridad jurídica ha llevado a elegir que sea la persona jurídica (concepto formal o normativo), y no la empresa o la organización, el sujeto de imputación. Este hecho es transcendental para nuestro problema, pues de haberse elegido un criterio fáctico los delitos cometidos en grupos de sociedades, como los de los ejemplos anteriores, no darían problema alguno: se sancionaría a la empresa, como desde años lleva haciendo el TJUE a través del concepto unidad económica¹. No obstante, en el CP el punto de vista formal tiene sus fisuras, sus grietas, que tal como indicaba pretenden mitigar los rigores de una visión absolutamente formalista. El legislador ha introducido criterios que responden a un modo de contemplación fáctico o económico; concretamente hay cuatro de ellos:

El primer ejemplo, que aquí no interesa, es el artículo 130.2 que regula los supuestos de sucesiones de una persona jurídica por otra. Siguiendo una jurisprudencia asentada por el TJUE, en estos casos lo importante es constatar que aunque la persona jurídica altere su nombre, se fusione o sea adquirida por otra, si la empresa, el substrato fáctico, subsiste (mismos trabajadores, medios de producción, directivos...) nada impide imponer las sanciones a la persona jurídica sucesora. El segundo elemento fáctico es el que contiene artículo 31 ter 1, en segunda frase, se trata de la posibilidad de compensar la multa de la persona física y la persona jurídica. La regla tiene como objetivo evitar los excesos del formalismo que podían conducir a multas contrarias al principio de proporcionalidad y al *ne bis in idem*. Sin duda, desde un punto de vista formal, que es el que ha adoptado nuestro TC cuando se ha enfrentado con este problema, persona jurídica y física son tan diversas como pueden serlo «Juan

¹ Vid. ya todas estas cuestiones en NIETO MARTÍN, 1996.

y Pepe», más este modo de ver la realidad no se sostiene desde un punto de vista fáctico en pequeñas personas jurídicas, donde Pepe, sancionado penalmente, es el propietario de Pepe S. L. que también lo va a ser.

El tercer ejemplo es la utilización de la expresión del art 31 bis: «quienes estando sometidas a la autoridad» (sic. de los administradores y directivos de la persona jurídica). Esta previsión fáctica, que se basa en la existencia de una relación de autoridad, permite que la persona jurídica pueda responder no sólo cuando actúan los trabajadores (visión formal), sino también terceras personas físicas jurídicamente independientes, sometidas a la autoridad de las personas señaladas en el artículo 31 bis a). Finalmente, y en cuarto lugar, el ejemplo más conocido de contemplación fáctica, el concepto de administrador de hecho, que aunque no nombrado especialmente, se entiende incluido dentro de las personas que conforman el 31 bis 1 a).

Como después veremos, estas grietas fácticas en el rígido muro del formalismo son utilizadas por la doctrina para resolver los problemas que originan los grupos de sociedades. Así podría señalarse en el caso tercero que la persona encuadrada formalmente en la matriz, puede ser también según los casos un administrador de hecho o un subordinado de la filial y en esta posición cometer un delito.

El segundo punto de partida es que el Derecho penal debe ser neutral ante la regulación del Derecho de sociedades. Se trata de una consecuencia lógica de los principios de accesoriedad, ultima ratio y unidad del ordenamiento jurídico. El Derecho de sociedades parte de la libertad de organización dentro del grupo a la hora de decidir si se tiene un único programa de cumplimiento o, por el contrario, cada persona jurídica del grupo tiene el suyo propio. Por esta razón, las soluciones que se ofrezcan en el Derecho penal deben ser neutrales respecto a la decisión de tener un único o varios programas de cumplimiento. No pueden perjudicar, por ejemplo, a los grupos que deciden atomizar sus programas de cumplimiento. Este punto de partida condiciona la resolución de los casos primero y segundo. En el segundo caso podríamos pensar que como existe un único programa de cumplimiento en principio se debe sancionar a una única persona jurídica, mientras que en el primero debemos sancionar a las tres, pues hay tres defectos diferentes de organización. No obstante, esta solución perjudica en principio a las sociedades que conforme a la libertad de organización que les confiere el derecho de sociedades eligen tener modelos de cumplimiento atomizados, por lo que no resulta neutral. Por ello, tampoco convence, como por ejemplo se mantiene en Italia, exigir que cada persona jurídica del grupo tenga su propio órgano de vigilancia y que no puedan compartir uno sólo. Considerar que no tener un órgano de vigilancia propio es au-

tomáticamente un defecto de organización vulnera la neutralidad –y la coherencia con el resto del ordenamiento– que debe guardar el Derecho penal.

Un tercer aspecto que no debe perderse de vista es tener en cuenta los diferentes fines y estructuras de atribución responsabilidad dentro Derecho de sociedades, del Derecho sancionador administrativo y del Derecho penal. En el Derecho de sociedades los administradores de la matriz tienen un deber de supervisión sobre la filial que se deriva de su deber de diligencia con el fin de evitar daños patrimoniales. Si la persona jurídica filial tiene importantes riesgos legales, cuyo advenimiento puede perjudicial económicamente e la matriz y al grupo, sus administradores no pueden ser indiferentes. Los administradores de la matriz tienen por tanto un deber de supervisar y controlar los riesgos de la filial, valorando en este marco la idoneidad de su programa de cumplimiento. Infringir este deber es relevante para el Derecho de sociedades y puede fundamentar la responsabilidad patrimonial de sus administradores, pero no extrapolable al Derecho penal; este deber de supervisión no es relevante en el marco del sistema de responsabilidad penal establecido en los artículos 31 ss. No podemos por ello sancionar a la empresa matriz por un hecho realizado por un subordinado de la filial, señalando que sus administradores no han supervisado de manera correcta sus políticas de cumplimiento. Se trata de un injusto perteneciente al Derecho de sociedades, carente de significado, salvo casos muy singulares, en la atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas.

Igualmente, la estructura de la responsabilidad del Derecho sancionador administrativo puede partir, por ejemplo, de que la persona jurídica matriz tiene un deber de garantía sobre la filial o, más aún, de que la matriz ha cometido el hecho a través de una autoría mediata utilizando a la matriz como herramienta. Pero en el Derecho penal, tal como está diseñado el artículo 31 bis, no se puede proceder de este modo. La responsabilidad tiene que proceder siempre del concreto comportamiento delictivo realizado por la persona física. Es decir, debe demostrarse que A, de la persona jurídica ApjM, utilizo a B, de la persona jurídica BpjF, como instrumento para cometer el hecho; o que era garante de evitar cometer el delito cometido por B.

Y para finalizar una advertencia más: las soluciones que demos al problema de los grupos deben ser, obviamente, respetuosas con principios básicos del Derecho penal como, especialmente, los de proporcionalidad y *ne bis in idem*, pero también y a su vez la sanción a la persona jurídica debe tener dentro del grupo efectos preventivo generales.

De este modo, en el primer caso, la lógica de «cada oveja con su pareja», que lleva a la imposición de tres sanciones diferentes una a cada persona jurídica, tiene un grave problema de proporcionalidad de la sanción. Cuando se

impone una multa a tres personas físicas distintas claramente existen tres patrimonios, pero en grupos de empresas cuando existen vínculos patrimoniales muy fuertes –pongamos el 100% porque se trata de un holding– es más difícil fácticamente apreciar tres patrimonios diferentes. Desde luego lo son desde el punto de vista civil, y con una lógica ius privatista podría indicarse que quien ha decidido conformar tres patrimonios independientes a efectos de responsabilidad, con el fin de beneficiarse de las ventajas de la limitación de responsabilidad que concede la formación de la persona jurídica, debe estar a «a las duras y a las maduras», por lo que no cabría invocar la idea de proporcionalidad. La cuestión remite nuevamente a la accesoriedad: ¿debe en estos casos el Derecho penal seguir la lógica del Derecho civil o de debe liberarse y construir sus propios criterios a partir de una contemplación fáctica de la realidad?

La pretensión de imponer una sanción a cada persona jurídica del grupo también es cuestionable desde el punto de vista del principio de *ne bis in idem*. En realidad, cuando existen grupos de sociedades con estructuras de mando muy centralizadas, podríamos cuestionar que existen varios sujetos, desde un punto de vista fáctico. Existiría por tanto una identidad de sujeto. Utilizando un argumento similar al que la jurisprudencia emplea con las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las filiales férreamente controladas no tienen capacidad para tener un defecto de organización propio, no pueden ser sujetos independientes. El único sujeto existente fácticamente es la matriz.

El caso número II muestra como además de identidad de sujeto puede existir identidad de fundamento (*idem*). Si tal como se mantiene mayoritariamente, y señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la responsabilidad de la persona jurídica proviene de un defecto de organización, cuando existen programas de cumplimiento de grupo no es posible apreciar diversos defectos de organización independientes. El que un único programa de cumplimiento –el de la matriz– falle tres veces –en ApjM, BpjF y CpjF, lo que implica es que el defecto de organización es mayor, más relevante, pero no que existan tres defectos de organización independientes de tres entidades diversas.

Por último, a la hora de fijar los puntos de partida, no debe olvidarse la prevención general, que como muestra el Derecho sancionador de la Unión fue uno de los grandes inspiradores de su doctrina sobre grupos. La multa impuesta a la filial del grupo en la que se ha cometido el delito puede resultar insignificante y perder todo su contenido preventivo general si es calculada conforme a su patrimonio.

III. LAS DIVERSAS FORMAS DE SOLUCIÓN DE *LEGE LATA*

Doctrina y jurisprudencia han tratado, en el marco legal existente, de solventar los problemas que genera la existencia de grupos de sociedades de diversas formas, que como se ha advertido utilizan las grietas de contemplación fáctica instaladas en la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas². Ninguna de ellas es enteramente satisfactoria y muestran lo inadecuado de la regulación actual para abordar un problema de tan notable importancia.

Más allá de las construcciones doctrinales, de los casos que se reseñaron en el apartado primero, el único que ha llegado a los tribunales es el tercero de ellos (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, núm. 7234/2022). Lo interesante del caso es que los elementos delictivos de la infracción que se pretende imputar a la persona jurídica están dispersos entre la filial y la matriz: la persona física que actúa estaba encuadrada orgánicamente en la matriz, pero en este caso actuó en el ámbito de organización de la filial; los fondos —se trataba de un presunto caso de soborno— pertenecían a la matriz; también por tanto los controles de cumplimiento que debían haberse aplicado para evitar los hechos. El juez de instrucción, con el acuerdo del fiscal, resuelven el caso considerando que únicamente la filial resulta responsable. Para ello adoptan un modo de argumentación que consiste en analizar con qué entidad el delito guardaba una mayor relación. Conforme a ellos los argumentos decisivos para adscribir el delito a la filial fueron que el hecho delictivo beneficiaba directamente a la filial y que además la actividad delictiva en sí estaba vinculado al funcionamiento de la filial, con independencia de que autor perteneciera formalmente a la persona jurídica matriz.

Lo que muestra el caso es que en los grupos de sociedades los diversos elementos del delito cometido dentro del grupo pueden aparecer en una u otra persona jurídica del mismo y no tienen por qué aglutinarse en la misma. Por ello, y pese a los esfuerzos argumentativos que realiza la decisión judicial, no llega a explicar de manera convincente donde se encontraba el defecto de organización de la filial, pues los controles que habían fallado se encontraban en el programa de cumplimiento de la matriz. Este problema se repetirá normalmente si se acoge lo que parece ser una de las posiciones más extendidas, la del «doble sombrero» (caso III), que consiste en considerar que una persona

² La monografía de RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, 2024, expone con gran exactitud el debate hasta ahora existente.

física encuadrada formalmente en una persona jurídica del grupo puede actuar dentro de otra, bien como administrador de hecho, bien como subordinado.

El artículo 31 bis es incapaz estructuralmente de dar solución a este tipo de problemas y otros que plantea los grupos de sociedades. El punto de vista formal que acoge traslada al Derecho penal una construcción normativa que es necesaria en el Derecho privado con el fin de ordenar relaciones patrimoniales: el que las personas jurídicas A y B son tan distintas como dos personas naturales, lo que supone que entre ambas existe un grado de autonomía similar. Esta construcción sólo puede ser admitida de manera limitada en el Derecho penal. Entre las personas jurídicas A y B pueden existir vínculos patrimoniales, organizativos y personales que a afectos fácticos las hacen difícilmente distinguibles. Y esto lógicamente tiene una gran importancia a la hora de construir la responsabilidad. En las personas físicas el principio de que la responsabilidad penal es personal se fundamenta, en la inmensa mayoría de los casos, en sólidos datos fácticos: cada persona es dueña y domina sus propios actos, por eso razón la responsabilidad tiene carácter personal y por esta razón cobra todo su sentido el principio de personalidad de las penas. No puede atribuirse responsabilidad ni ser sancionado por conductas ajenas porque estas proceden de un ente autónomo.

A partir de esta constatación, y de cuanto se lleva dicho, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

El camino de elegir una única persona jurídica como responsable de la infracción no conduce a resultados satisfactorios. Y ello con independencia de si para ello se utilizan construcciones como las que propone el mencionado Auto de la AN (mayor vinculación funcional e interés preponderante) o las que pasan por utilizar las gotas de realidad fáctica que contiene la actual regulación del 31 bis (administrador de hecho o subordinado). Todas estas construcciones fracasan en aquellos casos en los que los elementos que fundamentan la responsabilidad penal de la persona jurídica están repartidos en varias personas jurídicas del grupo: la persona natural puede tener mayor vinculación funcional con una persona jurídica, pero el beneficio puede ser para otra; el autor puede estar en la persona jurídica A, pero la organización del cumplimiento está en la persona jurídica B; la persona física actúa a la vez en el ámbito de organización de dos entidades y su comportamiento beneficia a la vez a ambas etc. Esta solución también se complica cuando entran en juego las dos variables del artículo 31 bis: el subordinado de la filial (31 bis, 1 b), puede ser fácticamente administrador de la filial (31 bis, 1 a); o el administrador de la filial, puede convertirse en subordinado cuando actúa dentro del ámbito de organización de la matriz.

La aproximación formal ignorando la realidad organizativa de los grupos de sociedades no sólo genera problemas de imputación, también ocasiona, a la hora de imponer la sanción, serios problemas de proporcionalidad. De un lado, recuerden el primero de los casos, se pueden llegar a imponer tres sanciones a una misma masa económica en aquellos casos en que entre las personas jurídicas del grupo existe una fuerte vinculación patrimonial. Pero esto tiene también, y de otro lado, su cara oculta: sancionar a una única persona jurídica, sobre todo cuando esta no es la matriz, implica una pérdida grande de prevención general. La prevención general solo funciona si se atiende a la potencia económica real de una persona jurídica y esto no se puede hacer desconociendo que pertenece a un grupo.

Pese a todo lo que acaba de indicarse, por ahora y mientras el legislador no tome cartas en el asunto, el tratamiento de los grupos va a seguir siendo insatisfactorio, por lo que de momento la única posibilidad es utilizar soluciones de emergencia, como las que se han ido exponiendo y han sido generadas por la doctrina: administrador de hecho, subordinado, falta de capacidad de organización, mayor vinculación funcional e interés preponderante...

IV. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE *LEGE FERENDA*

Si de acuerdo con la regulación actual únicamente podemos poner parches al problema de la responsabilidad dentro de los grupos de sociedades, ¿cómo podría ser articulada una regulación de *lege ferenda*? Pues bien, pese a lo que pudiera parecer conforme a cuanto se lleva indicado, el sujeto de imputación debe continuar siendo la persona jurídica y no la empresa o la organización. Como hacen la mayoría de los ordenamientos, considerar la organización, el sustrato fáctico, como sujeto contiene costes excesivos para la seguridad jurídica tanto en el terreno del derecho penal material –por ejemplo, ¿cómo perimetramos la organización? –, como en el procesal –¿a quién llamamos al proceso? ¿quién representa a una entidad fáctica?–.

La solución debe por tanto venir de la mano de la técnica legislativa que ya hemos visto utiliza el Código penal: introducir de manera singularizada y con precaución elementos pertenecientes a la realidad fáctica que nos permitan resolver los problemas que generan los grupos de sociedades, y que se han examinado en el apartado anterior, pero que a su vez respeten los puntos de partida de los que nos ocupábamos en el punto segundo.

La propuesta que a continuación se realiza es utilizar el volumen de negocios del grupo o varias de sus empresas –o un criterio similar, en este traba-

jo no entraré en esta cuestión— como criterio básico para el cálculo de la multa, pero en el marco de una regulación que determine con precisión bajo que requisitos y con que finalidades debe hacerse. Es decir, y aquí reside la clave, el volumen de negocios no se utilizaría con los mismos requisitos, cuando lo que queremos resolver es un problema de proporcionalidad, que cuando se trata de prevención general.

La resolución del problema de la proporcionalidad de la sanción, como ya he planteado en otro lugar hace años, podría resolverse de lege lata aplicando analógicamente a favor de la persona jurídica el artículo 31 bis ter, cuando permite compensar la multa impuesta a la persona jurídica y la física. Entre el supuesto que regula la identidad del patrimonio de la persona física y la jurídica y el que aquí abordamos existe identidad de razón: la confusión, la identidad patrimonial. Igual que entre Pepe y Pepe S. L puede resultar desproporcionado la imposición de dos multas, también lo es la imposición de varias multas dentro de un grupo de sociedades cuando patrimonialmente existe una unidad. La posibilidad de que el juez compense las multas resulta razonable cuando pueda decirse efectivamente que en términos fácticos existe un único patrimonio, es decir, cuando el capital de las filiales sea 100% de la matriz o de una sociedad holding. Quizás el legislador podría ser más generoso y rebajar esta cifra (90 %, 80 %...) pero por razones de seguridad jurídica sería siempre necesario dar una referencia.

No obstante, a idénticos resultados podría también llegarse a través de la utilización del volumen de negocios del grupo o un criterio similar. En sus orígenes en el derecho sancionador a la competencia europeo este criterio no buscaba incrementar el nivel de prevención de una sanción impuesta a una persona jurídica del grupo, sino que operaba como límite a la multa impuesta a las distintas personas jurídicas del grupo, con el fin de evitar daños colaterales derivados de la imposición de una sanción excesiva. El volumen de negocios no servía pues para aumentar la sanción por razones de prevención general, ni era el criterio sobre el que operaban los criterios de determinación de la pena; su cometido era establecer un límite que la multa no debía sobrepasar.

Las funciones y los presupuestos de aplicación del criterio de volumen de negocios de grupo son diversos en los casos de «doble sombrero» y en general en aquellos en los que los elementos de la infracción están escindidos entre varias personas jurídicas del grupo. En este caso la vía de sancionar a todas ellas resulta vedada, porque los elementos de la infracción en su totalidad no pueden entenderse realizados en ninguna de ellas. No se trata además de un problema de participación. Este caso debe distinguirse de aquellos en los que una persona física de una persona jurídica del grupo, participa en el delito co-

metido como autor por otra persona física perteneciente a otra persona jurídica. El caso que aquí pretendemos resolver pertenece a la estructura del caso III, mientras que el supuesto de participación nos lleva al caso I de los que exponíamos en el primer epígrafe.

La regulación penal en estos supuestos de escisión pasaría por dos fases. La primera es dar criterios para imputar los hechos a una de las personas jurídicas del grupo implicadas. En realidad, esta operación siempre podría llevarla cabo el juez, pero resulta mucho más adecuado desde el punto de vista del principio de legalidad y la seguridad jurídica. El criterio más coherente con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica sería hacer responsable a la persona jurídica que controlara el diseño, implementación y ejecución del programa de cumplimiento. Sin embargo, este criterio generará en la práctica numerosas dudas, puede haber un programa diseñado por la matriz, pero con amplios niveles de delegación. Y además y sobre todo no sería coherente con el principio de neutralidad que debe tener el Derecho penal. Es decir, a la postre penalizaría a aquellos grupos de empresas que decidan tener una estructura unitaria de cumplimiento normativo. Por esta razón, me parece razonable la solución construida por el Auto antes citado de la AN, que combina el criterio del beneficio directo, con el ámbito de organización en el que actúa la persona física.

La segunda fase consiste, al igual que la anterior, en atender al volumen de negocios u otra cifra relevante de las personas jurídicas implicadas a la hora de calcular la multa. Nada justifica, en este caso, utilizar el volumen de negocios del grupo. La operación a realizar es el cálculo de la multa proporcionada a un defecto de organización único (aunque situado en varias personas jurídicas de un mismo grupo) atendiendo al volumen de negocios de las entidades implicadas. En este caso, y desde una óptica puramente penal, no tiene sentido acudir a conceptos como el de unidad económica, que exigen una dirección unitaria del grupo tal como se hace en el derecho sancionador administrativo. Tenemos una serie de circunstancias más apegadas al injusto específicamente penal: la existencia de elementos de delito repartidos entre varias personas jurídicas y un defecto de organización compartido.

El aspecto probablemente más problemático desde el punto de vista de los principios penales es si por razones exclusivamente de prevención general, el cálculo de la multa por la infracción situada en una de las personas jurídicas, puede referirse al volumen de negocios del grupo. Es importante aclarar, que no se trata de sancionar a la matriz o a otra persona jurídica del grupo; se trata de calcular la multa de la persona jurídica infractora teniendo en cuenta esta cantidad. En el caso de la responsabilidad penal individual desde luego está vetado que se incremente la multa a imponer a un hijo, pensando en el gran

patrimonio de que dispone el padre³. Se trataría de una notoria violación del principio de personalidad de las penas. Pero, como ya se ha indicado, este principio carece de sentido en relación a la persona jurídica sobre todo cuando la confusión de patrimonios es total (100 % del accionariado o es substancialmente relevante a juicio del legislador: 90 %, 80 % etc).

Recientemente la Ley alemana de diligencia debida en cadena de suministros en su § 24 (3) permite tener como referencia el volumen anual de negocios del grupo si se constata una «unidad económica». La construcción procede, como se ha indicado, del Derecho sancionador de la competencia de la UE. Conforme a esta construcción, elaborada por el TJUE, existe unidad económica cuando una entidad tiene el 100 % del volumen de negocios de otra o bien cuando existe una dirección efectiva de los negocios de la matriz, que no tiene por qué implicar una influencia en el caso concreto.

La adopción de este criterio de determinación de la pena, basado en razones de prevención general, para ser compatible con los derechos penal debe estar sujeta al principio de proporcionalidad en atención a los fines perseguidos. De este modo, sólo debe utilizarse en relación a infracciones donde exista una gran necesidad preventiva, porque por ejemplo generen enormes beneficios. No creo en cambio que sea necesario exigir un requisito ulterior como la obligación de la matriz de generar una política de grupo.

Esto último, es lo que ha ocurrido recientemente en la Ley alemana de cadena de suministro. Su § 24 (3) permite imponer la sanción teniendo en cuenta el volumen de negocios mundial del grupo, cuando exista unidad económica. Pero es que en este ámbito existe una obligación expresa de la matriz de construir una política de diligencia debida, una suerte de cumplimiento normativo en derechos humanos, cuyo perímetro es el grupo. No obstante, y como ya se ha indicado el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica es exclusivamente, conforme al 31 bis del CP, el comportamiento de una persona física. La existencia de una obligación de supervisión de la matriz o de organización son totalmente ajenas al injusto penal que se imputa a la persona jurídica. En puridad a la matriz no se le está reprochando nada, sino que solo el volumen de negocios del grupo se utiliza como elemento del cálculo de la multa a una persona jurídica del grupo.

La regulación de la pena de multa en los grupos de sociedades debiera ser, finalmente, consciente de que estos criterios atienden a objetivos independientes. El límite del volumen de negocios del grupo como expresión de la

³ Ahora bien, pero no está vedado y de hecho se hace así en algunos ordenamientos considerar que existe un quebrantamiento de condena cuando el padre paga la multa del hijo.

proporcionalidad debe por ello servir para limitar la pena de multa en los casos que hemos denominado de «doble sombrero» o elementos de la tipicidad escindidos, donde la multa se calcula en atención al volumen de negocios de las entidades implicadas. Igualmente, a la hora de diseñar la regulación penal, debe remarcarse la distinta función del volumen de negocios del grupo. En los casos relativos al principio de proporcionalidad es sólo un límite a la multa, cuya cuantía se determina en atención a los criterios de gravedad de la infracción y el patrimonio de las personas jurídicas implicadas,⁴ en los supuestos basados en la prevención general los criterios de medición de la pena operan directamente en relación al volumen de cifra de negocios del grupo elegida.

Podría indicarse que todo ello conforma un sistema de *sentenci*g excesivamente alambicado. Pero en realidad lo que resulta sorprendente es la escasa sofisticación del Código penal español en la fijación de criterios para determinar la multa a las personas jurídicas. Los criterios y las directrices que existen en el derecho penal de otros ordenamientos, y no sólo el de Estados Unidos, y en la determinación de sanciones administrativas muestran mucho mayor compromiso con el principio de determinación que las escasas palabras que dedica el Código a este asunto.

La regulación de la multa en el caso de los grupos de sociedades representaría un primer paso, pues no agota todos los problemas. Hemos dejado de lado, por ejemplo, la incidencia de los grupos de sociedades en la determinación de las sanciones previstas en el artículo 33 7 b) a g). También resulta importante acometer aspectos procesales, ¿pueden compartir un único abogado o hacerse notificaciones conjuntas?, y de ejecución de la pena, por ejemplo, en este caso, si la multa impuesta a una persona jurídica del grupo puede realizarse en el patrimonio de otra, permitiendo que posteriormente internamente ambas realizaran la oportuna compensación.

BIBLIOGRAFÍA

- NIETO MARTÍN, Adán: *Fraudes comunitarios: Derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996.
- RODRÍGUEZ CEMPELLÍN, Diego: *Potestad sancionadora y grupos de empresas*, Madrid, 2024.

⁴ Ejemplo: conforme a estos criterios la suma conjunta de las multas impuestas a tres personas jurídicas del grupo es 30 millones de euros (10 millones a cada una de las personas jurídicas del grupo), pero resulta que el 5% del volumen anual de negocios de grupo es de 28 millones. La multa a imponer sería esta cantidad.

17. LIBERTAD DE VOLUNTAD, DETERMINISMO Y RESPONSABILIDAD MORAL: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Oviedo

I. ROBERT ALTON HARRIS: ¿RESPONSABLE O IRRESPONSABLE?

Considérese el siguiente caso ¹:

A) Robert Alton Harris fue ejecutado en la prisión de San Quentin en 1992 por el asesinato en 1978 de dos adolescentes, John Mayeski y Michael Baker. Harris y su hermano Daniel se encontraron con Mayeski y Baker mientras los dos chicos de 16 años almorzaban en el estacionamiento de un restaurante de comida rápida. Los hermanos Harris buscaban robar un automóvil para usarlo en un robo a un banco. Cuando vieron a los chicos en su automóvil, los hermanos les obligaron a punta de pistola a conducir a un área remota. Allí, Robert Harris convenció a los dos chicos de que devolvería su auto. Los chicos estuvieron de acuerdo. Mientras se alejaban, Harris les disparó por la espalda. «Escuché a Robert –contó luego Daniel– y me di la vuelta. Estaba balanceando el rifle y la pistola en el aire y riendo. Dios, esa risa hizo que la sangre y los huesos se congelaran en mí».

¹ McKENNA/PEREBOOM 2016, pp. 1-3.

B) Pero Harris nació prematuramente cuando su padre, celoso, le dio una patada en el estómago a su madre, a quien acusaba de infidelidad, alegando que Harris no era su hijo. El padre abusó sexualmente de las hermanas de Harris dos veces y golpeó a todos sus hijos, a menudo causándoles lesiones graves. La madre de Harris se volvió alcohólica y fue arrestada varias veces. Harris tenía problemas de aprendizaje y del habla, ninguno de los cuales fue abordado, y vivió en la escuela sintiéndose estúpido. Sus compañeros de clase le molestaban con frecuencia. Según su hermana, Barbara Harris, incluso cuando era niño, su madre no le permitía tocarla. Y ella recuerda una ocasión en la que su madre le dio un puñetazo en la nariz, haciéndole sangre, por intentar acercarse a ella. Su hermana lo recuerda llorando cuando era niño cuando disparaban a Bambi. Amaba a los animales. A los 14 años fue sentenciado a un centro federal de detención juvenil por robo de automóviles. Allí fue violado varias veces y se cortó las muñecas en un intento de suicidio. Liberado de la prisión federal a los 19 años, el niño que una vez había llorado por la muerte de Bambi torturó y mató a perros y gatos con palos, dardos y pistolas de perdigones.

II. AMBIVALENCIAS EN LA PSICOLOGÍA MORAL DE SENTIDO COMÚN

Lo que pone de manifiesto un caso como el relatado es que en nuestra forma habitual de pensar acerca de la acción y de la responsabilidad existen varias ideas que, sin embargo, resulta difícil hacer compatibles entre sí²:

1.^a) La atribución de responsabilidad moral a una persona por sus acciones debería fundarse en el merecimiento: que el agente merezca razonablemente un reproche por su conducta.

2.^a) El merecimiento parece exigir que sea posible atribuir al agente la máxima autoridad sobre su acción: no consideramos plenamente merecido el reproche allí donde el agente no tenía pleno control sobre su acción o sobre la decisión que le condujo a ella.

3.^a) Tendemos a pensar y a actuar como si, como regla general (que, por supuesto, admite excepciones), las personas soliesen tener la máxima autoridad sobre sus acciones.

² NICHOLS 2004; NICHOLS 2011; SINNOTT-ARMSTRONG 2014, *passim*; NADELHOFFER/MONROE 2022, *passim*.

4.^a) Y, sin embargo, la evidencia científica resulta hoy abrumadora en el sentido de que: a) todas las acciones humanas y todas las decisiones (aunque, ciertamente, unas más que otras) están sometidas a la influencia –muchas veces muy intensa– de circunstancias externas actuales y de la historia previa del agente; b) en la elección de una u otra acción, la situación es al menos tan importante como la personalidad del agente³; y c) en todo caso, la personalidad del agente depende en una medida importante de su historia previa (que en muy buena medida está fuera de su control)⁴.

La cuestión, entonces, es si es posible compatibilizar todas estas ideas o si es preciso renunciar a alguna. Y, en caso de que sea necesario hacerlo, a cuál.

III. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD PARA EL DERECHO PENAL?

Por supuesto, esta discusión solo es importante para el Derecho Penal si se asumen dos puntos de partida:

1.º) que una atribución de responsabilidad penal justificable demanda alguna forma de atribución de responsabilidad moral al agente por su acción; y

2.º) que la forma de responsabilidad moral relevante a estos efectos exige merecimiento por parte del agente: que la acción sea moralmente incorrecta, sí, pero, además, que resulte razonable pedir cuentas al agente por la misma (*accountability*)⁵.

En cambio, la cuestión se diluye si se opta por atribuir la responsabilidad «normativamente»: esto es, sobre la base de etiquetar social o jurídicamente al infractor como penalmente responsable, conforme a criterios de atribución que no atiendan a la situación psíquica real del agente. Asimismo, si la responsabili-

³ FURR/FUNDER 2021, pp. 667-681.

⁴ LEWIS/BUSS 2021, pp. 18-19, 21-22.

⁵ Hay varios modos diferentes de hacer responsable a un agente por su conducta: en efecto, incluso a un agente con serios problemas psicológicos es posible, en cierta medida, hacerle responsable de su comportamiento (SHOEMAKER 2015, pp. 59, 72). No obstante, cuando se trata –como ocurre en el caso de la pena– de justificar una privación coercitiva de derechos fundamentales a un individuo por parte del Estado, parece que únicamente el grado más alto de responsabilización (*accountability*) puede resultar satisfactorio: aquel en el que resulta racional, apropiado y justificado que cualquier otro individuo (y, consiguientemente, también la sociedad en su conjunto) adopte hacia el infractor, a causa de su conducta, una actitud de desprecio, indignación y disgusto (SHOEMAKER 2015, p. 113).

dad penal es concebida desde una perspectiva exclusivamente instrumental, si se trata tan solo de mantener la peligrosidad bajo control, o de producir con la conminación penal efectos motivadores en un sentido estrictamente conductista, el problema desaparece también en buena medida. Ocurre, sin embargo, que ninguna de estas soluciones (que bien prescinden de la realidad psicológica del individuo infractor real, o bien lo consideran únicamente como fuente de peligros y de reacciones –pero no como persona–) me parece convincente como una justificación suficiente frente al condenado de la decisión de imputarle personalmente la responsabilidad penal y, por ende, la pena. Por ello, creo que no nos queda otro remedio que examinar el problema de la libertad de voluntad...⁶

⁶ Aunque no es este el lugar para presentar una teoría completa de la culpabilidad jurídico-penal, sí que conviene destacar (para un mejor entendimiento de lo que en el texto expongo) que, en mi opinión, la imputación personal de la responsabilidad penal y de la pena (MIR PUIG 2016, p. 544) no puede quedar suficientemente justificada frente al infractor (como resulta imprescindible: HÖRNLE 2019, p. 520) si se basa únicamente en presunciones o ficciones jurídicas, acerca de la capacidad de cumplimiento de las normas de conducta que «el Derecho» (o sea, el Estado) espera que los destinatarios de las mismas posean. Y tampoco si lo hace exclusivamente en el hecho de que el infractor sea susceptible de convertirse en objeto de un condicionamiento operante (en el sentido estrictamente conductista del término: reforzando la probabilidad de una conducta de cumplimiento de la norma no basada en razones, sino en una motivación inconsciente: miedo, sumisión, etc.) causado por el estímulo derivado de la existencia misma de la norma, si, debido a la incapacidad del agente, no resulta posible una auténtica comunicación humana (que conlleva siempre un diálogo sobre contenidos semánticos, sobre razones, y el establecimiento de una relación entre las dos partes de la interacción) entre Estado y acusado acerca de la justicia de la imputación (DUFF 2001, pp. 79-82, 88-92). Por ello, no me parecen convincentes (porque creo que no proporcionan una justificación moral suficiente de la imputación) las concepciones puramente normativistas de la culpabilidad, basadas en el etiquetamiento social (cfr. FEJOO SÁNCHEZ 2012) o en la condición de ciudadanía (cfr., por ejemplo, KINDHÄUSER 1995), que tienden a prescindir de la realidad psicológica del agente de carne y hueso. Asimismo, en el otro extremo, tampoco creo que pueda justificarse la imputación de la pena únicamente a partir de la constatación del hecho de que existían necesidades preventivo-generales y de que dicha imputación podía satisfacerlas (reafirmando la vigencia de la norma de conducta, al motivar a otros potenciales infractores: cfr. JAKOBS 1976, *passim*, esp. pp. 10-11, 17; JAKOBS 1997, pp. 579-584), pues en esta construcción el infractor es instrumentalizado hasta el punto de que la cuestión de la justicia de su imputación desaparece. Por esta razón, creo que tampoco es completamente satisfactoria la concepción de la culpabilidad como asequibilidad normativa, según la cual existe culpabilidad (y debe imputarse responsabilidad y la pena) cuando el infractor «estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto» (ROXIN/GRECO 2020, p. 980). Pues (aunque ciertamente resulte preferible a las teorías de la culpabilidad que he criticado más arriba, por tomarse más en serio la realidad psicológica del agente y la obligación de justificar moralmente la imputación), sin embargo, la apelación a la «normalidad» como baremo de juicio hace que, en la práctica, exista el riesgo de que el juicio de culpabilidad acabe deslizándose hacia el terreno de las presunciones y del etiquetamiento social (y a considerar normal, y culpable, a todo individuo que socialmente sea considerado como tal): de hecho, el propio Roxin reconoce que su criterio material de culpabilidad se basa también en una ficción (presunción de normalidad), en un etiquetamiento social (menos formalista, más empírico, es cierto... pero etiquetamiento, al fin y al cabo). En el fondo, el problema estriba en querer rehuir una cuestión que es imposible eludir, si nos tomamos en serio la necesidad de que la imputación sea justa: la del merecimiento de pena del agente por la conducta delictiva realizada. Una cuestión que, justamente, exige examinar de manera prioritaria la situación de la mente del agente (en el momento del delito y en su trayectoria previa), y no razones de índole instrumental atinentes al bienestar social (en el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO 2019, pp. 18-20).

IV. EL PROBLEMA: LIBERTAD DE VOLUNTAD Y DETERMINISMO

Concretando aún más el problema, la responsabilidad moral parece exigir que exista una relación causal entre la mente del agente y la acción. No obstante, no parece que baste con ello: no parece bastante con que la decisión formada en la mente del agente se plasme fielmente en la acción («libertad de acción»), sino que parece necesario además que el proceso de formación de la decisión esté –de alguna manera, por determinar– bajo el control del propio agente («libertad de voluntad»)⁷.

Y, sin embargo, este requisito –libertad de voluntad– parecería difícil de compatibilizar con la verdad del determinismo (Argumento de las Consecuencias): si el determinismo es verdadero, entonces toda acción es consecuencia de eventos pasados, combinados con las leyes de la naturaleza; pero, dado que el agente en ningún caso posee pleno control ni sobre los eventos pasados ni sobre las leyes de la naturaleza, entonces no se puede decir tampoco que tenga pleno control sobre su acción⁸.

Cabe observar que, contra lo que frecuentemente se aduce, la cuestión determinante acerca de la libertad de voluntad y de su papel en la responsabilidad moral es de naturaleza esencialmente filosófica (ontológica), no empírica. En efecto, al contrario de lo que frecuentemente se argumenta, los experimentos científicos que se han realizado y que supuestamente demostrarían la inexistencia del libre albedrío (Benjamin Libet, Daniel Wegner) resultan altamente problemáticos: dejando a un lado los posibles problemas de orden metodológico (pues hay quien ha dudado de que los diseños experimentales empleados fuesen adecuados), sus problemas son más bien de naturaleza conceptual: 1.º) puede dudarse de que sea posible inferir directamente interpretaciones mentalistas y de psicología moral a partir de meros eventos neuronales (que son los que los experimentos en cuestión pudieron medir); y 2.º) da la impresión de que los experimentos tienden a equiparar decisiones libres a decisiones completamente conscientes en todo su proceso de formación, cuando resulta evidente que tal cosa no existe, que toda decisión posee –en alguna medida, variable– fases inconscientes, sin que ello por sí solo pueda excluir la posibilidad del control mental sobre las decisiones y las conductas⁹.

La cuestión relevante es, por consiguiente, más bien de naturaleza filosófica, ontológica: versa no acerca de determinados eventos mentales, sino de

⁷ McKenna/Pereboom 2016, pp. 6, 50-52.

⁸ McKenna/Pereboom 2016, pp. 72, 85-88.

⁹ *Vid.* Mele 2017, *passim*, esp. pp. 97 ss.

cómo es, en términos generales, la estructura de la realidad. En concreto, de la realidad de los eventos mentales y de su relación con las conductas físicas del individuo humano y de cómo esos eventos mentales y esas conductas externas se relacionan con las leyes naturales (biológicas, químicas y físicas).

El problema no es, pues, si existen eventos mentales inconscientes que condicionan la conducta: el problema es si todos y cada uno de los eventos mentales que dan lugar a acciones (incluyendo también aquellos que son «perfectamente» conscientes) están determinados por la estructura de la realidad física de tal forma que el individuo humano al que le atribuimos la acción no debería ser hecho moralmente responsable de la misma, por carecer de cualquier grado de control relevante sobre ella.

V. DETERMINISMO

Determinismo: teoría ontológica (acerca de la estructura de la realidad), conforme a la cual un estado del mundo en t_1 , más el conjunto de las leyes de la naturaleza, implica estrictamente el estado del mundo en t_2 (posterior a t_1)¹⁰.

Por supuesto, una primera posibilidad que cabría considerar es la de que el determinismo sea, globalmente, una concepción falsa del universo. Sin embargo, esta parece una posibilidad remota: sea con conexiones de tipo completa o parcialmente determinista, la evidencia empírica parece demostrar que al menos en una gran parte de la realidad existen patrones fijos de correlación entre eventos, en los que dos sistemas que en un momento dado t_1 se hayan en un mismo estado e_x , si están ambo sometidos a las mismas leyes naturales, evolucionarán ambos hasta alcanzar ambos, en t_2 , también (aproximadamente) un mismo estado e_y ¹¹.

Una segunda posibilidad es que, aun siendo globalmente verdadero el determinismo en tanto que explicación de la realidad, existiesen pese a todo en ella espacios de indeterminación. Pero no bastaría con ello: haría falta que, precisamente, alguno de dichos estados de indeterminación afectase precisamente al psiquismo de los individuos humanos; que pudiese demostrarse que, como regla general, la mente del individuo de la especie humana es un espacio en el que no rige el determinismo, de manera que no es posible predecir que a un estado mental e_x en t_1 le seguirá (de manera segura o, cuando menos, muy probable) un estado mental e_y en el posterior momento t_2 .

¹⁰ EARMAN 1986, pp. 12-14.

¹¹ Desde luego, la cuestión es infinitamente más compleja desde el punto de vista científico: *vid.* EARMAN 1986, *passim*. En todo caso, en lo que aquí nos interesa, basta con descartar que vivamos en un universo completamente caótico para que nuestra investigación tenga sentido.

Sin embargo, hay dos objeciones de peso frente a esta posibilidad:

1.^a) La misma posibilidad de la existencia y racionalidad epistemológica de la ciencia de la Psicología muestra que también en el caso de la mente humana existen correlaciones entre la historia causal previa del sujeto y su conducta. Y, cuando menos, bastantes de ellas parecen ser de naturaleza determinista¹², por lo que la tesis más plausible es que la mente humana sea un sistema –cuando menos– parcialmente determinista, si no por completo.

2.^a) Pero es que, aunque se demostrase que los eventos que ocurren en la mente humana son puramente indeterministas, esto no sería suficiente para justificar la atribución de responsabilidad moral por las decisiones adoptadas. Pues, en ese caso, lo que tendríamos sería una máquina con procesos estocásticos (aleatorios), que daría lugar a decisiones impredecibles (también para el mismo individuo), de manera que nadie podría ser hecho responsable de ellas: resultarían ser puro azar¹³.

VI. EL DUALISMO DE SUSTANCIAS O DE PROPIEDADES COMO FALSA SOLUCIÓN

Por fin, una tercera y última posibilidad para eludir las dificultades que la verdad del determinismo inevitablemente ocasiona a una concepción tradicional de la libertad de voluntad consiste en sustraer los procesos mentales a las leyes naturales. Ello puede hacerse –y se ha hecho– de dos maneras diferentes:

1.^a) Buscando un «espíritu dentro de la máquina» (*ghost in the machine*, en la expresión de Gilbert Ryle): es decir, defendiendo un dualismo mente-cuerpo, a tenor del cual la mente sería una sustancia independiente del cuerpo, no sujeta a las leyes naturales y que tendría el control último de las decisiones del individuo humano.

2.^a) Aceptando que la mente no es más que una propiedad superveniente sobre propiedades físicas del cerebro, pero manteniendo la teoría de la causación agentiva: la tesis de que el cerebro humano posee propiedades causales específicas y peculiares, que hacen que su rol causal sobre las acciones huma-

¹² WEISKOPF/ADAMS 2015, pp. 23-27.

¹³ KANE 2005, pp. 36-37.

nas sea de una naturaleza diferente, y mucho más esencial, al de la incidencia causal de cualquier otro evento sobre las mismas ¹⁴.

El problema es que cualquiera de estas dos tesis –dualismo mente-cuerpo o causación agentiva– parecen chocar frontalmente con el conocimiento científico disponible:

— Así, de una parte, hoy es conocimiento común que no existe ninguna propiedad mental que no sea mera manifestación (superveniente) de propiedades físicas del cerebro, como no hay ningún estado mental que no se corresponda con estados físicos del cerebro. De manera que no existe nada (ninguna «mente», ningún «espíritu») distinto del propio cerebro que pueda controlar la acción ¹⁵: la acción la controla el cerebro, sometido a la incidencia de la combinación entre las leyes causales (psicológicas) y la historia biográfica previa del individuo.

— En sentido similar, no existe ninguna evidencia científica que muestre que la forma en la que el cerebro humano da lugar a conductas se aleje de cómo producen conductas las mentes de otros animales con mente; ni de que las leyes causales sean diferentes en un caso y en otro. Como tampoco la hay de que la influencia causal de los estados mentales (=cerebrales) sobre las acciones sea de una naturaleza diferente que la influencia de otros acontecimientos físicos (causación eventiva): así, por ejemplo, tanto puede modificar la conducta humana un deseo como una lesión cerebral. De manera que la idea de causación agentiva (como forma específicamente humana, y mental, de causación) no posee ningún fundamento científico que permita defenderla con alguna justificación ¹⁶.

VII. ¿PUEDE UN AGENTE CONTROLAR SUS ACCIONES EN UN UNIVERSO DETERMINISTA?

Si, entonces, aceptar alguna forma de determinismo como estructura global de la realidad, y también de la conducta y de la mente humanas, parece inevitable (porque es la imagen del mundo y de nosotros mismos que nos aporta la ciencia, fundada en una sólida base empírica), la pregunta que cabe

¹⁴ Cfr. una defensa elaborada de la tesis de la «causación agentiva» en CLARKE 2003, pp. 151 ss.

¹⁵ KIM 2010, pp. 46-56.

¹⁶ *Vid.*, en este sentido, PEREBOOM 2014, pp. 65-69.

hacerse es si, pese a ello, resulta posible defender que el determinismo es compatible con alguna forma de autoridad última del agente sobre su acción.

¿Qué quiere decir que se posee la autoridad última sobre la propia acción? Una primera interpretación posible –la más clásica– define dicho control a través de la idea de «poder actuar de otro modo» (así ocurría, precisamente, en la tradicional definición del fundamento la culpabilidad jurídico-penal en la dogmática alemana: *Anders-Handeln-Können*).¹⁷ Según esta interpretación, existe la libertad que es precisa para la responsabilidad moral cuando el agente tiene ante sí abiertas varias posibilidades diferentes de decisión (y, por ende, de conducta), entre las cuales puede elegir¹⁸.

Ya hace varia décadas, Harry Frankfurt argumentó convincentemente, a través de una serie de casos ejemplares (*Frankfurt cases*), que en realidad la cuestión clave para la responsabilidad moral no es la posibilidad de obrar de otro modo: en efecto, solemos considerar moralmente responsable de sus acciones (y tenemos buenas razones para hacerlo así) a un agente que, aunque en realidad no tuviese alternativa de actuación alguna diferente de aquella que efectivamente llevó a cabo, sin embargo (por ejemplo, porque no era consciente de ello), mantuvo en todo momento bajo control de su mente y de sus decisiones su conducta¹⁹.

Así, por ejemplo, no quitamos el mérito a un delincuente que intencionalmente desiste de consumir un homicidio, por más que seamos conscientes de que en realidad nunca hubiese sido capaz de reunir el valor necesario para finalizarlo con éxito.

Lo que Harry Frankfurt deseaba poner de manifiesto con estos casos era que, en realidad, la responsabilidad moral no depende principalmente de que el agente vislumbre la existencia de posibilidades alternativas de actuación. Por el contrario, lo decisivo parecería ser más bien el control del agente sobre su decisión de actuar²⁰ (obsérvese que lo que se está negando es la relevancia, a efectos de la determinación de la libertad de voluntad, de la disponibilidad para el agente, a la hora de decidir, de varias alternativas de actuación entre las que elegir. Por el contrario, sí que resulta relevante que existan, desde el punto de vista físico, dichas posibilidades: un agente que elige la única alternativa de actuación existente, porque sabe que es la única, nunca puede ser hecho moralmente responsable de la misma)²¹.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND 1996, pp. 427-428.

¹⁸ MCKENNA/PEREBOOM 2016, pp. 56-62.

¹⁹ FRANKFURT 2006, pp. 11 ss.

²⁰ FRANKFURT 2006, pp. 36-40.

²¹ HOWARD-SCHNEIDER 2006, pp. 235-236. La condición de que sea consciente de que no existen más alternativas de actuación es importante: en otro caso, podría ser que el agente fuese responsable por

VIII. ULTIMIDAD CAUSAL

Control del agente sobre su decisión de actuar: «Controlar» y «control» son términos que, en su uso propio, pertenecen al lenguaje de la ciencia matemática: a aquella parte de la matemática aplicada que tiene por objeto la manipulación, mediante la introducción de las señales que resulten necesarias, de la magnitud de una determinada variable propia de un proceso que tiene lugar dentro de un cierto sistema dinámico, con el fin de mantenerla dentro de ciertos límites. Así, controlar una decisión significaría asegurar, a través de las decisiones pertinentes (y de la causalidad mental), el sentido de una determinada acción: su intención y su efecto causal externo.

En sentido estricto, mantener una acción bajo control por parte del agente exige el requisito de la ultimidad causal: que el agente sea la fuente última de su acción²². Cabe, no obstante, defender dos versiones diferentes de la idea de ultimidad causal:

— Versión super-estricta: un agente es la fuente última de su acción solamente si él de manera voluntaria contribuye con una condición que es necesaria y suficiente para la producción de la acción y, además, no existe ninguna otra condición suficiente distinta de su propia agencia que pueda dar lugar a la acción.

Muy probablemente, esta concepción super-estricta de la ultimidad causal era la que tenían en mente los teólogos cristianos cuando han discutido, a lo largo de los siglos, sobre la providencia, la gracia, la condenación y la salvación eternas, el problema del mal y la omnisciencia y omnipotencia divinas²³.

Ocurre, sin embargo, que se trata de una concepción que se ha demostrado radicalmente incompatible con la evidencia científica, en la medida en que las ciencias de la conducta demuestran que no existe ninguna decisión ni nin-

haber decidido libremente hacer aquello que, ignorándolo él, era lo único que en realidad podía hacer (ZIMMERMAN 1996, p. 52).

²² McKENNA/PEREBOOM 2016, p. 150.

²³ Hoy está demostrado que la idea de libre albedrío, en su sentido clásico, tiene su origen histórico en el medio intelectual de la filosofía moral helenística (preocupada, especialmente en el caso del estoicismo, por la cuestión de la autonomía de la razón individual para identificar y elegir el verdadero bien moral, es decir, una vida buena y propia del sujeto racional: FREDE 2011, pp. 66 ss.). Pero, aunque ese sea su origen, la versión que ha llegado hasta nosotros (lo que en el texto he denominado versión super-estricta de la tesis de la ultimidad causal de la causalidad humana sobre sus acciones) es la formulada en el marco de la teología cristiana de los primeros tiempos, para responder fundamentalmente a dos cuestiones (KANTZER KOMLINE 2020, pp. 31-37; KARAMANOLIS 2021, pp. 140-161): 1.ª) la compatibilidad entre la predicada omnipotencia divina y la innegable presencia del mal en el mundo; y 2.ª) consiguientemente, la compatibilidad entre omnipotencia divina y responsabilidad moral personal del individuo.

guna acción humanas cuyos procesos de constitución sean completamente autosuficientes y aislados de causas externas²⁴.

— Versión estricta: un agente es la fuente última de su acción solamente si él de manera voluntaria contribuye con una aportación causal *C* que es parte necesaria de la condición que da lugar a la acción y, además, no existen condiciones suficientes distintas de su propia agencia que puedan dar lugar a *C*.

La diferencia entre la versión super-estricta y la versión estricta consiste en que esta última demanda que el agente aporte una parte necesaria de la condición suficiente de la acción (es decir, que sin una aportación mental bajo su control no puede existir acción libre), pero no —como ocurre en la versión super-estricta— una condición necesaria, suficiente y con una potencia causal única.

Sea como sea, aun la versión estricta del requisito de la ultimidad causal tiene que enfrentarse a dos argumentos —realmente, a dos versiones distintas del mismo argumento— que la reputan conceptualmente incoherente (y que, por ende, consideran imposible que pueda darse en la realidad):

— Argumento Directo a favor del incompatibilismo²⁵: a) nadie es responsable por los acontecimientos del pasado o por las leyes naturales; b) nadie es responsable de que la combinación de eventos pasados y leyes naturales permita un único futuro posible; c) por lo tanto, nadie es responsable por los acontecimientos futuros.

— Argumento de la Manipulación²⁶: a) si la mente de un agente es manipulada por factores externos para tener el deseo y la intención de realizar una determinada acción, entonces no actúa libremente, por lo que no es moralmente responsable de dicha acción; b) pero, en realidad, en un universo determinista, la mente de cualquier agente ha sido manipulada por factores externos; c) por consiguiente, en un universo determinista ningún agente es libre ni moralmente responsable de sus acciones.

²⁴ Es importante observar, en efecto, que en todo el debate acerca del libre albedrío en el pensamiento cristiano clásico (pre-científico) se partía de la base del dualismo de sustancias como ontología presupuesta, a tenor de la cual los procesos volitivos propios del alma y los procesos motores propios del cuerpo tenían lugar en universos paralelos, pero diferentes. Por lo que aquellos —a diferencia de estos últimos— no podían verse afectados por las leyes causales: NIEDERBACHER 2014. (Justamente por ello, la discusión teológica no versó nunca sobre la relación entre causalidad y libertad, sino sobre la relación entre voluntad divina y libertad del alma humana: sobre la relación entre dos entidades no materiales, en suma.) El problema, por supuesto, es que, contemplado con nuestros ojos (a la luz de la evidencia que nos proporcionan la ciencia cognitiva), aquel presupuesto ontológico parece hoy pura fantasía. Y, entonces, si los procesos volitivos propios de la mente tienen lugar también, en último extremo, sobre bases físicas, mantener que ellos no están tan condicionados, y aun determinados, por las leyes causales como el resto de los fenómenos físicos parece más un pío deseo que una descripción razonable de la realidad.

²⁵ McKENNA/PEREBOOM 2016, pp. 154-162.

²⁶ McKENNA/PEREBOOM 2016, pp. 162-172.

En definitiva, lo que vienen a cuestionar estos argumentos es que, en un universo determinista (en el que también los procesos mentales están sujetos a condicionamiento por parte de una combinación del historial pasado de la mente con las leyes naturales), la idea misma de ultimidad causal resulte imaginable²⁷: según esto, dado que los procesos mentales de cualquier mente humana dependen de hechos pasados y de leyes naturales que el agente no puede controlar, resulta imposible en ningún caso predicar de una acción humana que la misma tiene su origen único (versión super-estricta) o su origen principal (versión estricta) en las decisiones del propio agente.

IX. ¿«COMPATIBILISMO HUMANISTA»?

En mi opinión, el dilema que estoy presentando es real y no tiene ninguna escapatoria fácil. Así, no lo es —contra lo que con frecuencia aducen los penalistas— la alegación de vagos argumentos humanistas: sobre el sentido de la vida, sobre la dignidad del individuo humano, sobre las necesidades de la vida social, sobre lo generalizadas que están las creencias acerca del libre albedrío...²⁸ Porque argumentos de esa índole, tomados literalmente, sobre el trasfondo de una imagen científica del mundo que es materialista y determinista, se balancean peligrosamente entre la vacuidad (¿por qué es imprescindible que el sentido de la existencia humana o la dignidad de las personas dependan de la ultimidad causal?) y el pragmatismo más descarnado (¿cómo podrían las necesidades funcionales del control social justificar una atribución irracional de responsabilidad?); y no pueden ser tomados en serio (no más de lo que pueden serlo los argumentos que el cardenal Belarmino adujo en su día frente al heliocentrismo y a Galileo: fruto de la obcecación y/o del poder ideológico, mas no de la racionalidad). Formulado con crudeza: si el dilema es entre hacer caso a nuestras generalizadas convicciones «humanistas» o hacer caso a la ciencia, es decir, si no existe ninguna manera de compatibilizar las creencias mayoritarias acerca de la libertad de la voluntad humana con la estructura de la realidad que se deriva de la evidencia científica, entonces la única solución racional sería renunciar a unas creencias que (a pesar de nuestro apego) se habrían revelado irracionales y que, por ello, no deberían fundamentar ninguna decisión práctica, ni moral ni jurídica²⁹.

²⁷ STRAWSON 2004.

²⁸ Dos ejemplos significativos de esta forma de argumentar, en la doctrina española: DEMETRIO CRESPO 2013; LUZÓN PEÑA 2013.

²⁹ En un sentido similar, ALONSO ÁLAMO 2019, pp. 4-6.

X. ELIMINATIVISMO: LA LIBERTAD DE VOLUNTAD COMO ILUSIÓN

Hasta donde alcanzo a ver, solamente hay tres soluciones posibles a este dilema. La primera, por supuesto, es el eliminativismo: aceptar que la libertad de voluntad es una ilusión (como el geocentrismo, como la parapsicología, como las ideas de espíritu o de éter, etc.), carente de cualquier fundamentación racional, fruto de tiempos históricos pasados en los que se carecía de un conocimiento suficiente acerca de la realidad, que tiene que ser abandonada en una visión científica y racional del mundo y del ser humano. Y, consiguientemente, reconstruir nuestras prácticas de regulación y autorregulación de conductas³⁰ (que actualmente conllevan de modo habitual el surgimiento de emociones morales reactivas, los juicios morales basados en la atribución de responsabilidad moral por las acciones, la afirmación del merecimiento como fundamento de la responsabilidad moral y de la libertad de voluntad como condición necesaria del merecimiento). (En efecto, la imposibilidad de hacer moralmente responsables a las personas por sus acciones no impide continuar haciendo valoraciones morales de las acciones mismas. Pero sí que impide hacer valoraciones morales sobre los agentes).

Como más arriba he apuntado, no creo que quepa descartar sin más esta alternativa, puesto que pienso que ha de ser tomada como la solución por defecto: si no somos capaces de proponer una construcción de la libertad de voluntad y de la responsabilidad moral basada en ella que resulte convincente (satisfactoria en cuanto a sus consecuencias, coherente en sus contenidos y, sobre todo, compatible con el conocimiento científico), deberíamos empezar a pensar en revisar todas nuestras prácticas de enjuiciamiento moral (y las consecuencias que de ellas solemos extraer —entre otras, para fundamentar la responsabilidad jurídica)³¹. Una tarea que, sin duda alguna, resulta desafiante,

³⁰ Defiende consistentemente la solución eliminativista PEREBOOM 2001, pp. 127-157.

³¹ En cambio, no creo que la alternativa del ilusionismo resulte aceptable como fundamento para la imputación personal de responsabilidad penal. Hay, en efecto, filósofos que sostienen que la mejor —o menos mala— de las alternativas en relación con la cuestión de la responsabilidad moral consiste en combinar el hecho científicamente innegable del determinismo con la ilusión de decidir sobre cuestiones morales *como si* ello fuese compatible con la libertad de voluntad del agente (y, por consiguiente, la atribución de responsabilidad moral a este no resultase problemática): vid., por ejemplo, SMILANSKY 2000, *passim*, esp. pp. 94 ss. Es posible —no estoy seguro— que esta forma de razonar pueda aceptarse para justificar un reproche puramente moral sobre una conducta. Pero, en cambio, me parece imposible admitirla cuando, como ocurre en el ámbito de la responsabilidad penal, de lo que se trata es de que el Estado prive coercitivamente de derechos fundamentales a un individuo: en este caso, únicamente una justificación positiva de la efectiva (no meramente imaginada) responsabilidad moral del agente por su conducta ha de constituir una condición imprescindible (aunque no necesariamente suficiente) de la imputación. Lo contrario sería fundamentar la pena en una ficción; y, por ende, injusto.

pero no imposible (¿no hemos abandonado en el pasado prácticas como las ordalías, el Derecho Penal de autor o las penas infamantes?).

Ahora bien, como ciertamente una revisión de tal alcance ha de resultar, en cualquier caso, problemática (porque obligaría a modificar no solo las prácticas, sino también los esquemas cognitivos, las emociones morales y, en general, buena parte de la psicología moral de sentido común, en la que aquellas se apoyan)³², conviene antes explorar las otras posibles soluciones al dilema y solo elegir la alternativa eliminativista en el supuesto de que las restantes se revelen impracticables.

XI. LIBERTARISMO: DECISIONES INFRADETERMINADAS Y ROL DEL AZAR

La segunda de las soluciones al dilema que alcanzo a ver consiste en sostener una forma específica de libertarismo: libertarismo, en la medida en que se defiende que las decisiones humanas de actuar no están completamente determinadas por acontecimientos pasados y por las leyes naturales; pero un libertarismo que, sin embargo (y a diferencia de las versiones que más arriba se han analizado críticamente), da por buena la visión científica acerca de la mente humana y de la causalidad que da lugar a las acciones (un libertarismo basado en la causación eventiva).

La forma de defender esta posición es intentar mantener de una manera convincente que las decisiones que la mente humana adopta y que dan lugar a las acciones, aunque sin duda alguna están causalmente condicionadas por los acontecimientos previos y por las leyes naturales, sin embargo, pese a ello están infradeterminadas por dichos factores causales: es decir, que la combinación de la historia biográfica previa y las leyes naturales (las leyes psicológi-

³² Más aún: a día de hoy, las alternativas que los partidarios del incompatibilismo eliminativo proponen para construir prácticas de control social que prescindan del recurso a la responsabilidad moral (y, con ello, a la pretensión de llevar a cabo un proceso de comunicación racional con el infractor sobre sus razones para actuar y las razones del Derecho para reprochárselas) resultan altamente problemáticas, pues tienden en la gran mayoría de los casos hacia una concepción entre terapéutica y securitaria del control social, dudosamente compatible con los derechos fundamentales y con la dignidad humana; con el evidente riesgo, además, de que –como la experiencia histórica demuestra– la selectividad secundaria que es característica del sistema penal lleve a que los tratamientos terapéuticos y/o inocularizadores afecten de manera desproporcionada a los grupos más marginados de la sociedad. Cfr., por ejemplo, SHAW/PEREBOOM/CARUSO 2019. Precisamente por ello, conviene (al menos, mientras el ideal abolicionista siga viéndose como algo puramente utópico) explorar la posibilidad de que exista otra alternativa, revisionista, que conserve el valor de la vinculación entre culpabilidad jurídico-penal y responsabilidad moral, pero la adapte a la realidad del determinismo acreditada por la ciencia.

cas) impondrían límites claros a las posibles decisiones que un determinado individuo humano puede adoptar, en un momento dado, pero no determinarían por completo la decisión; de manera que dos individuos humanos con exactamente el mismo historial psicológico previo y sujetos a las mismas leyes naturales podrían, no obstante, adoptar decisiones de actuar de signo diferente.

La tesis de la infradeterminación causal de las decisiones de actuar se ha querido fundamentar al menos en dos argumentos:

1.º) Que, como regla general, en la mente de un agente existen motivos para la acción (deseos, creencias, etc.) tanto a favor como en contra de un determinado curso de acción, por lo que la existencia de tales motivos (procedentes de su historial biográfico previo) no predeterminaría por completo el sentido de su decisión.

2.º) Que, en realidad, el historial psicológico de todos los individuos humanos es tan plural y contradictorio que resulta imposible que predetermine en un sentido específico sus decisiones de acción, existiendo siempre por ello margen para decisiones de distinto signo³³.

Existe, sin embargo, una objeción obvia a esta posición. Pues, en efecto, como más arriba se señaló, no es suficiente con que se demuestre que –como parece plausible– existe una infradeterminación de las decisiones de actuar respecto a las causas psíquicas que contribuyen a constituir las: más bien sería necesario, por el contrario, para poder afirmar la responsabilidad moral del agente por su acción, que –además de la infradeterminación– se demostrase también que el resultado final, (que la decisión de actuar adoptada) fue «elegido» y no meramente aleatorio. Ocurre, empero, que en una concepción libertarista basada en la idea de causación eventiva, tal posibilidad queda por principio descartada: ¿quién, en efecto, podría estar eligiendo la decisión, si se mantiene que no es el cerebro del agente (que, según se sostiene, simplemente condicionaría dicha decisión, sin determinarla)? La respuesta es obvia: si la infradeterminación de las decisiones de actuar es verdadera, entonces qué se decida en cada caso (dentro de los límites que el historial psicológico previo y las leyes naturales permiten) obedece al puro azar. Lo que volvería problemática cualquier atribución de merecimiento al agente (y, por ende, de responsabilidad moral)³⁴.

³³ *Vid.* KANE 1996, pp. 105 ss.

³⁴ PEREBOOM 2014, pp. 31-33.

XII. LIBERTAD DE VOLUNTAD COMO CONTROL DE LOS PROCESOS MENTALES (*GUIDANCE CONTROL*)

La tercera y última solución al dilema de la compatibilidad entre libertad de voluntad y determinismo es defender, dentro de una concepción determinista de la mente humana, una forma de libertad de voluntad consistente en alguna forma de control del agente sobre las decisiones que su mente adopta que sea lo suficientemente intensa como para justificar la atribución de merecimiento al agente por su decisión y por su acción y que, no obstante, renuncie a exigir el requisito de la ultimidad causal en cualquiera de sus versiones (dado que, como vimos, resulta dudoso que el mismo pueda compatibilizarse con la verdad del determinismo).

Dos son las formas que ha adoptado la defensa de estas teorías suavizadas del control:

1.^a) Teorías de la coherencia psíquica: a tenor de las mismas, un agente tendría un grado de control suficiente sobre su decisión (suficiente para poder atribuirle merecimiento por la misma) siempre que se demuestre que ha existido un adecuado grado de coherencia entre el sentido de su decisión de actuar, sus motivos de primer orden (deseos, creencias, etc.) para actuar y los motivos de segundo orden (creencias y deseos –planes, esquemas cognitivos, escalas de valores, etc.– sobre qué deseos y qué creencias se quiere llegar a tener). En cambio, cuando existan discrepancias significativas entre los tres niveles, la decisión final no podría ser considerada como suficientemente controlada por el propio agente³⁵.

Por ejemplo: casos de debilidad de la voluntad, casos de decisiones poco meditadas, casos de decisiones adoptadas en estados de alteración emocional, casos de manipulación...

2.^a) Teorías de la conducta fundada principalmente en razones para la acción (y no en otra clase de motivos): según estas, aquel control sobre la acción que resulta suficiente para que pueda justificarse la atribución de merecimiento al agente se da en los casos en los que la decisión de actuar se adopta principalmente sobre la base de las razones para la acción que están en la mente del agente, y no de otros motivos (que pueden estar también en su mente –deseos irracionales, por ejemplo–, pero que su mente no puede configurar, modificar, etc. como lo hace con las razones). Este grado de control (*Guidance Control*) exigiría dos condiciones: a) que el mecanismo que crea y selecciona

³⁵ WATSON 2004, pp. 23-27; FRANKFURT 2006, pp. 25-45; BRATMAN 2007, pp. 239-249.

razones sea la mente del agente (que las razones no le hayan sido «implantadas» al agente en su mente, sin posibilidad de manipularlas); y b) que dicha mente tenga capacidad efectiva de computar (de recibir, comprender y manejar) razones para la acción³⁶.

Ambos grupos de teorías pueden presentarse en versiones que prescindan de la historia causal previa, pero, desde luego, parecen más convincentes si además la tienen en cuenta. Añadiendo, consiguientemente, el requisito de que los motivos de segundo orden del agente –en el caso de las teorías de la coherencia psíquica– o sus razones –en el caso de las teorías de la conducta basada en razones– no hayan sido manipulados por un tercero³⁷.

XIII. CONCLUSIÓN: UNA CONCEPCIÓN MODESTA (PERO SUFICIENTE) DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD

Por supuesto, la pregunta que cabe hacerse es si, en realidad, el grado de control que asegura una decisión fundada principalmente en las razones del agente para la acción o que se corresponde fielmente con su personalidad es suficiente para que la atribución de merecimiento por la acción resulte una reacción racionalmente justificable. O si, por el contrario, puesto que tales razones y tal personalidad serán en todo caso (incluso si no ha existido manipulación alguna por parte de terceros) el producto de la combinación entre el historial psicológico previo del agente y las leyes naturales (psicológicas), atribuir responsabilidad al agente por la decisión finalmente adoptada resulta –como mantienen los imposibilistas– irracional.

La respuesta a esta cuestión depende, a mi entender, de qué función pensemos que cumplen la moralidad y las prácticas sociales de atribución de responsabilidad moral. Expresándolo en ejemplos: si atribuir responsabilidad moral a alguien por una acción suya tiene como objetivo identificar sus pecados –entendidos como un mal absoluto– y la gravedad de los mismos y, sobre esa base, las penitencias temporales y las penas ultramundanas –incluyendo penas eternas– que merece el agente (como ocurre en el marco de la teología moral cristiana), entonces parece evidente que cualquier cosa por debajo de la más absoluta liber-

³⁶ FISCHER/RAVIZZA 1998, pp. 69-76; McKENNA 2013; SARTORIO 2016, pp. 108 ss.

³⁷ MELE 1995, pp. 144-176; MELE 2006, pp. 164-173; FISCHER/RAVIZZA 1998, pp. 170-206.

tad de voluntad (entendida incluso como ultimidad causal en un sentido super-estricto) parece insuficiente como justificación de dicha atribución³⁸.

Me parece, sin embargo, que resulta perfectamente posible (y más razonable) un entendimiento mucho más modesto, naturalista, de la moralidad y de la responsabilidad moral. En efecto, de acuerdo con la mejor evidencia empírica disponible, parece que la institución de la moralidad aparece en la especie humana como mecanismo de orientación y de control de la conducta de los especímenes de la misma, a partir de dos de sus características: de una parte, una capacidad particularmente potente de procesamiento de información y, consiguientemente, unas reacciones particularmente variables y flexibles (en comparación con otras especies animales)³⁹, difíciles de predecir en principio⁴⁰; y, de otra, el hecho de que esas reacciones variables y flexibles resultan ser, como comportamiento social, notablemente ambivalentes, ya que a veces persiguen la cooperación con los congéneres, pero en otras ocasiones son conductas de evitación o de agresión⁴¹. En esta situación, la moralidad parece haber surgido como un mecanismo evolutivamente idóneo para, a través de la emocionalidad, convertir los patrones de cooperación y las normas sociales que los acompañan en algo percibido como «objetivo», capaz de suscitar una adhesión incondicional; favoreciendo así la estabilización de la cooperación intragrupo (que, desde un punto de vista evolutivo, es esencial para la eficacia reproductiva de la especie)⁴². Y la atribución de responsabilidad moral no es sino el concreto mecanismo que, a través de la generación de reacciones emocionales en el agente (culpa y vergüenza)⁴³ y en el resto del grupo (desprecio, indignación y disgusto)⁴⁴, tiene la función de reforzar la vigencia de las normas y el grado de cumplimiento de estas⁴⁵.

Si esto es así, entonces la pregunta que a nosotros nos interesa no es la escatológica acerca de la retribución definitiva que merece el infractor o las penas que este puede realizar para atenuarla o evitarla⁴⁶ (que resulta irrelevante para un Derecho Penal orientado a la prevención general, con penas

³⁸ Vid. SARMIENTO/MOLINA/TRIGO 2013, pp. 222-227, 517-518, 531-533, 542-544. De hecho, los cultivadores de una teología (cristiana) filosófica acaban, con argumentos filosóficos, por llegar a esta misma conclusión y a defender la idea de ultimidad causal (pese las irremontables dificultades filosóficas que hemos visto que existen para mantenerla): cfr. TIMPE 2014, pp. 1-12.

³⁹ TOMASELLO 2022, pp. 91 ss.

⁴⁰ MITCHELL 2023, pp. 170 ss.

⁴¹ EIBL-EIBESFELDT 2017, p. 170.

⁴² TOMASELLO 2019, *passim*, esp. pp. 115 ss.

⁴³ TURNER 2010, pp. 135-136.

⁴⁴ HAIDT 2003, pp. 855-859.

⁴⁵ BOWLES/GINTIS 2011, pp. 24-32.

⁴⁶ Vid. ALVIAR 2017, pp. 301-311-312, 318-320

cuya ejecución persigue una prevención especial resocializadora), sino una mucho más modesta⁴⁷: la de cuándo está suficientemente justificado que la sociedad se sienta legitimada para reprochar al infractor su conducta y castigarle, porque la reacción moral (disgusto, indignación y desprecio) contra él resulta en ese caso racional, no arbitraria⁴⁸. En mi opinión, a esta pregunta sí que puede tener sentido responder, del siguiente modo:

1.º) depende de si su conducta ha estado motivada principalmente por razones o, por el contrario, por otra clase de motivos puramente impulsivos⁴⁹;

2.º) depende de si la conducta del agente se corresponde con su estructura motivacional ordinaria o, por el contrario, obedece a un motivo extraordinario y anormal; y

3.º) incluso si la conducta no ha sido impulsiva y se corresponde adecuadamente con la estructura motivacional ordinaria del agente, depende de si dicha estructura motivacional y la capacidad de autorregulación emocional del agente se desarrollaron de manera autónoma o, durante el proceso de desarrollo psíquico del individuo, fueron objeto de una manipulación significativa por parte de terceros.

Esta respuesta se basa no en una tesis metafísica acerca del libre albedrío, sino en determinar en qué casos la reacción moral de disgusto, indignación y desprecio contra el infractor (y no solo contra su infracción) tiene verdadero sentido (más allá de satisfacer pasiones vindicativas), porque contribuye a mantener un *statu quo* en el que en el que reprochar y sancionar al infractor refuerza la estabilidad de la cooperación social. Y esos casos son, precisamente, aquellos en los que la conducta del infractor puede ser calificada fundadamente de «racional»⁵⁰, en el sentido que se acaba de explicitar: únicamente frente a las razones (moralmente defectuosas) del infractor cobra sentido la emoción moral negativa de quien sí que cumple con la norma de conducta, comunicándole su reproche⁵¹; y no en otro caso (pues, fuera del caso expuesto, la posibilidad de comunicación con el infractor en torno a razones deviene problemática).

Aplicada al ámbito del Derecho Penal (al juicio de culpabilidad), esta conclusión viene a indicar que solamente en esos supuestos, cuando existan

⁴⁷ Comparto, pues, la idea de que el alcance de la pregunta sobre la libertad de voluntad debe estar acotado dependiendo de cuál sea la finalidad (práctica) de la misma: MELE 2014, pp. 7-9, 97-100; MELE 2017, pp. 21-23, 110-111.

⁴⁸ WATSON 1987.

⁴⁹ Vid. STRACK/DEUTSCH/KRIEGLMEYER 2009.

⁵⁰ MOORE 1997, pp. 608-609.

⁵¹ SIMESTER 2021, p. 237.

razones para reprochar moralmente al agente su conducta, puede llegar a estar plenamente justificada (eventualmente)⁵² frente al propio infractor la imputación personal de la responsabilidad y de la pena correspondiente. Porque solamente en tal caso la imputación de la autoría de la infracción en su sentido más fuerte (que es moral, no meramente físico –*Urheberschaft*, no mera *Täterschäft*) resulta racionalmente justificada⁵³.

Me parece que esta manera de fundamentar el juicio de culpabilidad no tiene únicamente un interés puramente teórico (con tenerlo mucho), sino que ha de producir algunas consecuencias relevantes en la práctica. Me atrevo a señalar al menos las siguientes: 1.^a) una notable «despsiquiatrización» en la manera de interpretar las eximentes y –sobre todo– las atenuantes de la responsabilidad conectadas con el juicio de culpabilidad (de manera que no solo los trastornos de conducta medicalizados, identificados como enfermedad, debería ser tomados en consideración)⁵⁴; 2.^a) consiguientemente, una ampliación de los casos de aplicación de dichas eximentes y atenuantes; 3.^a) la obligación de tomarse en serio al acusado como sujeto moral (dándole oportunidad de introducir en el proceso su biografía, sus escalas de valores y motivaciones, etc. como circunstancias que podrían haber afectado a su culpabilidad); 4.^a) una mayor atención a la naturaleza esencialmente graduable del juicio de culpabilidad (utilizando en mayor medida las posibilidades que las circunstancias atenuantes –incluidas las atenuantes analógicas– abren a la hora de la medición de la pena); y 5.^a) la obligación de probar la culpabilidad del delincuente más allá de toda duda razonable (y, desde luego, la prohibición de presumirla).

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad*, en *La culpabilidad*, Buenos Aires/Montevideo, 2019.
ALVIAR, Joselito José: *Escatología*, 4.^a ed., Pamplona, 2017.

⁵² Si se cumplen el resto de las condiciones necesarias para la justificación: *vid.* una exposición completa de tales condiciones en PAREDES CASTAÑÓN 2013.

⁵³ SÁNCHEZ-OSTIZ 2018, pp. 49-53.

⁵⁴ En efecto, contra lo que parecen presuponer con frecuencia los tribunales penales, el concepto de enfermedad mental es todo menos pacífico: *vid.* BELLOCH/SANDÍN/RAMOS 2024, pp. 44-50. Y, por lo demás, parece plausible la hipótesis de que realmente la relación entre enfermedad mental y capacidad de culpabilidad sea más bien incidental: no cabe duda de que en ocasiones la enfermedad mental influye en dicha capacidad, pero ello no es siempre necesario; y, sobre todo, tampoco parece dudoso que muchas otras circunstancias individuales y ambientales pueden tener tanta o más influencia sobre ella (WILKINSON 2023, pp. 78-79).

- BELLOCH, Amparo/SANDÍN, Bonifacio/RAMOS, Francisco: Conceptos y modelos en Psicopatología, en *Manual de Psicopatología*, volumen I, 4.^a ed., Madrid, 2024, pp. 41-79.
- BOWLES, Samuel/GINTIS, Herbert: *A Cooperative Species*, Princeton/Oxford, 2011.
- BRATMAN, Michael E.: *Structures of Agency*, New York, 2007.
- CLARKE, Randolph: *Libertarian Accounts of Free Will*, New York, 2003.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo: «*Compatibilismo humanista*»: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho Penal, en *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid/Buenos Aires, 2013, pp. 17-42.
- DUFF, R. A.: *Punishment, Communication, and Community*, New York, 2001.
- EARMAN, John: *A Primer on Determinism*, Dordrecht, 1986.
- EIBL-EIBESFELDT, Irenäus: *Human Ethology*, London/New York, 2017.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho*, ADPCP LXV, 2012, pp. 99-125.
- FISCHER, John Martin/RAVIZZA, Mark: *Responsibility and Control*, Cambridge, 1998.
- FRANKFURT, Harry G.: *La importancia de lo que nos preocupa*, Buenos Aires, 2006.
- FREDE, Michael: *A Free Will. Origins of the Notion in Ancient Thought*, Berkeley/Los Angeles/London, 2011.
- FURR, R. Michael/Funder, David C.: *Persons, Situations, and Person-Situation Interactions*, en *Handbook of Personality*, 4.^a ed., New York/London, 2021, pp. 667-685.
- HAIDT, Jonathan: *The Moral Emotions*, en *Handbook of Affective Sciences*, New York, 2003, pp. 852-870.
- HÖRNLE, Tatjana: *Straftheorien*, en *Handbuch des Strafrechts*, tomo 1, Heidelberg, 2019, pp. 507-537.
- HOWARD-SCHNEIDER, Frances: «*Cannot*» *Implies* «*Not Ought*», *Philosophical Studies* 130, 2006, pp. 233-246.
- JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Madrid, 1997.
- *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, 1996.
- KANE, Robert: *A Contemporary Introduction to Free Will*, Oxford/New York, 2005.
- *The Significance of Free Will*, New York, 1996.
- KANTZER KOMLINE, Han-Luen: *Augustine on the Will. A Theological Account*, New York, 2020.
- KARAMANOLIS, George: *The Philosophy of Early Christianity*, 2.^a ed., London/New York, 2021.
- KIM, Jaegwon: *Philosophy of Mind*, 3.^a ed., Boulder, 2010.
- KINDHÄUSER, Urs: *Rechtstreue als Schuld-kategorie*, ZStW 107, 1995, pp. 701-733.
- LEWIS, David M. G./Buss, David M.: *The Evolution of Human Personality*, en *Handbook of Personality*, 4.^a ed., New York/London, 2021, pp. 3-34.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, en *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid/Buenos Aires, 2013, pp. 341-401.
- McKENNA, Michael/PEREBOOM, Derk: *Free Will. A Contemporary Introduction*, New York/London, 2016.
- McKENNA, Michael: *Reasons-Responsiveness, Agents, and Mechanisms*, en *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, volumen 1, Oxford, 2013, pp. 151-183.
- MELE, Alfred R.: *A Dialogue on Free Will and Science*, Oxford/New York, 2014.
- *Autonomous Agents*, New York, 2001.
- *Free Will and Luck*, New York, 2006.
- *Libres. Por qué la ciencia no ha rebatido la existencia del libre albedrío*, Madrid, 2017.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., reimpr., Barcelona, 2016.
- MITCHELL, Kevin J.: *Free Agents*, Princeton/Oxford, 2023.
- MOORE, Michael: *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997.
- NADELHOFFER, Thomas/MONROE, Andrew (eds.): *Advances in Experimental Philosophy of Free Will and Responsibility*, London, 2022.
- NICHOLS, Shaun: *Experimental Philosophy and the Problem of Free Will*, *Science* 331, 2011, pp. 1401-1403.
- *The Folk Psychology of Free Will: Fits and Starts*, *Mind & Language* 19, 2004, pp. 473-502.
- NIEDERBACHER, Bruno: *The human soul: Augustine's case for soul-body dualism*, en *The Cambridge Companion to Augustine*, 2.^a ed., Cambridge, 2014, pp. 125-141.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *La justificación de las leyes penales*, Valencia, 2013.
- PEREBOOM, Derk: *Free Will, Agency, and Meaning of Life*, Oxford, 2014.
- *Living Without Free Will*, Cambridge, 2001.
- ROXIN, Claus/GRECO, Luís: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, 5.^a ed., München, 2020.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes*, Madrid/Buenos Aires/Montevidéo, 2018.
- SARMIENTO, Augusto/MOLINA, Enrique/TRIGO, Tomás: *Teología moral fundamental*, Pamplona, 2013.
- SARTORIO, Carolina: *Causation and Free Will*, Oxford, 2016.
- SHAW, Elizabeth/PEREBOOM, Derk/CARUSO, Gregg D. (eds.): *Free Will Skepticism in Law and Society*, Cambridge, 2019.
- SHOEMAKER, David: *Responsibility from the Margins*, Oxford, 2015.
- SIMESTER, Andrew: *Fundamentals of Criminal Law*, Oxford, 2021.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (ed.): *Moral Psychology*, volumen 4 (*Free Will and Moral Psychology*), Cambridge/London, 2014.
- SMILANSKY, Saul: *Free Will and Illusion*, Oxford, 2000.

- STRACK, Fritz/DEUTSCH, Roland/KRIEGLMEYER, Regina: *The Two Horses of Behavior: Reflection and Impulse*, en Oxford Handbook of Human Action, Oxford/New York, 2009, pp. 104-117.
- STRAWSON, Galen: *Free Agents*, Philosophical Topics 32, 2004, pp. 371-402.
- TIMPE, Kevin: *Free Will in Philosophical Theology*, New York/London, 2014.
- TOMASELLO, Michael: *The Evolution of Agency*, Cambridge/London, 2022.
- *Una historia natural de la moralidad humana*, Santiago de Chile, 2019.
- TURNER, Jonathan H.: *Natural Selection and the Evolution of Morality in Human Societies*, en Handbook of the Sociology of Morality, New York/Dordrecht/Heidelberg/London, 2019, pp. 125-145.
- WATSON, Gary: *Responsibility and the limits of evil*, en Responsibility, Character, and the Emotions, Cambridge, 1987, pp. 256-286.
- *Agency and Answerability*, Oxford, 2004.
- WEISKOPF, Daniel/ADAMS, Fred: *An Introduction to the Philosophy of Psychology*, Cambridge, 2015.
- WILKINSON, Sam: *Philosophy of Psychiatry. A Contemporary Introduction*, Oxford/New York, 2023.
- ZIMMERMAN, Michael J.: *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge, 1996.

18. CULPABILIDAD POR EL HECHO, MOTIVOS Y ESTADOS EMOCIONALES

JOSÉ MILTON PERALTA
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

I. LA PRETENSIÓN: DAR CUENTA DE LA RELEVANCIA DE LOS MOTIVOS EN UN CONCEPTO LIBERAL DE DELITO

Carlos Santiago Nino decía que un Estado liberal no debería tener en cuenta los motivos por los que una persona delinque¹. Afirmaba, en esta línea, que agravar los homicidios con base en ello excedía el ámbito de lo institucionalmente permitido. Esta era una tesis fuertemente liberal, destinada a proteger al individuo de una injerencia estatal excesiva. Sin embargo, hasta donde sé, no hay dogmáticos o filósofos que hayan seguido un camino tan rígido. Por el contrario, la opinión unánime es que los motivos importan para determinar la responsabilidad penal y que ello no necesariamente va en contra de premisas liberales. Lo que no es del todo evidente, sin embargo, es el porqué.

Dentro de las respuestas que se ofrecen, hay dos grandes líneas de argumentación, las que acentúan el significado moral de los motivos, por un lado, y las que se centran en su fuerza impulsora de la acción, por el otro. Podría llamarse a las primeras propuestas, valorativas y, a las segundas, empíricas. Si bien, en un sentido, todas son «valorativas», pues pretenden concederles a los motivos alguna importancia, el nombre indicaría en dónde reside específicamente esa importancia, si en su significado moral o en su fuerza impulsora.

¹ NINO, 1980, pp. 385 ss.

Los defensores primeras tesis han intentado, en general, ubicar a los motivos dentro de la teoría del delito²; mientras que los representantes de las segundas los han visto más como un factor autónomo de determinación de la pena³.

En mi tesis doctoral sostuve que los motivos importaban por su valor moral. Me enrolé, así, dentro de la primera línea de trabajo. También afirmé que su lugar correcto en la teoría del delito era el ilícito y no la culpabilidad. Expliqué, igual, que los motivos no importaban «como tales», es decir por su mera inmoralidad, para determinar la ilicitud penal, sino que eran relevantes en cuanto indicadores de la gravedad de los ilícitos. Les conferí, así, una función heurística en la detección de los ilícitos más graves (ver para más detalles *infra* 2).

También me esforcé por aclarar por qué no había lugar para ellos en la culpabilidad: sostuve que la culpabilidad, en un derecho liberal, solo debía ser entendida como un *centro de imputación del ilícito* y no como un espacio para (volver a) valorar los motivos. También afirmé que, por más que los motivos reprochables acompañaran normalmente ilícitos muy graves, quizás podían operar de modo favorable para el autor en la culpabilidad, si es que implicaban alguna forma de condicionamiento para seguir la norma. Concluí que en eso no había ninguna contradicción.

Enrique Peñaranda Ramos, en un trabajo titulado «Delitos de odio y Derecho Penal de culpabilidad», expresó su acuerdo con la idea central de mi tesis, según la cual los motivos podían tener su lugar en el ilícito⁴. Sin embargo, disintió en que no le concediera relevancia a su aspecto moral en la culpabilidad. Según su crítica, no solo el ilícito, sino también «el concepto y el contenido material de la culpabilidad dependen necesariamente de las relaciones y valoraciones sociales»⁵. En su concepción, «[l]a culpabilidad constituye una categoría inevitablemente relacional, sensible a las necesidades de pervivencia del propio orden normativo, y exige tan solo la máxima individualización de la responsabilidad que resulte aún conciliable con la vigencia de dicho orden»⁶.

En este trabajo, voy a tratar de dar cuenta de esta crítica, según la entiendo, y de evaluar si, efectivamente, no he partido de una concepción demasiado «simplista» de la culpabilidad, al no concederle ningún espacio al aspecto moral de los motivos. Para esto, antes que nada, voy a recordar, con un poco más

² Con alternativas muy diversas, por cierto. Véase al respecto, PERALTA, 2012, pp. 151 ss.

³ PERALTA, 2012, pp. 37 ss.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2022, p. 17

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2022, p. 20.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2022, p. 20.

de detalle, por qué y cómo considero relevante a los motivos para la ilícito (*infra* II). Luego analizaré distintos sentidos en que los motivos podrían ser relevantes para la culpabilidad. Allí descartaré, como hice en mi tesis, dos concepciones de la culpabilidad que le conceden espacio a los motivos, pero que lo hacen a costa de sacrificar el sentido limitador de aquella categoría de la teoría del delito. Mostraré que, en comparación, un concepto «neutral» de culpabilidad es más respetuoso del individuo (*infra* III).

Sentadas estas bases, en la segunda parte de este trabajo emprenderé, más en concreto, el análisis de la objeción de Peñaranda Ramos y llevaré adelante una tarea que no desarrollé en mi tesis doctoral. Me preguntaré si no existe acaso un modo alternativo en el que quepa tener en cuenta el aspecto moral de los motivos en la culpabilidad, sin tener que renunciar al cometido liberal de este elemento de la teoría del delito.

La pregunta por responder no sería, en realidad, si los motivos reprochables deben agravar la culpabilidad, como sostenían las tesis sobre la culpabilidad antes rechazadas, sino, si los estados emocionales que tienen su origen en esos motivos realmente pueden contar como excluyentes o atenuantes de la pena. Para responder esta pregunta, me valdré de la ya clásica distinción hecha en la filosofía moral entre una visión «mecanicista» y una visión «evaluativa» de las emociones, y trataré de insertar esta clasificación en la estructura general de la relevancia de los motivos antes mencionada (abajo, puntos IV y siguientes).

II. AXIOMA 1: LOS MOTIVOS COMO INDICADORES DEL GRADO DE INJUSTO

En mi tesis doctoral sostuve que, para entender la gravedad del homicidio calificado por los motivos, hay que ponerlo en correlación con el homicidio simple y sus motivos. Todo homicidio injustificado es, por definición, un homicidio cometido por malos motivos. Sin embargo, algo debe haber que distinga unos de otros para que los motivos que caracterizan al homicidio simple lo hagan merecedor de una pena menor, en comparación. Por eso, paradójicamente, para entender que hay detrás de los motivos del homicidio calificado lo mejor es entender cuáles son los motivos que caracterizan a un homicidio simple.

La respuesta es simple: lo que ocurre en el homicidio simple es que la víctima, previamente, ha cometido un ilícito en contra del autor y, de ese modo, ella misma ha generado un conflicto que luego culmina en su propia muerte. Ejemplo: «Pedro llega a su casa y sus hijos le cuentan que Carlos, más tempra-

no, pasó en su auto efectuando disparos en contra de la casa. Al escuchar esto, Pedro sale en su búsqueda y, al encontrarlo, lo mata como represalia». Este es un caso estándar de homicidio simple, en lo que a los motivos se refiere, y lo que desencadena la acción del autor es la previa acción ilícita de la víctima en su contra. Si esto es correcto, los homicidios simples se caracterizan porque hay cierta «corresponsabilidad» de la víctima en lo que le ocurre. Eso explica por qué, si bien son hechos sustancialmente graves, no reciben la máxima pena posible para esta clase de ilícitos⁷.

A diferencia de esto, lo que caracteriza a los homicidios calificados por los motivos es que la víctima no ha cometido ningún ilícito previo en contra del autor y, en consecuencia, el autor es el responsable exclusivo de todo lo que ocurre. Esto pasa si la víctima resulta ser víctima por el simple hecho de existir, como podría ocurrir con un homicidio por odio racial; o si resulta atacada por algo que «ha hecho», pero que no tiene nada de censurable: por ejemplo, llevar adelante una relación homosexual sin tapujos o decidir terminar con una relación afectiva⁸. Como en estos casos la víctima no tiene ninguna corresponsabilidad por lo que le ocurre, el autor recibe la pena máxima posible por el hecho de matar a otro.

Esta justificación de la diferencia entre el homicidio simple y el calificado tiene el objetivo de resultar compatible con las premisas de un derecho penal liberal, sin necesidad de renunciar a la intuición de que los motivos importan. Esto se logra, porque la diferencia entre ambas clases de homicidios no se basa, estrictamente, en lo que el sujeto tiene en su mente, sino en algo que ocurre, en primer lugar, fuera de ella: la presencia o ausencia de una conducta ilícita previa de la víctima. Esto es algo externo que incide ya en la gravedad *objetiva* del ilícito. Y por ello se puede afirmar, sin que sea un eufemismo, que la razón de que la pena sea más elevada en estos casos es porque se ha cometido un ilícito más grave.

III. AXIOMA 2: LA CULPABILIDAD COMO CENTRO DE IMPUTACIÓN

Además de especificar de este modo la relevancia de los motivos en el ilícito, me centré en analizar su eventual importancia para la culpabilidad. Me propuse partir de una noción también liberal de culpabilidad, según la cual esta

⁷ Al respecto, en detalle, PERALTA, 2012, pp. 215 ss.

⁸ En detalle, PERALTA, InDret, 2013, pp. 10 ss.

debía ser entendida como un «mero centro de imputación». Que fuera un mero centro de imputación significaba que solo podía variar según la mayor o menor facilidad del autor para comportarse conforme a derecho. La consecuencia más importante para la relevancia de los motivos es que estos no podían aquí justificar ningún incremento de pena. Si es que estos tenían alguna relevancia allí, debía ser por su faceta estrictamente empírica y, si dificultaban el seguimiento de la norma, solo podían operar a favor del autor. Este concepto de culpabilidad como imputación era, entonces, *ciego* al valor moral de los motivos⁹.

Esta noción de culpabilidad tenía como finalidad distanciarse de dos nociones antagonistas, que le concedían un espacio a los motivos, pero a costa de renunciar a un concepto liberal de culpabilidad y de desnaturalizar su cometido limitador en la teoría del delito. La primera de estas nociones era la de la culpabilidad de actitud interna o *Gesinnungsschuld*, defendida principalmente por Schmidhäuser, ya en 1958. Según este autor, si en el ilícito debe determinarse si el autor ha cometido un hecho antijurídico, en la culpabilidad debe constatarse si ello fue acompañado también por una «convicción interna antijurídica». Solo así el castigo puede estar plenamente justificado. Para constatar esta convicción, Schmidhäuser recurre a los clásicos elementos de la culpabilidad, y explica, con un fundamento parcialmente diferente al convencional, por qué no se castiga a los inimputables o a quienes obran con un error de prohibición inevitable. En estos casos, sostiene, no se puede constatar esta voluntad antijurídica que debe acompañar al hecho¹⁰.

Luego de esta explicación, Schmidhäuser sostiene: «Puesto que la culpabilidad es una actitud antijurídica, la medida de la culpabilidad no puede ser otra cosa que el grado de reprochabilidad de esa actitud»¹¹, y aquí es donde entran en juego los motivos: estos determinan, según él, justamente, el «grado» de reprochabilidad de la actitud interna del agente. Matar por odio a una raza o una religión demostraría una actitud interna antijurídica de una intensidad superior que hacerlo por motivos más comprensibles¹².

Sin embargo, esta tesis no convence. Si lo que se pretende con la constatación de esos estados mentales es garantizar que el sujeto haya tenido la voluntad de obrar en contra la norma, no hace falta, de ningún modo, evaluar cuáles fueron sus motivos. Lo que se debe evaluar es si la norma era accesible para él y para esto solo es necesario constatar si la persona es imputable y si le era razonablemente accesible la norma de prohibición. En ningún lugar resulta

⁹ PERALTA, 2012, pp. 193 ss.

¹⁰ SCHMIDHÄUSER, 1958, pp. 178.

¹¹ SCHMIDHÄUSER, 1958, pp. 197.

¹² SCHMIDHÄUSER, 1958, p. 201.

imperativo hacer referencia a qué motivó al agente a obrar como lo hizo, solo alcanza con saber que no se motivó como debía, pudiendo hacerlo. Por ende, cuando la «convicción espiritual antijurídica» abarca los motivos lo hace, en rigor, por una razón independiente a la que se sostiene: esto es, que se censura, además del hecho y su evitabilidad individual, el modo de pensar del agente. Censurar no es algo propio de la culpabilidad sino del ilícito penal, que es donde se establece qué se puede hacer y qué no. La culpabilidad solo está destinada imputar lo ya prohibido. Y, además, al censurar los motivos por los motivos mismos, esta noción de culpabilidad también riñe con la idea liberal de no castigar los modos de pensar¹³.

La culpabilidad como imputación también se opone a la noción de culpabilidad «preventiva». Según esta concepción, la culpabilidad no debe oponerse irremediamente a las necesidades de castigo, sino que ambas ideas, culpabilidad y prevención, puede complementarse o incluso identificarse. Se complementan cuando se sostiene que la «responsabilidad individual» surge de una combinación de «culpabilidad» y prevención¹⁴; y se identifican cuando se sostiene que la culpabilidad *es* prevención, dando a entender que la verdadera función de la culpabilidad es seleccionar los casos donde el castigo es útil¹⁵.

Bajo una noción como esta, no es extraño que «suenen bien» que los motivos sean parte de la culpabilidad. Desde la prevención general positiva, por ejemplo, se puede afirmar, de modo más o menos plausible que, cuando se obra con motivos especialmente viles, se cuestiona más la vigencia de la norma que cuando se obra por otros motivos, más comprensibles. Si, a la vez, se sostiene que la culpabilidad puede ser integrada con la prevención, la solución está a la vista: los motivos son parte de la culpabilidad porque indican mayor necesidad de castigo.

Sin embargo, esta noción de culpabilidad tiene los mismos problemas que la noción anterior, solo que con otra perspectiva. Basta cambiar las palabras «reproche ético» por «necesidad de confirmar la vigencia de la norma», para que esto se vuelva evidente. Puede ser que los motivos ya no agraven por

¹³ Una forma alternativa de «leer» a Schmidhäuser sería entender que lo que sostiene es que, a mayor gravedad del ilícito, mayor actitud antijurídica. En ese caso, los motivos solo serían parte de la ilicitud e impactarían indirectamente en la culpabilidad. Para esto basta con distinguir «culpabilidad por el hecho» de «culpabilidad en sentido estricto». La culpabilidad por el hecho siembre varía según la gravedad del ilícito, puesto que uno merece más pena si el ilícito es más grave. Pero, ciertamente, no es esto lo que él dice expresamente.

¹⁴ ROXIN/GRECO, 2020, pp. 19/1 ss., con una especie de juego de palabras, incluyen bajo la noción de responsabilidad (que para el resto de la doctrina se llama culpabilidad) nociones de prevención.

¹⁵ Entre muchos otros trabajos de JAKOBS, ver 1997, pp. 73 ss. Un análisis crítico al respecto en PERALTA, 2012, pp. 185 ss.

su mera inmoralidad, algo que aparentemente ocurría con la tesis anterior, pero de todos modos la culpabilidad cumple aquí una función de fundamentación del castigo, algo propio del ilícito. Y de todos modos se castigan los modos de pensar, lo que merece los mismos reparos de siempre ¹⁶.

La afirmación de Peñaranda Ramos, según la cual los motivos también importan en la culpabilidad, porque esta debe ser «sensible a las necesidades de pervivencia del orden normativo», podría ser interpretada como una adhesión a una versión preventiva de la culpabilidad. Sin embargo, él mismo se encarga de aclarar que este modo de consideración de los motivos en la culpabilidad no puede ser aceptado, debido a su carácter moralizante ¹⁷. Pero es más bien en su texto «Estudios sobre el delito de asesinato» ¹⁸, donde queda claro que su objeción es otra, y que no se vincula tanto con evaluar qué puede *fundamentar* la culpabilidad, sino con qué no puede *atenuarla*.

Esto parece un juego de palabras, pero no lo es. La objeción partiría de que, si bien no es lícito agravar la culpabilidad con base en las motivaciones del autor, tampoco lo es atenuarla, sin más, por el mero hecho de que haya un condicionamiento empírico. Antes de dar ese paso, hay que analizar a qué se debe ese condicionamiento para ver si procede darle algún espacio. Desde la filosofía moral hace tiempo que se discute esta cuestión, bajo la idea de la relevancia de las emociones. Al respecto, se ofrecen dos visiones alternativas. Por un lado, una versión mecanicista de las emociones, según la cual estas son solo un impulso ciego que condiciona al sujeto y como tal deben considerarse. Y, por el otro, una versión evaluativa, que tiene en cuenta el porqué de esas emociones, antes de que estas puedan jugar un rol en la determinación del castigo. Veremos ahora si estos conceptos pueden aportar algo a la discusión.

IV. MOTIVOS, VERSIÓN MECANICISTA Y VERSIÓN EVALUATIVA DE LAS EMOCIONES

El análisis debe empezar, entonces, por las emociones, entendiendo por tal cosa algo eminentemente fáctico. Esto se justifica, porque las emociones parecen ser otro nombre para dar cuenta del aspecto empírico de los motivos. Los motivos tienen, como dijimos, un aspecto intelectual (con relevancia moral), que es equiparable a razones. Pero también tienen un aspecto empírico, pues

¹⁶ PERALTA, 2012, pp. 188 ss.

¹⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2022, pp. 11 ss.

¹⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 38 ss.

mueven a actuar y, en esta función pueden desencadenar emociones que condicionen al agente. Las emociones, por su lado, tienen, seguro, un aspecto empírico, son impulsos para la acción, de cierta fuerza. Sin ese aspecto no podemos llamarlas emociones. La pregunta es si, para considerarlas al determinar la responsabilidad penal, pueden ser aisladas de la razón que las desencadena, de los motivos. Esta es la cuestión central que hay que responder ahora.

Desde la filosofía moral se discute exactamente esta pregunta y se ofrecen, no por casualidad, dos respuestas. La primera responde a la visión mecanicista de las emociones. Según esta visión, las «emociones son fuerzas más o menos desprovistas de pensamiento o percepción, son impulsos u oleadas que llevan a la persona a actuar sin encarnar creencias ni ninguna forma de ver el mundo que pueda evaluarse como correcta o incorrecta, apropiada o inapropiada»¹⁹. La consecuencia de esta tesis para el derecho penal sería que las emociones tienen relevancia solo como constituyentes de un impulso para la acción. Esto captaría la intuitiva indulgencia que tenemos frente a personas que obran con condicionamientos que les impiden o dificultan evitar el hecho²⁰. En este caso, ello se derivaría de su estado emocional; en otros, de su falta de madurez o de la existencia de alguna amenaza externa.

Desde una concepción así, la única diferencia con relevancia moral que podría haber entre distintas emociones sería «alguna basada en la intensidad de las sensaciones que produciría», más no una basada en su porqué²¹. Desde una perspectiva de merecimiento, esto significaría que la mera presencia de la emoción en cuestión debería reducir la culpabilidad y que mientras mayor sea su intensidad menor debería ser su culpabilidad. Esto, al menos en la medida en que uno entienda que el grado de culpabilidad debe ser una función de las posibilidades que tiene una persona de seguir la norma.

Lo interesante para nosotros de esta concepción de las emociones es que se desentiende de su origen y, por eso, encaja bien en nuestro esquema de su relevancia para la culpabilidad. El valor moral de los motivos que dieron lugar a cierta acción ya ha sido evaluado al determinar la gravedad del ilícito penal. Por ello, concederle una relevancia atenuante al estado emocional derivado de ese motivo como una cuestión fáctica en la culpabilidad no significa desentenderse de la calidad moral de ese motivo; solo implica decir que la culpabilidad no es el lugar para esa evaluación. Aquí solo se analiza si la persona podía o no seguir la norma con cierta facilidad.

¹⁹ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, 1996, pp. 277 ss.

²⁰ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, 1996, pp. 279 s.; MANRIQUE, *Eunomía*, 2018, p. 72.

²¹ DIAS, *Indret*, 2023, p. 415.

A esta concepción de las emociones se opone una versión «evaluativa». Según esta versión, las emociones no pueden considerarse procesos «ciegos» en la psiquis de un agente. Antes bien, estas «encarnan creencias o formas de ver el mundo, que incluyen valoraciones o evaluaciones sobre la importancia o el significado de objetos y eventos»²². Esto acarrearía como consecuencia la necesidad de tener en cuenta el «origen» de las emociones, pues según qué las haya generado, estas podrán ser consideradas más o menos válidas en términos morales²³. Que sean más o menos válidas en términos morales significa que puedan operar con más o menos fuerza como atenuantes de la responsabilidad.

Esta segunda concepción de las emociones resulta más persuasiva, si uno se detiene a reflexionar sobre los estados emocionales²⁴. Al ver a alguien, por ejemplo, irritado, lo primero que uno se pregunta es por qué esa persona se siente así. Y según cuál sea la respuesta que se ofrezca, uno podrá compartir en mayor menor medida ese estado, es decir, podrá considerarlo más o menos justificado o razonable. Y si hablamos de una emoción que desencadena un homicidio, no puede dar lo mismo si esta tuvo su origen en una agresión previa de la víctima o en la manifestación pública de alguien a favor de cierta creencia religiosa²⁵.

El punto sigue siendo, sin embargo, si esto ya no ha sido suficientemente tenido en cuenta al graduar el ilícito y si considerarlo ahora para negar una posible atenuación de la culpabilidad no sería una manera de volver a valorar los motivos en contra del autor. Con otras palabras, si el aspecto moral de las emociones ya no había sido tenido en cuenta en el ilícito, en términos de motivos, y si ahora en la culpabilidad no cabe tener en cuenta solo su fase empírica.

V. SOBRE LAS EXIMENTES Y SU NECESIDAD DE JUSTIFICACIÓN AUTÓNOMA

A pesar de lo que dije en su momento en mi tesis, y de las dudas que podría generar el planteamiento anterior, entiendo que la respuesta a esa pregunta debe ser negativa y, por ende, que sí corresponde atender al aspecto moral de las emociones en la culpabilidad. Esto se debe a algo que quizás parezca una trivialidad, pero que no me resultaba evidente: no solo los hechos pueden estar o no

²² KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, 1996, pp. 278 y 286.

²³ DIAS, Indret, 2023, p. 416; MANRIQUE, *Eunomía*, 2018, pp. 73 y 76.

²⁴ También GRÜNEWALD, 2010, p. 359.

²⁵ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, 1996, p. 287.

justificados, o más o menos justificados, sino que también las «eximentes o excusas» debe pasar por un proceso de evaluación en este sentido²⁶. Si esto es correcto, se impone la concepción evaluativa de las emociones por sobre la mecanicista, pues lo que aquella dice es, justamente, que las emociones deben pasar por un proceso de evaluación para estar «justificadas». Solo una emoción acorde a las circunstancias puede ser una emoción aceptable.

Si lo que dije en el punto II al hablar sobre la relevancia de los motivos para el ilícito, fuera correcto, la pregunta sobre la justificación de las emociones resulta saldada ya por definición. Si los motivos «reprochables» indican de por sí un hecho completamente injustificado, es decir, un hecho que no tenía ninguna razón de ser, entonces, lo que sea que sea que lo haya desencadenado nunca puede justificar una emoción en el sentido aquí analizado, por más que esta exista y pueda incidir el grado de autodeterminación del agente. Por ejemplo, si alguien mata a otro por la irritación que le produce el mero hecho de que se haya travestido. Solo puede haber algún grado de consideración por cierto estado emocional, si primero hay alguna forma de reducción del ilícito en los términos arriba esbozado²⁷. El ejemplo de la balacera en la casa dado más arriba es solo uno de tantos imaginables. De hecho, estos casos de corresponsabilidad de la víctima se acercan mucho a la idea de provocación. Esto de por sí ya indica que la emoción que desencadena la acción está relativamente justificada. Como sostiene Ortiz Millán, el caso claro en donde la emoción reactiva encuentra una justificación racional es «aquel en que surge como una emoción retributiva [...] que presupone un juicio moral acerca de un daño sufrido, indebida o injustificadamente»²⁸.

Por supuesto, ese estado emocional está solo *relativamente* justificado, pues el hecho en sí sigue siendo un hecho muy grave, más cercano a la injustificación absoluta (propia del homicidio calificado) que a la justificación absoluta (propia de la legítima defensa). Y el estado emocional solo puede merecer consideración en esa medida. En este sentido, hay una correlación directa entre el grado de justificación del hecho y el grado de justificación derivado del estado emocional, de tal modo que mientras mayor sea la corresponsabilidad de la víctima, más disposición tendremos a concederle valor al estado emocional²⁹. Por ello es que, como apunta Gardner, «en general, en el derecho penal

²⁶ GARDNER, 2012, pp. 113, 130.

²⁷ Similar, GRÜNEWALD, 2010, pp. 360 s.

²⁸ ORTIZ MILLÁN, Diánoia, 2004, p. 40.

²⁹ En sentido similar, PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 43. De hecho, probablemente la emoción más justificada sea la que es generada por una situación de hecho completamente justificada, como ocurriría si alguien, al estar defendiéndose, siente una ira furibunda hacia su agresor. Solo que ese estado emocional no interesa, pues la persona está obrando «dentro del derecho».

no se acepta ninguna excusa que no sea también una justificación»³⁰ (parcial, agregaría yo). La negación de la justificación implica la negación de la excusa.

Una consecuencia importante de esta tesis, en comparación con la anterior, es que, *ceteris paribus*, la emoción no debe contar en absoluto. Es decir, que ante el mismo hecho completamente injustificado cabe exactamente la misma pena, exista o no un estado emocional condicionante. Esto es lo que significa que el estado emocional no merezca consideración. Dejar abierta una posibilidad para una atenuación en virtud del estado emocional es prácticamente lo mismo que volver a la tesis anterior, según la cual el dato duro de la reducción del ámbito de autodeterminación debía operar a favor del autor.

En todo caso, tesis como estas no son extrañas al derecho penal. Así se opera, de hecho, en el tratamiento del error de prohibición. Allí tampoco alcanza con que el sujeto esgrima el desconocimiento de la existencia de una norma. Hay que detenerse en su origen, para recién determinar si este puede operar *de algún modo* en favor del autor. Y, a mi modo de ver, lo propio ocurre también con el error de tipo. No basta con que el sujeto no se haya representado la posible producción de un resultado para que sea exonerado; se debe evaluar, además, por qué es que no se lo representó. Solo cabe exoneración, si el error era excusable. De otro modo se responde por imprudencia y, a mi modo de ver, incluso hasta puede responderse por dolo. Esto dependerá del grado de excusabilidad del error. Esto es lo que está por detrás de la discusión acerca de la ceguera ante los hechos y la ignorancia deliberada. Cuando, dadas las circunstancias, el error solo se explica por la falta absoluta de interés del autor en analizar las circunstancias, el error no debe tener *ningún valor*³¹. La regla es siempre la misma, no basta la presencia de una circunstancia que, vista aisladamente, podría atenuar o excluir la responsabilidad: siempre debe evaluarse su origen.

En suma, podría decirse que, así como, en general, cuando alguien obra por motivos especialmente reprochables, todo el ilícito es de él, porque la víctima no tiene ningún grado de responsabilidad al respecto; también es de él toda la culpabilidad en lo que al estado emocional se refiere, pues este no tiene ninguna razón de ser, conforme las circunstancias del caso. En ninguno de ambos casos ha habido algún factor externo digno de consideración que amerite alguna atenuación de la gravedad del delito.

³⁰ GARDNER, 2012, p. 134.

³¹ PERALTA, 2020, *passim*.

VI. CONCLUSIÓN: LAS EMOCIONES COMO PARTE DEL MUNDO RACIONAL

En mi tesis doctoral sostuve la independencia entre justificación y exculpación en cuanto a la relevancia de los motivos para la responsabilidad penal. Solo en el ilícito cabía evaluar la relevancia moral de los motivos, mientras que, en la culpabilidad, por el contrario, solo importaba su aspecto empírico, el que, en la medida en que redujera el ámbito de autodeterminación del sujeto, solo podía operar a su favor. Luego del análisis desarrollado aquí motivado por la crítica de Peñaranda Ramos, he revisado mi posición. Entiendo que aquella conclusión fue apresurada y pasó por alto que no solo los hechos son susceptibles de ser evaluados en términos de justificaciones, sino que también los estados emocionales deben pasar por un filtro similar.

Esto se debe a que las excusas basadas en estados emocionales tienen una dimensión «“objetiva” esencial», que las distingue de otras circunstancias que excluyen o atenúan la culpabilidad. Estas, en palabras de Gardner, «dependen de razones y no de la ausencia de razones»³², es decir, «dependen de la capacidad de la persona que aduce estar excusada para (...) sentir tal como lo exigen las razones y porque ellas lo exigen»³³. En efecto, y siguiendo al mismo autor, «[t]anto la justificación como la excusa pertenecen al reino de la agencia responsable, precisamente, porque ambas dependen, por decirlo crudamente, de la capacidad de vivir dentro de la razón.»³⁴ Esto diferencia a estas eximentes de aquellas fundadas en la falta de capacidad de culpabilidad. En efecto, esta otra clase de argumentación es opuesta del mundo racional, quien la alega no esgrime tener razones para obrar como lo hizo, sino justamente lo contrario, no tenerlas.

Esto muestra que, cuando alguien cae en un estado emocional por las razones equivocadas, devela, en realidad, una confrontación contra el orden jurídico, entre las razones que el autor tiene para actuar y aquellas que ofrece el derecho. De hecho, un homicidio por odio podría reformularse explícitamente en esos términos: para el autor existen ciertas circunstancias, por ejemplo, que haya manifestaciones a favor de los derechos homosexuales, que deben estar desvaloradas. Esa es la razón por la que está tan irritado. La consecuencia de ello es que, para él, su estado emocional está justificado. En la medida en que uno no puede desconectar emociones de razones, los estados

³² GARDNER, 2012, p. 133.

³³ GARDNER, 2012, p. 133.

³⁴ GARDNER, 2012, p. 134.

emocionales también muestran un desacuerdo con el derecho³⁵. Y en esta pugna, el derecho debe necesariamente imponerse por sobre los individuos. En una sociedad ordenada y democrática, el espacio para la disidencia debe ser argumental y político, mas no de hecho³⁶.

Una posible objeción frente este razonamiento es que, una vez que uno tiene cierto conjunto de ideas, las emociones simplemente *ocurren*. Este era un poco el fuerte de la versión mecanicista de las emociones, que daba cuenta de que, en algún punto, somos sujetos pasivos de lo que nos pasa cuando las tenemos³⁷. A su vez, ese conjunto de ideas ha sido inculcado a través de la educación que nos ha tocado en suerte y que no hemos elegido. Depende, más que de nosotros, del lugar y entorno en los que nacemos. Se podría poner, entonces, como una excusa de segundo nivel, que uno no es culpable del conjunto de ideas que tiene y, por implicancia, entonces, tampoco de las emociones que genera.

Sin embargo, justamente en una sociedad liberal se deben presuponer sujetos con capacidad para reflexionar, evaluar y modificar los valores aprendidos³⁸. Si uno pretende que sus ideas sean tenidas en consideración como ideas racionales, luego no puede escudarse en que nada podía en contra de ellas. Esto no solo sería contradictorio, sino que sería lo mismo que esgrimir, a la postre, falta de posibilidad de raciocinio y que debemos ser tratados como inimputables. Esto es lo que está detrás de la idea de Hegel de que el derecho honra al delincuente como ser racional al castigarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- DIAS, Leandro: Emociones y exceso en la legítima defensa en el derecho penal alemán, Indret/Penal, 2023.
- GARDNER, John: Ofensas y defensas, Madrid (entre otras), 2012.
- GRÜNEWALD, Brigitte: Das vorsätzliche Tötungsdelikt, Tubinga, 2010.
- JAKOBS, Günther, *Culpabilidad y prevención*, en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 73-99.
- KAHAN, Dan M./NUSSBAUM, Martha C.: *Two Conceptions of Emotions in Criminal Law*, Columbia Law Review, 1996, pp. 269-374.

³⁵ No es casual que todos los casos de eximentes completamente injustificadas se expliquen por la hostilidad del sujeto hacia el derecho, a la que Jakobs denomina «indiferencia». Sobre el sentido del uso de este término y sus posibles tensiones con el derecho penal de autor, ver PERALTA, 2024, *passim*.

³⁶ Salvo, claro, supuestos especiales y circunscriptos de desobediencia civil, en todo caso.

³⁷ KAHAN/NUSSBAUM, Columbia Law Review, 1996, 279 s.

³⁸ KAHAN/NUSSBAUM, Columbia Law Review, 1996, 299 y 301.

- MANRIQUE, Laura: *Emociones, acción y excusas*, Eunomía, 2018, pp. 71-86.
- NINO, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980.
- ORTIZ MILLÁN, Gustavo: *Los enemigos y los efectos racionales del odio*, Diánoia, 2004, pp. 33-56.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo, 2014.
- *Delitos de odio y derecho penal de culpabilidad*, en *Reflexiones académicas sobre delitos de odio*, Madrid, 2022, pp. 7-21.
- PERALTA, José Milton: *Motivos reprochables*, Madrid, 2012.
- *Homicidios por odio como delitos de sometimiento*, InDret/Penal, 2013.
- *El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva*, en *Libro homenaje a Luzón Peña*, Madrid, 2020, pp. 905-917.
- *El rol de la idea de indiferencia en los casos de ceguera ante los hechos*, en *El principio de responsabilidad por el hecho*, Madrid, pp. 185-202.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga, 1958.

19. LA CULPABILIDAD COMO LEGITIMACIÓN INTERNA DE LA PENA: REFLEXIONES SOBRE LAS FUNDAMENTACIONES FILOSÓFICO-POLÍTICAS Y OTRAS TESIS DE LA CULPABILIDAD EN EL SIGLO XXI

MERCEDES PÉREZ MANZANO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La evolución del fundamento material de la culpabilidad en este primer cuarto del siglo **xxi** puede caracterizarse en torno a tres rasgos: la intensificación de la polémica sobre el libre albedrío a partir del desarrollo de las Neurociencias; el florecimiento de fundamentaciones filosófico-políticas de la culpabilidad; y la aparición de nuevas concepciones de la culpabilidad que prescinden de la idea de reproche. Si la polémica sobre el libre albedrío y sobre la idea de reproche como fundamento y esencia del juicio de culpabilidad, respectivamente, constituyen elementos clásicos del debate que encontramos durante todo el desarrollo de la culpabilidad como categoría dogmática en el siglo **xx**, las fundamentaciones filosófico-políticas suponen la incorporación de una perspectiva nueva de análisis al debate sobre el fundamento material de la culpabilidad en el siglo **xxi**, sobre la que se prestó menor atención en el Derecho penal continental en el siglo **xx**.

Bajo la denominación «fundamentaciones filosófico-políticas» de la culpabilidad ubico un conjunto de teorías que han desarrollado el concepto de culpabilidad a partir de un cierto modelo de Estado o de una cierta tradición de

la Filosofía política. A través de estos modelos, que han pretendido construir una relación legítima del individuo con el Estado, se justifica la imposición de la pena en tanto que actividad estatal singular a partir precisamente de los rasgos de dicha relación. Con estas fundamentaciones se trasladan los argumentos sobre la legitimidad del Estado y de su actuación general al concepto de culpabilidad, de modo que el criterio que dota de legitimidad al Estado y a sus actos se traduce en un criterio ético-político de legitimación de la culpabilidad y de la imposición de la pena. Aunque son muchas las versiones y matices de estas teorías, la idea rectora de estas tesis en sede de culpabilidad reside en que para establecer el juicio de culpabilidad hace falta la existencia de un determinado vínculo entre el sujeto al que se pretende declarar culpable y el Estado, de modo que, no dándose ese vínculo, el Estado no estaría legitimado para atribuir culpabilidad al sujeto; dicho de otro modo, no estaría legitimado para imponerle la pena. Además, otros dos rasgos son comunes a estas teorías: de un lado, rechazar las fundamentaciones preventivas clásicas, tanto de la pena como de la culpabilidad; y, de otro, poner el acento en la necesidad de fundamentar la imposición de la pena frente al autor que la padecerá sobre la base de un criterio de merecimiento propio, singular, del castigo penal.

Una breve reflexión sobre estas teorías constituye el objeto de este trabajo dedicado a rendir homenaje a Enrique Peñaranda, hermano mayor académico, siempre dispuesto generosamente a ejercer de tal, y compañero de viaje en esta, a veces incomprensible y poco original, posición equidistante entre las fundamentaciones preventivas y retributivas de la pena, que ambos defendemos.

II. EL CONTEXTO

El contexto que explica el florecimiento de las fundamentaciones filosófico-políticas de la culpabilidad viene determinado por varias circunstancias: el protagonismo de la función de la culpabilidad de legitimación de la imposición individual de la pena; las críticas a las teorías preventivas y a la idea de reproche; el giro metodológico desde la Sociología a la Filosofía política como ciencia de apoyo de las concepciones sobre la pena y el ejercicio del *Ius puniendi*.

Forma parte de nuestro acervo teórico entender que las concepciones sobre el fundamento material de la culpabilidad deben ser capaces de explicar las dos funciones que cumple la culpabilidad en el seno del Derecho Penal: de un lado, estas teorías deben estar en condiciones de caracterizar la categoría dog-

mática culpabilidad, y, de otro, deben poder dotar de legitimidad a la imposición de la pena a un sujeto concreto. Si desde la primera perspectiva se trata de buscar el criterio que aporte unidad a los elementos que se integran en la categoría dogmática culpabilidad, desde la segunda se trata de encontrar la razón que permite afirmar que la imposición de la pena a una concreta persona está justificada. Pues bien, en el debate sobre el fundamento material de la culpabilidad en este siglo XXI es la segunda función la que ha cobrado especial protagonismo.

Como es sabido, durante el siglo XX tuvo lugar un intenso debate sobre los fines de la pena en el que las críticas a la retribución y a la idea de reproche condujeron a una cierta edad de oro del utilitarismo y las teorías preventivas de la pena¹. Sin embargo, el debate evidenció la imposibilidad de estas de legitimar de forma individual la pena impuesta al sujeto concreto. Por ello el debate sobre el fundamento material de la culpabilidad y la pena en el siglo XX se saldó en contra de una exclusiva fundamentación preventiva de la pena y de la culpabilidad, precisamente por no conseguir evitar la tradicional crítica de instrumentalización del individuo esgrimida contra las teorías preventivas. Distinta suerte corrió la retribución y el reproche pues se observa la mayoritaria renuncia al componente de reproche de la propia categoría dogmática y de la imposición de la pena, debido a las críticas aducidas sobre el carácter moralizante de dicho componente. El debate en el siglo XX y el saldo final del mismo explican, así, que durante el siglo XXI se hayan explorado otras vías de fundamentación de la culpabilidad centradas, de un lado, en la búsqueda de un criterio que permita cimentar la función de la culpabilidad de legitimación de la imposición de la pena al margen de las teorías preventivas, y, de otro, en la rehabilitación y resignificación de las ideas de retribución y reproche. Es en esta exploración de nuevas vías de solución en la que han emergido las fundamentaciones filosófico-políticas de la culpabilidad.

Es habitual que la Ciencia Penal acuda al conocimiento generado por otras Ciencias Sociales en auxilio y soporte de sus construcciones, pues el Derecho Penal, como todo sistema normativo, tiene vocación de incidir en el comportamiento social. Por ello, a nadie sorprendió que durante el siglo XX se acudiera en el Derecho penal continental especialmente a las teorías sociológicas como base conceptual de apoyo de las elaboraciones dogmáticas. En este marco gozaron de especial reconocimiento y acogida las teorías funcionalistas que sirvieron de referente para las construcciones sobre la fundamentación de

¹ Sobre el debate de las fundamentaciones preventivas de la culpabilidad y la pena en el siglo XX, cfr. PÉREZ MANZANO, 1990.

la culpabilidad y de la pena. Sin embargo, en este siglo XXI, aunque se mantiene la influencia de las teorías funcionalistas, han cobrado un enorme protagonismo las teorías filosófico-políticas, operándose un giro metodológico que parece a primera vista lógico y coherente: si de legitimar la actuación del Estado se trata, y de esto se trata cuando hablamos de justificar el uso del *Ius Puniendi* frente al sujeto afectado por el mismo fundamentando su culpabilidad individual, poner el foco en la Filosofía política parece a primera vista una opción plenamente coherente ya que es esta rama de las Ciencias Sociales la que tiene como objeto el análisis de la legitimidad del Estado y su actuación.

De otra parte, si en el último tercio del S. XX había un cierto consenso contrario a la utilización de la idea de reproche tanto en el juicio de culpabilidad como en la justificación de la pena, basado en su carácter moral y, por tanto, en la ilegitimidad de que un Estado laico y neutral fundamente su actuación en juicios morales, en el S. XXI se ha recuperado este concepto si bien neutralizando su carácter moral, es decir, juridificándolo. Y es que es difícil negar no solo que la atribución de culpabilidad conlleva una desvaloración, sino también que la justificación de la pena frente al autor individual necesita poner de relieve que la pena es merecida, por lo que, dado que la pena no es un premio sino un castigo, su imposición debe basarse necesariamente en el demérito de aquel a quien se impone. En consecuencia, la atribución de la culpabilidad y la imposición de la pena expresarán la desaprobación personal que el ordenamiento realiza al sujeto de la pena².

III. CONCEPCIONES FILOSÓFICO-POLÍTICAS: DESCRIPCIÓN

De manera sintética me voy a referir a las teorías discursivas o comunicativas, a la teoría de la disposición jurídica mínima, y a las teorías de la culpabilidad como lesión del mandato de justicia

1. Las teorías discursivas o comunicativas

Las teorías discursivas defienden, con base en las tesis de Habermas de la sociedad como comunicación, una fundamentación de la culpabilidad ba-

² Esta exposición no es completa, pues, durante el siglo XXI se han defendido otras tesis que bien siguen siendo críticos frente a la idea de reproche (Höndle), bien siguen fundamentando la pena en la prevención (Greco). Una exposición completa puede verse en ROXIN/GRECO, 2020, § 19, especialmente NM 35j ss. y 50 ss.

sada en la idea del Estado democrático y del doble rol que al ciudadano le corresponde en dicho modelo de Estado: como destinatario de la norma y partícipe de su creación. Günther³ y Kindhäuser⁴ en Alemania y Martín Lorenzo⁵ y Mañalich⁶ en el mundo hispano encabezan la defensa de esta corriente. Estos autores parten de que el rol de ciudadano como copartícipe de la creación de las normas y, por tanto, la posibilidad de participar en el proceso de creación y modificación de las mismas aportando argumentos a la deliberación, conlleva como contrapartida la obligación de respetar y cumplir la norma, pues la norma infringida en tanto que co-creada por cada ciudadano es contemplada como «su norma» –la norma del ciudadano infractor–. Estas teorías sostienen, asimismo, que la infracción culpable de esta norma, en cuya creación se ha tenido la posibilidad de participar, evidenciaría una falla del sujeto, un déficit de lealtad comunicativa hacia la propia sociedad en tanto que el sujeto es partícipe de la interacción social⁷. Dicho déficit de lealtad se convierte entonces en el objeto del reproche penal y en la razón de la desaprobación personal realizada mediante la atribución de culpabilidad. De acuerdo con este planteamiento, las facultades humanas, que sirven para ejercer la capacidad comunicativa, se constituyen en razones para excluir la culpabilidad o proceder a la exculpación cuando son defectuosas o tienen que ser ejercidas en circunstancias en las que no es esperable una «muestra de lealtad comunicativa»⁸. Esta concepción ha sido desarrollada en España por María Martín Lorenzo⁹ como fundamento de las causas de exculpación (estado de necesidad y miedo insuperable) sosteniendo que la exculpación procedería cuando el motivo de la actuación se considere intersubjetivamente comprensible, lo que sucedería, en su criterio, en primer lugar, cuando se trata de garantizar la pervivencia del sujeto como persona deliberativa, esto es, una persona con capacidad para la toma de postura crítica, que es la que tiene competencia comunicativa (estado de necesidad exculpante). De otro, procedería también la exculpación cuando no se dan las condiciones mínimas para ejercer la competencia como persona deliberativa (miedo insuperable o coacción).

³ GÜNTHER, 2005, pp. 253 ss.; GÜNTHER, 2006, pp. 116 ss.

⁴ Cfr. KINDHÄUSER, 2011a pp. 93 ss., 98 ss.; KINDHÄUSER, 2011b, pp. 211 ss.

⁵ MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 285 ss.

⁶ Cfr. MAÑALICH, 2011a, pp. 116 ss., 120 ss.; 2011b, pp. 205 ss.

⁷ KINDHÄUSER, 2011a, p. 103. La atribución de culpabilidad, la pena, no es mera adición de un mal, sino reconocimiento del sujeto como persona deliberativa; mediante la reprobación «se deja a salvo» la autonomía comunicativa del sujeto (KINDHÄUSER, 2011a p. 112).

⁸ KINDHÄUSER, 2011a, pp. 104 ss.

⁹ MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 284 ss., 414 ss., 510 ss.

2. La culpabilidad como ausencia de una disposición jurídica mínima o esencial

También en España otro autor ha construido la culpabilidad apoyándose en las teorías comunicativas, si bien dotando a la culpabilidad de un contenido distinto¹⁰, por lo que merece su exposición separada. Se trata de la tesis de Feijoo. En criterio de este autor, la culpabilidad es una construcción social, de manera que la adscripción de la culpabilidad depende de la configuración política de la propia sociedad de tal modo que esta atribución de culpabilidad refleja la autocomprensión de la sociedad. Si bien Feijoo defiende la prevención general positiva como fin de la pena, así como que la culpabilidad contribuye a la estabilización de la norma, lo cierto es que también considera que la culpabilidad no es un mero derivado de ella. La culpabilidad implica, de acuerdo con su construcción, la falta de reconocimiento de la norma y esta falta de reconocimiento se produce cuando el hecho manifiesta la ausencia de una disposición jurídica mínima o esencial¹¹. Por tanto, si se realiza el injusto pero el hecho refleja una disposición jurídica mínima, no se atribuirá culpabilidad ni se impondrá la pena porque esta no será necesaria, dado que, al no expresar falta de reconocimiento de la norma, el hecho no provocará una pérdida de vigencia de la norma que deba ser compensada con la imposición de la pena. De esta forma Feijoo intenta dotar a la culpabilidad de ese elemento individual que permite responsabilizar al sujeto por lo realizado¹² a la par que aportar una razón individual que explique por qué la realización de un hecho antijurídico en ciertos casos no cuestiona la validez de la norma y hace innecesaria la pena. El criterio que le sirve para configurar ese factor individual es la ausencia de una disposición jurídica mínima¹³. Si el sujeto evidencia una disposición jurídica mínima, lo que sucede en los casos en que el sujeto actúa bajo un error de prohibición a pesar de haber acudido a una fuente jurídica fidedigna, o no puede ser hecho responsable de la ausencia de dicha disposición jurídica mínima, porque actúa en una situación de inimputabilidad, entonces, no se atribuirá culpabilidad¹⁴. Como en estos casos la

¹⁰ De sus múltiples trabajos sobre la cuestión, por todos, FEJOO, 2011, pp. 27 ss.; FEJOO, 2012, pp. 100 ss.

¹¹ FEJOO, 2011, pp. 37 ss.

¹² Con claridad defiende que «se ha ganado» la pena por realizar un hecho lesivo socialmente en virtud de una falta de disposición jurídica mínima, (FEJOO, 2008, p. 150).

¹³ Sobre su significado, su adquisición a largo plazo, su vinculación con el libre desarrollo de la personalidad y su diferenciación de las tesis de la culpabilidad por el carácter, cfr. FEJOO, 2012, pp. 118 ss.

¹⁴ FEJOO, 2012, p. 119 y FEJOO, 2011, p. 38.

realización del injusto no comunica la falta de reconocimiento de la norma porque el sujeto evidenció una disposición jurídica mínima al cometer el delito, no se impondrá la pena porque no es necesaria.

3. La culpabilidad como lesión del mandato de justicia

En un tercer bloque pueden agruparse las tesis que aluden, con variaciones, a la deslealtad a la sociedad, al desequilibrio o ventaja injusta que genera el sujeto con la realización del delito. De acuerdo con estas tesis, el sujeto que comete el delito es un sujeto que, si bien goza de los beneficios que la configuración de la vida en sociedad le proporciona, en términos de protección de sus bienes y derechos, sin embargo, no contribuye con lo que le corresponde a la sociedad, al propio mantenimiento de los derechos y condiciones de vida social. De esta manera la realización del delito comportaría la apropiación por parte del autor de una ventaja injusta. Estas concepciones parten de o se conectan con la teoría del contrato social, esto es, con la idea de que el ciudadano consiente en la restricción de la libertad que la vida en sociedad conlleva precisamente porque es la manera en que recibe del Estado protección y seguridad, y un margen de libertad que, en solitario, no podría alcanzar. La realización del delito implicaría, entonces, no satisfacer la contribución que le corresponde al ciudadano en el contrato, generando una ventaja injusta o una situación de desigualdad con el resto de los ciudadanos que se reequilibraría o restablecería mediante la imposición de la pena. Si bien es esta una tesis tradicionalmente muy difundida en el ámbito angloamericano¹⁵, en este siglo ha sido acogida por un nutrido grupo de autores tanto en Alemania (Neumann, Hörndle, Pawlik o Pauen¹⁶) como en España (Rodríguez Horcajo¹⁷).

En este contexto, una de las tesis que más impacto ha tenido es la de Pawlik. Este autor, con fundamentos similares a los de Duff (la tradición del republicanismo), en quien se apoya, pero con base también en la filosofía de Hegel, sostiene¹⁸ que el criterio determinante de la imputación del injusto —que define como quebrantamiento del deber de cooperación al mantenimiento de un sistema de libertades que corresponde a todo ciudadano como inte-

¹⁵ Por todos, es clásico, MURPHY, 1973, pp. 217 ss.; DAGGER, 2020, pp. 71 ss., 95. Cfr. la exposición de RODRÍGUEZ HORCAJO en distintas partes de su libro, 2016.

¹⁶ NEUMANN, 2007, pp. 449 ss.; HÖRNLE, 2011, pp. 18 ss.; PAWLIK, 2023, pp. 145 ss.; PAUEN, 2008, pp. 65 ss.

¹⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 256 ss.

¹⁸ PAWLIK, 2023, pp. 130 ss., 135.

grante de la comunidad jurídica—, es el no haber desplegado el esfuerzo que le exigía el ordenamiento para la conservación del sistema de libertades. Que el sujeto no haya desplegado el esfuerzo debido constituiría la manifestación de un déficit de fidelidad al Derecho, una falla en su rol de ciudadano representante del Estado en el mantenimiento de un Estado de libertades. Este déficit supone, en definitiva, un incumplimiento de sus obligaciones como miembro de la comunidad jurídica que disfruta del Estado de Derecho y de las libertades; supone, en suma, el incumplimiento de su deber de cooperar al mantenimiento del Estado de Derecho. Los medios punitivos, entonces compensan la situación creada, «representan la imagen especular» de la ventaja que comporta el propio ordenamiento jurídico, esto es, «la ganancia en opciones de acción, simbolizada en los valores fundamentales de la sociedad civil: la libertad y la propiedad»¹⁹.

IV. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LAS FUNDAMENTACIONES FILOSÓFICO-POLÍTICAS DE LA CULPABILIDAD

1. **El carácter innecesario e inadecuado de la mezcolanza de la legitimidad externa e interna**

Las fundamentaciones filosófico-políticas de la culpabilidad han incorporado al debate sobre el fundamento material de la culpabilidad una dimensión de legitimación externa de la categoría dogmática que no estaba en el debate continental previo, pero sí aparecía en el debate en el mundo de la filosofía moral y política de corte angloamericano. Se trata de la dimensión política de legitimación externa de la categoría culpabilidad. Esta dimensión externa deriva de la propia conexión entre la imposición de la pena como actividad del Estado y la culpabilidad. Sin perjuicio de los déficits y ventajas que cada teoría pueda aportar, no resulta necesaria la incorporación de este componente externo de legitimación como integrante de la legitimación interna de la categoría dogmática, y, además, resulta inadecuado en nuestro modelo constitucional continental.

En el modelo de legitimación global e integrado, típico del mundo angloamericano, se justifica apelar a criterios políticos de legitimación en atención a su propio sistema de creación de normas y de aplicación del Derecho. Dos son los rasgos de este modelo relevantes a estos efectos. De un lado, la

¹⁹ PAWLIK, 2023, pp. 146 ss.

función de creación de normas es compartida por los órganos judiciales y el parlamento; y, de otro, la jurisdicción se ejerce de forma integrada sin separación entre el control de legalidad y el control de constitucionalidad. Ambos rasgos han contribuido a generar una tradición de argumentación jurídica en la que las fundamentaciones filosófico-políticas siempre están presentes en la labor de los tribunales y, en consecuencia, en las construcciones doctrinales, porque los jueces comparten la función de creación de normas, que es una función política. Sin embargo, el modelo continental es notablemente diferente. En nuestro modelo, la creación de normas y su aplicación son funciones separadas, así como también lo son los criterios de legitimación de los poderes que las asumen. Así, el parlamento tiene su fuente de legitimación directa en el principio democrático, mientras que la fuente de legitimación de los tribunales es la propia ley que aplican, de modo que su legitimación es tan solo indirecta. En este contexto, es el poder legislativo el que debe encontrar las razones que justifiquen la existencia y contenido de la ley, mientras que la labor de los tribunales se concibe como neutra en términos políticos, imparcial frente al debate y la contienda, puesto que tan solo tienen que aplicarla en un marco de interpretaciones posibles cuya legitimidad política singular se presupone si la norma pasa el filtro de la constitucionalidad. La legitimidad de la labor judicial derivará entonces de la aplicación de la ley y de forma derivada, si el contenido de la ley que aplica responde a los parámetros de legitimidad de referencia. En el modelo continental, que sigue el modelo positivista kelseniano, la jurisdicción constitucional se concentra en el Tribunal Constitucional, de modo que es este el órgano que se ocupa del control último de la constitucionalidad del contenido de las leyes y del control de constitucionalidad de la aplicación judicial de las leyes. Es entonces este órgano, que en nuestro modelo no forma parte del Poder Judicial, el que ejerce un cierto control político de la actividad parlamentaria y judicial, del mínimo ético-político recogido en la Constitución.

En un sentido ético-político ninguna imposición de una pena puede considerarse legítima si, por el procedimiento de creación o por su contenido, la propia norma cuya infracción se atribuye como culpable, no puede ser calificada de legítima. Se trata de la legitimación ético-política constitucional externa que toda norma requiere y que deriva, ciertamente, del ajuste de esta norma, tanto en su contenido prescriptivo como en el tipo y cuantía de la consecuencia jurídica que se anuda a su incumplimiento, a los valores y principios constitucionales, pues, ciertamente, somos un Estado Constitucional de Derecho y toda actuación del Estado está sometida a la regla de la constitucionalidad.

Una pena impuesta, prevista en una norma ilegítima, no podrá ser legítima, entonces, de acuerdo con este parámetro de legitimidad.

Sin embargo, cuando nos referimos al fundamento material de la culpabilidad como criterio que dote a su vez de legitimidad a la imposición de la pena, hablamos de algo distinto, utilizamos el término legitimación con un significado propio: nos referimos al criterio que permite explicar la *selección* que el Estado realiza entre los sujetos que han cometido un hecho antijurídico para imponerles la pena; un criterio que permite aportar una razón legítima frente al propio infractor de haber sido seleccionado como sujeto de la pena. La legitimación a la que apelamos constituye así un elemento de legitimación interna de la imposición individual de la pena; se trata de la justicia de la selección del sujeto de la pena y no de la legitimación abstracta del ejercicio del *Ius puniendi*. En este contexto solo los criterios basados en el merecimiento de pena están en condiciones de justificar la selección frente al seleccionado. Ante la pregunta ¿por qué a mí? ¿por qué se me impone a mí la pena?, la respuesta es simple: porque las condiciones personales –subjetivas y circunstanciales– en las que has incumplido la norma penal convierten tu contribución al hecho antijurídico en personalmente reprochable.

2. Legitimidad interna, justicia distributiva y condiciones personales del incumplimiento de la norma

Cuando afirmamos que la imposición de la pena solo es legítima frente al sujeto al que se impone si la pena se vincula a la comisión culpable del hecho, no estamos utilizando el término legitimación en el sentido ético-político mencionado, como legitimación externa. La legitimación a la que nos referimos refleja un criterio explicativo de la selección realizada por el Estado del sujeto a quien se impone la pena, con independencia de cuál sea el contenido de la norma infringida y del contenido y magnitud de la pena que se imponga. En este sentido restringido, la legitimidad de la atribución de culpabilidad, como legitimidad interna, deriva de que la selección del sujeto al que se impone la pena sea justa. En este contexto, el fundamento material de la culpabilidad constituye el criterio que soporta la *legitimidad distributiva* de la pena²⁰; esto es, explica por qué, aunque los beneficios de la imposición de la pena son generales para la sociedad –la prevención de delitos–, los costes debe pagarlos solo un ciudadano. Y la justicia de la selección deriva tan solo de la valoración

²⁰ Sobre ello, PÉREZ MANZANO, 2025, pp. 131 ss.

de las condiciones personales de evitabilidad del incumplimiento de la norma. Por consiguiente, la legitimidad de la culpabilidad se conecta, en primer lugar, con la libertad, entendida como la capacidad de adoptar decisiones libremente y cumplir normas, pues si el sujeto no pudo evitar el hecho sería injusta la selección y la desvaloración jurídica que comporta; y, en segundo lugar, se conecta con el principio de igualdad, porque una selección arbitraria, *ad personam*, será injusta. Por ello es necesario que la selección se guíe por patrones que puedan ser aplicados de forma general, y, por ello, será necesario establecer parámetros de normalidad y exigibilidad que sirvan para fundamentar que la selección es igualitaria. Este tipo de legitimidad interna de la culpabilidad permite afirmar la existencia de culpabilidad –relativamente– legítima incluso en sistemas en los que el ejercicio del *Ius Puniendi* no se adecúa a los parámetros del Estado Constitucional de Derecho²¹.

Si la culpabilidad es el criterio legitimador de la imposición de la pena a su autor, en el juicio de culpabilidad han de tomarse en consideración las circunstancias que permiten individualizar la contribución personal del autor al hecho porque ello permitirá la evaluación comparativa que exige el principio de igualdad. Pero la igualdad no es fundamento ni autónomo ni suficiente de la culpabilidad, porque no aporta el criterio material que permite la comparación siendo necesario explicar, con criterios ajenos a la propia igualdad, *en qué deben ser iguales* los sujetos para que se les pueda reprochar su conducta e imponerles la pena. Dicho criterio aparece al conectar la forma en que sabemos que la pena ejerce su función con el juicio de culpabilidad. Como sabemos, la norma penal actúa tanto a través de la norma primaria al señalar la conducta como disvaliosa y prohibida, como a través de la propia pena, ejerciendo coacción psicológica en los ciudadanos²². Pues bien, tanto si nos referimos al funcionamiento de la norma primaria como al de la propia pena, la culpabilidad nos conduce a las posibilidades singulares de ser influido (apelado, concernido, motivado) por la norma penal, porque en ambos casos la legitimidad del reproche depende de ellas. Si las posibilidades de ser influido por la norma penal están muy alejadas de la normalidad, entenderemos que la norma penal no podía cumplir su función correctamente y, por tanto, que no sería justo formular un juicio de reproche a quien cometió el delito en tal situación, pues, aunque se pueda poner a cargo de su autor el delito, estableciendo entre ambos una conexión que refleja que el delito es obra suya, no merece una

²¹ Con razón afirma SILVA SÁNCHEZ, 2019, pp. 74 ss., que no se entiende cual es la ganancia de afirmar de negar la propia existencia de culpabilidad en los sistemas totalitarios.

²² Sobre las funciones latentes y manifiestas de la pena y su diferenciación con los fines legítimos de la pena, PÉREZ MANZANO, 1990, pp. 217 ss.

valoración negativa porque la conducta no era evitable. La culpabilidad en cuanto legitima la imposición de un mal, del castigo, requiere no solo afirmar la concurrencia de una vinculación personal del delito con su autor, sino que necesita la desvaloración de tal vínculo²³.

3. La persona como sujeto del juicio de culpabilidad y la necesaria toma en consideración del momento de contribución personal-subjetiva

Desde esta perspectiva de legitimación interna, el referente de las exigencias de cumplimiento de la norma no es el ciudadano como sujeto con una vinculación política especial con el sistema jurídico que se le aplica, sino la persona, esto es, todo ser humano que puede entrar en conexión con la norma que rige en el lugar en el que convive y al que, solo por el hecho de serlo, se le atribuyen ciertas propiedades, tales como la dignidad y la libertad, que constituyen el presupuesto para identificar al sujeto, como sujeto del Derecho. Por tanto, como elementos configuradores del sujeto –referente subjetivo– al que podemos atribuir culpabilidad solo son necesarios aquellos que se conectan con las facultades, habilidades o capacidades humanas necesarias para cumplir con las normas penales; esto es, la capacidad de comprensión de la norma y de control de la propia conducta –imputabilidad–, el conocimiento de la prohibición, y cualesquiera circunstancias constatables que reflejen la mayor o menor capacidad de ser influido por la norma penal. A este último efecto, no solo el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante pueden ser relevantes, sino la situación socioeconómica del sujeto o su diferente socialización. La atenuación de la pena o, en su caso, la exculpación de la comisión de un delito en los casos de personas socialmente «excluidas» o de personas con una cultura y socialización muy alejadas del parámetro «general» en una sociedad pueden fundarse en las mayores dificultades personales para el cumplimiento de las normas, sin que sea necesario acudir a criterios externos –de ilegitimidad política– como el de la injusticia de exigirles responsabilidad en una sociedad que ni les integra ni les aporta lo mismo que a la generalidad de la ciudadanía²⁴.

²³ Por ello las tesis compatibilistas de la libertad en sentido débil no son idóneas para fundamentar la culpabilidad, porque solo permiten conectar el hecho con su autor, pero no desvalorarlo. Sobre ello, cfr. PÉREZ MANZANO, 2024, pp. 447 ss.; PÉREZ MANZANO, 2025, pp. 134 ss.

²⁴ Caben también otras opciones como la propuesta de Silva Sánchez de incorporar la legitimidad del Estado al análisis de la punibilidad. Sostiene Silva Sánchez, que la legitimidad de la responsabilidad y la imposición de la pena por parte del Estado deriva de que el sujeto ostente la condición de beneficiario de la protección estatal, tanto como protección negativa frente a las agresiones de terceros, como en tanto

Al situar como referente subjetivo a la persona, esta teoría no incurre en el déficit principal de las teorías discursivas sin, paralelamente, prescindir de la necesidad de ajuste de la culpabilidad y la pena al Estado Constitucional de Derecho. El déficit principal de las teorías discursivas²⁵ es su incapacidad para explicar la culpabilidad de los sujetos que por distintas razones no han podido participar en la creación de las normas que se les aplicarán, singularmente los ciudadanos extranjeros o los menores de edad; tampoco explica por las mismas razones la aplicación transnacional del Derecho penal y el desarrollo del Derecho penal internacional, que van a afectar a sujetos que no han participado en la creación de las normas. Este déficit deriva de anudar la aplicación de la norma a la condición de «ciudadano» y no a la de persona, cuando es innecesario y distorsionador. A los efectos de formular la atribución de culpabilidad no es necesario que el sujeto tenga asignada la posibilidad de participar en la creación de la norma que se le aplica, sino tan solo que cuente con las facultades que le permiten a la norma penal cumplir su función reguladora del comportamiento. De otra parte, como se ha señalado, no se ve el beneficio de estas teorías discursivas para los propios sujetos sin capacidad deliberativa —extranjeros, excluidos...—, pues la consecuencia de considerárseles incapaces de culpabilidad no es la declaración de ilegitimidad absoluta de la intervención penal, sino tan sólo la ilegitimidad de atribuirles culpabilidad e imponerles la pena, de modo que no se niega que el Estado pueda reaccionar frente a la comisión de delitos por estos sujetos con medidas como medidas de seguridad u otras que se impondrán con menores garantías que la pena y que a la postre y por ello mismo resultarán más gravosas²⁶.

Por su parte, las teorías de la culpabilidad como lesión del mandato de justicia presentan también problemas frente al tipo de selección de sujetos de

que beneficiario de una mínima protección positiva garantizadora de un *estatus* vital mínimo de persona. La consecuencia que extrae reside en que, en el ámbito de los delitos *mala quia prohibita* y los delitos no violentos *mala in se* no podría atribuirse responsabilidad o, dependiendo de los casos, debería atenuarse la misma. En mi criterio, las condiciones de legitimidad de la actuación del Estado son ajenas al juicio de culpabilidad y de reproche, de modo que, en su caso, podrían integrarse como elementos del juicio de punibilidad, que, como este mismo autor sugiere, sirve para integrar argumentos relativos a la necesidad de pena, y podría incorporar también criterios relativos a la legitimidad de infligir dolor penal por parte del Estado. Así, esa atenuación o exclusión de la pena estaría emparentada con la atenuante de dilaciones indebidas que no solo refleja que el sujeto ya ha padecido algún mal comunicativamente relevante, sino la disminución de la legitimidad de partida del Estado para imponer la pena debido a su mal funcionamiento procesal (SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 79 ss., 84, 121 ss.. Sobre el debate en España sobre la atemperación de la pena en casos de comisión del delito en condiciones de exclusión o marginación social severa, cfr. además, CÁMARA, 2015, pp. 237 ss.; SÁNCHEZ DAFUCE, 2016, pp. 225 ss.; CIGÜELA, 2019, *passim*; CASTELLVÍ, 2020, pp. 363 ss.; PÉREZ CEPEDA, 2022, pp. 41 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, 2023, pp. 357 ss.

²⁵ Por todos, FEIJOO, 2012, pp. 111 ss.; ROXIN/GRECO, 2020, § 19, NM 35e.; SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 73.

²⁶ Cfr. en igual sentido, PUENTE RODRÍGUEZ, 2023, pp. 388 ss.

la pena que realizan ya que no permiten justificar la culpabilidad de quienes no necesitan o no quieren la protección estatal. Estas teorías no permiten justificar la culpabilidad de quienes no necesitan o no quieren la protección estatal, como las organizaciones criminales²⁷, o no de forma tan extrema, aquellos particulares que cuentan con enorme personal de seguridad privada de modo que no acuden a la protección estatal, puesto que la realización del delito por sujetos que se encuentran en estas situaciones no desequilibra la balanza entre lo que reciben y lo que aportan a la sociedad, ya que si la protección se la procuran por sí mismos, en realidad nada reciben del Estado. Y en esta legitimación sinalagmática, el montante de lo recibido se convierte en medida de lo debido, así que, cuanto menor protección se reciba del Estado, menor legitimidad de este para imponer la pena a los sujetos concretos.

De otra parte, la generación de un desequilibrio entre lo que se aporta y lo que se recibe no es criterio suficiente para legitimar la imposición de la pena. La ventaja frente a los demás ciudadanos, el desequilibrio en el sinalagma protección estatal-obligación de respeto ajeno, se produce ya solo por la realización del hecho antijurídico, y, sin embargo, la realización del injusto no es fundamento suficiente para imponer la pena. Entre otras razones porque no es suficiente que exista un desequilibrio entre lo que aporta el sujeto a la sociedad y lo que recibe de esta, sino que se requiere que el desequilibrio, la ventaja obtenida, sea injusta o se haya obtenido de manera injusta. Por ello todas las teorías que defienden esta idea se quedan vacías si no acuden a un criterio material complementario que permita explicar en qué casos el aprovechamiento de la protección estatal o de las condiciones de libertad no se considera injusto a pesar de haber cometido el hecho antijurídico. Si es evidente que estamos dispuestos a admitir que la comisión de un delito por un inimputable no tenga como consecuencia que tenga que compensar la ventaja de la que se ha apropiado, entonces no basta con generar un desequilibrio entre lo que se aporta y lo que se recibe de la sociedad y el Estado en términos de libertad y protección de derechos. En consecuencia, estas teorías tienen que acudir a identificar algún momento de contribución subjetivo-personal a dicho desequilibrio para poder justificar la imposición de la pena frente a quien ha generado tal desequilibrio. Paradigmática es, en este contexto, la tesis de Pauen, quien, a partir de la tesis del contrato social, fundamenta la legitimidad de la imposición de la concreta pena en que el ciudadano no firmaría el contrato de protección con el Estado si el contrato no fuera justo dado que no tendría interés en participar en él; y, sostiene que el ciudadano no tendría interés en participar en

²⁷ ROXIN, 2015a p. 35; ROXIN/GRECO, § 19, NM 35i.

él si no se garantiza que la pena se va a imponer frente a las infracciones culpables²⁸. Pauen está exigiendo con ello un requisito añadido que no concreta, pero que claramente está presente.

A mi modo ver la injusticia del desequilibrio tiene que ver con el principio de igualdad real, con la idea de que el Estado puede exigir a los ciudadanos de acuerdo con sus capacidades y debe aportarles en función de sus necesidades. Por dicha razón, en mi opinión, el criterio material que fundamenta la injusticia de la generación del desequilibrio consiste, en primer lugar, en la capacidad de evitación del hecho antijurídico, pues, si el sujeto no tenía en su mano evitar el delito, no se considera injusto que este pueda seguir disfrutando de la protección estatal sin haber satisfecho su parte del contrato –no infringir las normas– ni pagar mediante la pena dicha satisfacción. Dicho de otro modo, se admite que no ha podido cumplir con su parte por faltarle capacidad y por ello no se le reprocha el desequilibrio que ha generado. Y, en segundo lugar, la razón de que el desequilibrio no se considere injusto también puede residir en que la sociedad admite como comprensibles las razones del incumplimiento contractual, así por ejemplo se puede considerar comprensible en ciertos casos dar preferencia a la salvaguarda de los propios intereses, pues, como Varona ha expuesto²⁹, aceptar la legitimidad de la preferencia por los propios intereses implica aceptar que, en nuestro modelo de sociedad, en ciertos casos la autonomía personal tiene primacía sobre cualquier otro interés en juego digno de protección.

4. El Estado de Derecho y su reflejo en las concepciones sobre la culpabilidad

Es de justicia reconocer que la tesis de Feijoo de la culpabilidad como ausencia de una disposición jurídica mínima no incurre en los déficits acabados de señalar: justifica la selección sin dejar fuera extranjeros, excluidos u organizaciones criminales. Feijoo construye el fundamento de la imposición individual de la pena y de la culpabilidad en un criterio de carácter personal que se vincula con el contexto personal del incumplimiento de la norma y se basa en algo de lo que puede responsabilizarse al propio sujeto: la ausencia de disposición jurídica mínima. Sin embargo, o este criterio no es más que un nuevo término que refleja el tradicional criterio de la capacidad de cumplir la

²⁸ PAUEN, 2008, pp. 63 ss., 65 ss.

²⁹ VARONA, 2001, pp. 153 ss.

norma, o motivabilidad, o es un criterio que encubre la exigencia de una actitud interna que no encaja con los postulados básicos del Estado de Derecho.

De acuerdo con el segundo de los significados del término disposición que aparecen en el Diccionario de la Real Academia, disposición implica «adecuación para algún fin», esto es, «aptitud, talento, condiciones, capacitación, facilidad, habilidad, ingenio, soltura», de modo que no tener disposición jurídica mínima significaría no tener las aptitudes o habilidades necesarias para cumplir las normas. Desde esta perspectiva, la disposición jurídica remite a las capacidades de cumplimiento de la norma, por ello la inimputabilidad o el desconocimiento invencible de la prohibición dan lugar a la ausencia de atribución de culpabilidad: porque el sujeto carece de las *aptitudes* para el cumplimiento de la norma. Pero tener la disposición para hacer algo significa también tener la voluntad, la intención, el interés, la inclinación o la actitud de hacerlo; esto es, la expresión «tener disposición» remite a la presencia de una actitud interna que le hace al sujeto estar abierto o receptivo para realizar algo, y, por tanto, la ausencia de disposición implica carecer de dicha actitud. Desde esta segunda perspectiva, la ausencia de una disposición jurídica mínima no significaría nada distinto a carecer de la *actitud* necesaria para el cumplimiento de la norma, o lo que es lo mismo, haber mostrado desinterés en el cumplimiento de la norma. Que para Feijoo lo relevante para la atribución de culpabilidad no es la capacidad o *aptitud* para el cumplimiento de la norma en sí, lo evidencia el hecho de que el desconocimiento de la prohibición puede no reflejar ausencia de disposición jurídica –cuando el sujeto ha acudido a una fuente de información fidedigna–, así como que la inimputabilidad puede reflejar ausencia de disposición jurídica, pues si esta ha sido provocada se entenderá que el inimputable carecía de la disposición jurídica mínima. No encuentro otros significados u otra forma de entender este criterio, así que si la disposición no refleja condiciones o capacidades individuales –*aptitudes*–, solo puede evidenciar la *actitud* interna al cumplimiento de la norma.

En este caso entonces, el criterio individual que permitiría la atribución de culpabilidad radica en un elemento de carácter anímico, un elemento del fuero interno que encaja mal con los principios del Estado de Derecho que delimitan las concepciones legítimas de la culpabilidad: la disposición jurídica, en cuanto disposición al cumplimiento de la norma, es un elemento anímico (psicologizante y fáctico) que no puede ser desvalorado según los parámetros del Estado de Derecho sin traspasar la inviolabilidad del fuero interno garantizada por la libertad de conciencia o autonomía moral individual. Feijoo³⁰ es plenamente

³⁰ FEJOO, 2008, p. 154.

consciente de esta crítica por lo que intenta inmunizar su tesis frente a ella. Por ello, afirma que la función de la pena no puede ser «mitigar el peligro de corrupción», o «ejercitar o desarrollar fidelidades normativas», y sostiene que la «disposición individual» a respetar las normas es un asunto individual en un sistema de libertades. Sin embargo, para que todo esto no se quede en una mera declaración no basta con negar que la pena pueda tener como finalidad incidir en la conciencia individual generando fidelidad normativa, pues si se exige como requisito de la culpabilidad un elemento como la disposición al cumplimiento de la norma y la imposición de la pena depende de ello, la pena estará *de facto* cumpliendo esta función de incidir individualmente en la conciencia de cada cual. Para respetar el principio de la responsabilidad por el hecho no es suficiente con exigir la realización de un hecho antijurídico que refleje la ausencia de disposición jurídica mínima, pues, aunque se haya realizado un hecho, la imposición de la pena no se anudará a esta realización sino precisamente a que dicho hecho se ha realizado de manera culpable, es decir, porque, debido a la ausencia de disposición jurídica mínima, ese hecho puede ser atribuido como culpable a su autor.

Algo similar, de falta de ajuste con los postulados del Estado de Derecho, sucede con las teorías de la culpabilidad por el carácter o la personalidad que han encontrado renovada acogida entre los penalistas. La idea de que el Derecho solo debe regular los hechos, nuestro comportamiento en el entorno social, forma parte de nuestro acervo constitucional liberal: nuestro carácter, nuestras virtudes o defectos, no forman parte de lo que la norma puede legítimamente regular en un Estado Constitucional de Derecho, pues implicaría una injerencia vulneradora de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad³¹. Sin embargo, a lo largo de la historia dogmática, se han defendido posiciones sobre la culpabilidad que la vinculan con el carácter o la personalidad, así, por ejemplo, Herzberg³² en la última época. La idea de Schopenhauer³³ de que el sujeto no pudo obrar de otra forma debido a su carácter, pero que si su carácter hubiera sido otro hubiera podido obrar de otra manera, ha influido en las concepciones de distintos penalistas. Así, Engisch³⁴ sostuvo que el deber de soportar la pena deriva de la culpabilidad por el carácter porque esta culpabilidad podría ser contrarrestada mediante una influencia especial en el carácter. Y, por ejemplo, Figueiredo ha afirmado que el autor es cul-

³¹ Similar refiriéndose al modelo liberal, DUFF, 2007, p. 116.

³² HERZBERG, 2010, *passim*.

³³ «Über die Freiheit des Willens», 1839, *Sämtliche Werke*, (ed.) von Lohneysen, Bs 3, 1962, p. 618; citado por ENGISCH, 1965, p. 46.

³⁴ ENGISCH, 1965, pp. 54 ss.

pable si se manifiestan en el hecho características personales desvaloradas penalmente y, en ese sentido manifiesta una «personalidad reproachable»³⁵. En España ha sido Molina Fernández quien ha defendido que la culpabilidad es la emanación de la propia personalidad, partiendo de su posición determinista y de la relevancia que otorga a la autoconsciencia de libertad como esencia de la personalidad: «[a] determinar si un sujeto singular puede ser considerado responsable de un hecho la cuestión a indagar... es si el hecho es expresión (manifestación singular) de su personalidad y si él se lo representa de esa manera»³⁶.

La quiebra fundamental de estas tesis no reside en que reprochen al sujeto una manera de ser (cosa que no hacen), pues en realidad todas acuden a un momento fundacional en el que el sujeto crea o se mantiene en su personalidad, siendo este el componente de la culpabilidad sobre el que se proyecta la desaprobación. El problema de estas teorías, en tanto reprochan el hecho de no modificar o no haberse construido una personalidad distinta, reside en que el Estado carece de legitimidad para exigir de los ciudadanos que modifiquen su personalidad, que libremente pueden desarrollar (art. 10 CE). Una concepción legítima de la culpabilidad ha de partir de que el Estado solo puede exigir de los ciudadanos que adecúen su conducta externamente a las normas, de modo que acudir a ese momento de construcción de la propia personalidad, o de «mantenerse en» la propia personalidad, como elemento de la culpabilidad, supone construir la culpabilidad traspasando el límite liberal de respeto al fuero interno y al libre desarrollo de la personalidad.

En mi opinión, todo ello pone de relieve, además, que las teorías discursivas u otras teorías filosófico-políticas que se fijan en el modelo de Estado para fundamentar la culpabilidad yerran el foco al ponerlo en la configuración del Estado como «democrático», pues no es la democracia ni las virtudes deliberativas de la ciudadanía en sí las que protegen a la persona en su dignidad y derechos frente al Estado, ni, por tanto, tampoco frente al ejercicio del *Ius Puniendi*. No es el Estado democrático el que delimita el marco de las concepciones posibles del fundamento de la culpabilidad, sino el Estado de Derecho porque es este el que refleja los valores y derechos fundamentales de los sujetos que conformamos la sociedad constituida en Estado constitucional y democrático de Derecho. Si el Estado democrático fuera suficiente para proteger a la persona no tendrían razón de ser los Tribunales Constitucionales como garantes últimos del Estado de Derecho frente al poder legislativo, ni sería razonable admitir el control descentralizado del contenido de las normas que se realiza en el sistema

³⁵ Sobre la defensa de estas tesis en el mundo angloamericano, cfr. DUFF, 1993, pp. 345 ss.

³⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, 2002, p. 278.

del *Common Law*. Así que, incluso si admitiéramos la necesidad de acudir a fundamentaciones filosófico-políticas de la imposición individual de la pena, si de lo que se trata es del contenido del juicio de culpabilidad y de la pena, el foco debe estar en el Estado de Derecho y no en el Estado democrático. El Estado democrático solo es idóneo para establecer límites procedimentales a la actuación del Estado y no para dotarla de un determinado contenido.

5. Mérito personal *versus* retribución útil

De otra parte, la tesis de Feijoo sobre la culpabilidad como ausencia de disposición jurídica mínima, aunque pudiera interpretarse de forma compatible con el Estado de Derecho, presenta otro déficit que la hace inidónea para fundamentar la pena de forma individual. Y es que este criterio carece de valor en sí mismo como elemento expresivo del demérito del sujeto, sino que adquiere sentido y relevancia como reflejo de la necesidad preventiva de pena. En efecto, la pena no se fundamenta en el demérito del sujeto, sino en que la ausencia de disposición jurídica mínima produce el efecto de erosionar la vigencia de la norma. Ello significa que la imposición de la pena se justifica frente al sujeto en una razón preventiva, en su necesidad para conseguir el efecto preventivo general positivo, de modo que esta teoría malamente ha conseguido salvar la crítica de instrumentalización del individuo esgrimida frente a las teorías preventivas de la pena. El criterio de la ausencia de disposición jurídica mínima, a la postre, es un elemento mudable cuya relevancia deriva de la necesidad de cumplir la finalidad preventivo general positiva de la pena.

Una crítica similar realiza Greco con razón a la tesis de Pawlik en cuanto enmascaradora, bajo el ropaje de la retribución y la culpabilidad individual, de una teoría preventiva que sería acreedora de las mismas críticas que las fundamentaciones preventivas de la culpabilidad³⁷. La prioridad iliberal de los deberes sobre los derechos, la presunta armonía entre los intereses del afectado y de la sociedad, la idea de que la pena que restaura el estado previo de libertad es aquella que toma en cuenta la culpabilidad, configuran, para Greco, un modelo en el que la culpabilidad se convierte en una función cambiante de las necesidades sociales en la que la función de la pena es la retribución útil y no la retribución justa, de modo que el principio de culpabilidad deja de tener un valor independiente de la lógica consecuencialista de la utilidad³⁸.

³⁷ GRECO, 2022, p. 90.

³⁸ GRECO, 2022, pp. 87 ss.

A los déficits de una concepción similar de la culpabilidad como derivado de la prevención general positiva ya me referí hace tiempo³⁹, así que me basta ahora con remitirme a todo lo dicho entonces no solo para sumarme a la crítica de Greco a la tesis de Pawlik, sino para señalar que, al menos algunas de las teorías filosófico-políticas de la culpabilidad y la pena, no consiguen alcanzar el objetivo pretendido de salvar las críticas de las teorías preventivas. Todo ello, sumado a los déficits, generales y particulares, señalados sobre las fundamentaciones filosófico-políticas de la culpabilidad conducen a descartar estas tesis como modelos suficientes y/o legítimos de fundamentación de la culpabilidad y la imposición individual de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA, Sergio: *Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, núm. 68, 2015, pp. 237 ss.
- CASTELLVÍ, Carlos: *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Valencia, 2020.
- CIGÜELA, Javier: *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia, 2019.
- DAGGER, Richard: *El republicanismo y los fundamentos del Derecho penal*, en *Fundamentos filosóficos del Derecho Penal*, Madrid, 2020, pp. 71 ss.
- DUFF, R. Antony: *Choice, Character and Criminal Liability*, Law and Philosophy, núm. 12, 1993, pp. 345 ss.
- *Answering for crime: Responsibility and Liability in Criminal Law*, Oxford, 2007, nueva impresión 2009.
- ENGISCH, Karl: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Doktrin der gegenwart*, Berlín, 2.^a ed. 1965.
- FEIJOO, Bernardo: *Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs*, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: un seminario con Günther Jakobs*, Madrid, 2008, pp. 145 ss.
- *Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, Indret, 2/2011.
- *La culpabilidad juridicopenal en el Estado democrático de Derecho*, ADP, 2012, pp. 99 ss.
- GRECO, Luis: *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Madrid, 2015.

³⁹ PÉREZ MANZANO, 1990, passim; PÉREZ MANZANO, 1996, pp. 73 ss.

- *Reflexiones sobre la teoría de la pena de Michael Pawlik*, en *Pena, ilícito y culpabilidad*. Una discusión con Michael Pawlik, Madrid, 2022, pp. 79 ss.
- GÜNTHER, Klaus: *Schuld und Kommunikative Freiheit*, Fráncfort, 2005.
- *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, *Kritische Justiz*, 2006, pp. 116 ss.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, Tübinga, 2010.
- HÖRNLE, Tatiana: *Claus Roxins straftheoretischer Ansatz*, en *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15 Mai 2011*, Berlín, 2011, pp. 3 ss.
- *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, Fráncfort, 2013.
- *Una evaluación crítica de la culpabilidad y las decisiones en la teoría del derecho penal*, en *Criminalización, castigo y dilemas morales en la obra de Tatiana Hörnle*, Buenos Aires, 2022, pp. 145 ss.
- KINDHÄUSER, Urs: (2011a) *La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad*, en *Pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2011, pp. 68 ss.
- (2011b) *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho*, en *Pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2011, pp. 211 ss.
- MAÑALICH, Juan Pablo: (2011a) *Pena y ciudadanía*, en *Pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2011, pp. 116 ss.
- (2011b) *Determinismo, autonomía y responsabilidad moral*, en *Pena y culpabilidad*, Buenos Aires, 2011, pp. 181 ss.
- MARTIN LORENZO, María: *La exculpación penal: bases para una atribución legítima de responsabilidad*, Valencia, 2009.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Responsabilidad jurídica y libertad (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)*, Bogotá, 2002.
- *Culpabilidad sin libertad?*, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: un seminario con Günther Jakobs*, Madrid, 2008, pp. 207 ss.
- MURPHY, Jeffrie G.: *Marxism and Retribution*, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 2, 1973, pp. 217 ss.
- NEUMANN, Ulfrid: *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli*, Colonia, 2007, pp. 435 ss.
- PAUEN, Michael: *Freiheit, Schuld und Strafe*, en *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Surkamp, Fráncfort, 2008, pp. 41 ss.
- *Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿se anticipa una evolución?*, en *El Cerebro: avances recientes en neurociencia*, Madrid, 2009, pp. 135 ss.
- PAWLIK, Michael: *El injusto del ciudadano: fundamento de la teoría general del delito*, Barcelona, 2023.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Aporofobia y Derecho penal en el Estado Social*, en *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, 2022, pp. 41 ss.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la culpabilidad y la pena*, Madrid, 1990.

- Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1996, pp. 73 ss.
 - *Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia*, Indret 2/2011, pp. 1 ss.;
 - *El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión. Bases para reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal*, Doxa, 35, 2012, pp. 471 ss.
 - *La culpabilidad: normativa, individualizadora y fundada en la libertad de decisión*, en *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso*, Valladolid, 2024, pp. 447 ss.
 - *Libre albedrío, legitimidad de la pena y responsabilidad penal*, en *Libre albedrío, y responsabilidad moral y jurídica*, Madrid, Lima, 2025, pp. 127 ss.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido*, Indret, 2/2023, pp. 357 ss.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel: *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid, 2016.
- ROXIN, Claus: (2015a) *Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion*, Goldtdammer's Archiv, 2015, pp. 185.
- (2015b) *Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium*, Goldtdammer's Archiv, 2015, pp. 489 ss. (trad., 2017, *La asequibilidad normativa como criterio de la culpabilidad*, en ADP, pp. 9 ss.)
- ROXIN, Claus/GRECO, Luis: *Strafrecht, AT, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed, München, 2020.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, Mario: *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Malum Passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018.
- *Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit*, en *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Baden Baden, 2019, pp. 74 ss.
- VARONA, Daniel: *El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 7, 2001, pp. 139 ss.

20. REDUCCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO Y CRITERIOS DE NEGACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA ACCIÓN IMPRUDENTE DE QUIEN CUENTA CON LA ACEPTACIÓN POR EL PERJUDICADO DE LA CONCRETA SITUACIÓN DE RIESGO

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

La participación dolosa o imprudente de un tercero en los casos de autopuesta en peligro suele considerarse impune con arreglo al principio de accesoriedad limitada. Sin embargo, el acuerdo del perjudicado en la puesta en peligro de sus bienes jurídicos por un tercero (ajena), suscita, no solo la interrogante sobre si la acción del último debe estar o no exenta de responsabilidad, sino, sobre todo, cuál debe ser el fundamento de la exención.

El debate gira en torno a si la efectiva causación del resultado derivado del peligro, conocido por quien lo asume, debe excluir la responsabilidad penal del autor. ¿Cómo resolver los supuestos en los que el que realiza la conducta imprudente, previsiblemente peligrosa, cuenta con el consentimiento del que, conociendo la situación de peligro, expone su bien jurídico a un riesgo concreto, con el resultado final de una muerte o lesión, normalmente no deseada? ¿Es posible establecer una relación de equivalencia entre supuestos de participación de un tercero en situaciones de autopuesta en pe-

ligro y aquéllos otros en los que la «víctima» acepta la acción de peligro efectuada por un tercero?¹

La participación de un tercero en casos de autopuesta en peligro y puesta en peligro consentida, se ha reflejado en algunas sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), que se ha decantado por la existencia de responsabilidad penal del que entrega estupefacientes a otra persona que fallece como consecuencia de la inyección que él o un tercero con su consentimiento practica². Al caso del consumo de heroína, conociendo la alta concentración de la sustancia y el peligro asumido, expuesto con antelación, puede añadirse el caso del *Fährmann*, en el que el propietario de una barca, advirtió del peligro a dos pasajeros situados en el puente³. Pese a recibir adecuadamente la información, ambos aceptaron el riesgo de la decisión asumida. Como consecuencia del peligro advertido, el bote volcó, muriendo ahogados. En otro supuesto, es la víctima (el copiloto) la que convence al conductor de que realice la conducción, siendo conocedor de que éste iba completamente ebrio. Como consecuencia de ese estado, perdió el control del vehículo, falleciendo el copiloto⁴. Asimismo, en una barraca de tiro, un asistente de un juego de tiro convenció a una mujer para que le disparase a un vaso que tenía sujeto en su mano, resultando finalmente herido⁵. Cómo resolver, en fin, aquellos casos en los que un sujeto mantiene relaciones sexuales con un enfermo o portador de un virus, conociendo el peligro que tal acción conlleva sin emplear protección y resultando contagiado. O qué solu-

¹ En la autopuesta en peligro, es el propio sujeto el que controla la acción final mientras en la puesta en peligro ajena consentida sólo asume el riesgo que ejecuta un tercero.

² En relación con el asunto de la muerte imprudente de la víctima como consecuencia del autoconsumo de heroína que ha sido entregada por un tercero, véase la sentencia OLG de 17 de mayo de 1979. En este supuesto se niega la eficacia del consentimiento. Sin embargo, se objeta que el parágrafo 222 (homicidio culposo) no debe aplicarse cuando la víctima ha conocido el alcance del peligro existente para su vida. Siempre que la víctima conozca la alta concentración de heroína y los efectos que puede conllevar, se interpreta la aceptación como un consentimiento en la acción de riesgo que excluye la tipicidad del comportamiento del autor. Cfr. HOLTZ, 1980, p. 985. En otra dirección, la Sentencia de 28 de abril de 1981 –StR 121/81, BGH, NStZ 1981– sanciona como homicidio imprudente ya que se conocía la peligrosidad de la sustancia entregada. Argumento que es censurado por SCHÜNEMANN al advertir que esta posición se olvida de la doctrina del fin de protección de la norma. A su juicio, es un claro supuesto de participación en una autopuesta en peligro que siempre debe quedar impune. Cfr., NStZ, 1981, p. 350, NStZ 1982, p. 61. En contra, HERZBERG, 1985, pp. 271-272.

³ Cfr. Memel-Kahn-Fall. Rg St 57, pp. 172 ss. Como recuerda GEPPERT, esta sentencia fue el origen de la teoría del menor interés en la protección del bien jurídico y eliminación del deber de cuidado del autor. ZStW 1971, p. 992.

⁴ BGH 7, p. 112. Caso similar es el del conductor que se deja convencer por un tercero para que conduzca, pese a estar borracho que culmina con un accidente –Karlsruhe NJW 1967, p. 2321–; igualmente BGH VRS 17–1959–, p. 277, cuatro jóvenes aceptan ir juntos, contraviniendo las reglas, en una moto, en una curva el conductor pierde el control del vehículo y fallece uno de ellos.

⁵ Este es un caso citado por DACH, 1979, p. 3.

ción aportar a aquellos supuestos en los que se sufre una lesión por asumir la participación en diversas acciones de riesgo deportivas —con infracción del deber de cuidado—.

De la lectura de los ejemplos anteriores y otros similares, se desprende que pueden plantearse diferentes escenarios:

1.º Situación de autopuesta en peligro dolosa por parte de la víctima. A. Participación dolosa de un tercero. B. Participación imprudente de un tercero⁶.

2.º Situación de autopuesta en peligro imprudente por parte de la víctima. A. Participación dolosa de un tercero. B. Participación imprudente de un tercero.

3.º Situación de puesta en peligro dolosa de la víctima por parte de un tercero. A. Aceptación de la acción de riesgo. B. No aceptación de la acción de riesgo.

4.º Situación de puesta en peligro de la «víctima» por parte de un tercero que actúa imprudentemente. A. Aceptación por la víctima de la acción de riesgo. B. No aceptación por la víctima de la acción de riesgo.

De los casos mencionados, en este trabajo sólo se va a analizar el cuarto, la puesta en peligro imprudente causada por un tercero con aceptación del riesgo por la persona que resulta afectada en algún bien jurídico. El núcleo de la discusión gira en torno a si debe o no sancionarse al tercero como autor de un delito de homicidio o lesiones imprudente cuando consta la aceptación del riesgo concreto por parte de la víctima.

En la doctrina se coincide en la defensa de la impunidad de la participación imprudente en la autopuesta en peligro. Sin embargo, no existe armonía en cuanto a la solución propuesta para determinar la responsabilidad penal del tercero que realiza la acción imprudente con la aceptación del peligro por la víctima⁷. Bien es cierto que, este caso, habitualmente, se sustenta la impunidad del tercero, empero, la diferencia reside en la variedad de fundamentos dogmáticos sustentados para alcanzar la irresponsabilidad (criterios de causalidad, imputación objetiva, autoría y participación, consentimiento).

La jurisprudencia alemana, a veces, ha castigado la participación del tercero que genera la acción de riesgo, puesto que no se reconoce al consenti-

⁶ En el caso del suicidio de una persona que utilizó la pistola olvidada por un policía, se defendió la impunidad de la participación imprudente. Cfr. BGHSt 24, p. 342.

⁷ Cfr. HERZBERG, 1977, p. 101; HORN, SK StGB, 3, parágrafo 212; ROXIN, 1976, p. 185.

miento eficacia en el homicidio imprudente con arreglo al parágrafo 216⁸. Por el contrario, en otras ocasiones, ha defendido que, cuando la víctima actúa con conocimiento preciso del peligro para su vida, el tercero no infringe el deber de cuidado, especialmente si ha tomado medidas de precaución en función de la gravedad del peligro⁹. La jurisprudencia española, ha concentrado este supuesto en el más general, de lo que ha denominado incorrectamente compensación de culpas y, de forma más acertada, concurrencia de culpas. Durante mucho tiempo lo solucionó en el ámbito de causalidad como lo demuestra la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia¹⁰. Se ha pasado de considerar que la contribución de la víctima a la producción del resultado lesivo sólo podía ser objeto de valoración en la fijación del «quantum» indemnizatorio [SSTS de 19 de junio de 1972, 8 de junio de 1985 (RJ 1985, 2976) y 6 de febrero de 1987 (RJ 1987, 1204)]¹¹, a debatir este asunto en el terreno de la causalidad [SSTS de 27 de enero de 1984 (RJ 1984, 421), 6 de febrero de 1987, 8 de junio de 1985, 16 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3672), 25 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8099) y 24 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3852)]¹². Una

⁸ BGHSt 4, pp. 88-93; OLG Hamburg, VRS 35, pp. 433-435.

⁹ RGSt, 57, pp. 172-173.

¹⁰ Sobre el desarrollo jurisprudencial en esta materia, GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, 2004, p. 111.

¹¹ También es preciso resaltar que cuando el artículo 114 CP valora la asunción de un riesgo por la víctima lo hace en el marco de la determinación de la responsabilidad civil sobre la responsabilidad penal. Sin embargo, no en el ámbito de la responsabilidad penal sino civil. Cfr. STS 269/2021, de 24 de marzo; (STS 522/2017, de 6 de julio; y AATS núm. 1122/2018, de 6 de septiembre; 921/2019, de 26 de septiembre y 1083/2019, de 3 de octubre). En alguna de estas sentencias se dice que: «El alcance del artículo 114 CP se refiere a aquellos casos –dolosos o culposos– en los que la contribución de la víctima al suceso, y por tanto a su propia victimización no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto deba tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado, y es en esa situación cuando surge la facultad discrecional a que se refiere el artículo 114 CP para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima haya tenido en el desarrollo de la acción punible, incluso vía dolosa. No se trata, como ya se ha dicho, tanto de una cuestión de compensación de culpas que tendría difícil encaje en los supuestos de delito doloso, sino que más limitadamente el campo del artículo 114 CP, como se opina por algún sector de la doctrina científica, se situaría en aquellos supuestos en los que la contribución de la víctima no siendo causal ni por tanto situarse en el resultado, puede tener alguna relevancia en la materia indemnizatoria en virtud de la facultad de discrecionalidad que en relación a la responsabilidad civil otorga este artículo a los Tribunales.»

¹² En concreto, en el marco de la causalidad, la Sentencia de 25 de octubre de 1988, hablaba, no de concurrencia de culpas sino de «compensación de culpas». El infractor era responsable penal de las consecuencias lesivas de su comportamiento con total independencia de cual hubiera sido la conducta del ofendido o de la víctima. Únicamente, en el ámbito civil, se estimaba la aportación de la víctima para determinar el «quantum» de la indemnización. Es en ese espacio de la causalidad donde se resolvía la cuestión de la concurrencia de imprudencia de la víctima en la causación de un evento culposo al interpretarse que contribuía, concausalmente, con el comportamiento del agente en la causación del mismo. (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre y 15 de noviembre de 1974, 14 y 23 de abril de 1975, 26 de junio y 28 de septiembre de 1979, 28 de enero y 5 de diciembre de 1980, 26 de enero y 2 de febrero de 1981, 24 de marzo de 1983, 28 de mayo de 1984 y de 18 de diciembre de 1985). Igualmente, se desenvuelve en el ámbito de la compensación de culpas, la STS de 18 de marzo de 2002 (TOL156.029), cuando decide que

tesis que no puede aceptarse debido a que no hay acciones imprudentes más o menos causales, lo son o no. Una vez definida la causalidad de la conducta imprudente, habría que valorar si genera un riesgo prohibido por el derecho que desemboca en el resultado. En consecuencia, el exclusivo criterio de la causalidad no sirve para determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal del que realiza la acción imprudente con conocimiento del perjudicado. En los últimos tiempos, sin embargo, dando un paso adelante, la jurisprudencia se ha decantado por resolver esta cuestión en el ámbito de la imputación objetiva: la participación de la víctima en el riesgo conduce a la atipicidad del comportamiento del autor (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, 12 de enero 2000. ARP 2000/278) ¹³.

no tiene aptitud la participación de la víctima en el hecho –atropello de peatón que caminaba por el arcén por medio de un conductor que inició la maniobra de salida de su coche, sin mirar y a alta velocidad, para llegar a convertir en leve la imprudencia grave del acusado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de junio de 2005. (291/2005 (JUR 2006, 68321) estima que la víctima tuvo una aportación relevante a la causación del accidente, desde el momento en que, encontrándose estacionado su vehículo en una zona reservada a la parada del autobús, abrió la puerta delantera izquierda para salir a la calzada, sin apercibirse de las circunstancias del tráfico, esto es, que el vehículo del imputado, que circulaba bajo los efectos del alcohol, se acababa de incorporar, procedente de una rotonda, al carril de circulación derecho que invadía parcialmente la víctima al abrir la puerta de su vehículo, propiciando la colisión contra el mismo. No es relevante tampoco que el denunciado dispusiera del carril izquierdo para circular, pues lo reglamentario es hacerlo por el carril derecho si está libre de circulación. Así pues, es correcto decir que así como si el acusado no se hubiera encontrado bajo los efectos del alcohol, el accidente no se habría producido o sus consecuencias habrían sido más leves, del mismo modo si la víctima hubiera sido más diligente al salir a la calzada, no se hubiera producido el accidente o éste hubiera tenido consecuencias mucho más leves, toda vez que como reconoció la víctima en instrucción ya tenía el pie en el suelo cuando se produce la colisión, compartiendo la Sala la reducción del 45% operada por el Juez de Instancia por ser acorde con las circunstancias del siniestro.

¹³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990 establece que para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes () habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita. Por esa razón, se admite que en los casos de autopuesta en peligro y de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible. Sigue esta sentencia del Supremo, la SAP de Girona de 20 de febrero de 2001, aunque se decanta en el caso que analiza por negar eficacia a la contribución de la víctima, pues es esencial la contribución imprudente del autor. Se afirma que el resultado producido –muerte de la submarinista– es la realización del peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la conducta del acusado. No es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al navegar por la llamada «zona de resguardo». Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado, máxime cuanto se trata de un profesional de la navegación, con larga experiencia en dicho arte; como manifestaron sus representantes legales, sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, una persona recién iniciada en la práctica del submarinismo, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución, el venir amparada por la confianza en el respeto a la zona de resguardo de buceadores, por parte de los navegantes. Ni la víctima ha contribuido con una negligencia decisiva a la producción del resultado ni le puede ser aplicable el principio de la «autopuesta en peligro» ni de la «propia responsabilidad», que sin mención específica adujeron la defensa del acusado y de la entidad responsable civil subsidiaria. Del mismo modo, en un supuesto en el que se

En otras ocasiones, esta aceptación del riesgo se ha interpretado que debe disminuir el injusto, degradando la imprudencia¹⁴, o disminuyendo la sanción mediante la aplicación de una atenuante analógica [STS de 4 de julio de 1984 (RJ 1984, 3785) y STS de 17 de julio de 1990 (RJ 1990, 6728)]. Muy diferente es la solución adoptada por la jurisprudencia en los casos de autopuesta en peligro laboral. Suele estimarse que el consentimiento de la víctima en el riesgo no posee eficacia justificante alguna, ni en el delito de lesión ni en el delito de peligro, pues, en primer lugar el bien jurídico protegido en el 316 es un bien jurídico de titularidad supraindividual y porque, en segundo lugar, el ordenamiento laboral –art. 14 LPRL– impone al empresario el deber de tutelar la seguridad de sus trabajadores también frente a su propia voluntad o interés individual, exigiéndoles incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por las normas de seguridad. En esa dirección, la STS de 5 de septiembre de 2001, establece que «es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo»¹⁵.

Retornando al asunto que nos ocupa, una vez verificada la causalidad (equivalencia de las condiciones) de la conducta del autor en los casos de participación ajena imprudente con asunción del riesgo por la víctima, hay que confirmar la acción de riesgo prohibida por el derecho y que el resultado sea la concreción del riesgo creado por la infracción de la norma de cuidado (fin de

produce la muerte del copiloto de un vehículo por no llevar atado el cinturón de seguridad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 17 de mayo de 2001 (TOL123.666), afirma la imputación objetiva pues su muerte es la realización del peligro (jurídicamente desaprobado –de situarse a los mandos de un vehículo bajo los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas–) creado por la conducta del acusado. Se interpreta que, no es «la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado, sino que es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautelas exigibles para evitar el resultado, como habría sido decidir no conducir el vehículo de motor en un estado psicofísico –provocado por la ingesta de bebidas alcohólicas– que disminuía notablemente sus capacidades intelectivas, de reflejos y de respuesta en el ejercicio de la circulación de vehículos de motor».

¹⁴ En el plano de tesis cuestionada, de la mayor o menor causalidad de las conductas de autor o víctima, se desenvuelve el Tribunal Supremo cuando degrada la imprudencia del autor [Sentencias del Tribunal Supremo 15-4-1988 (RJ 1988, 2780), 25-10-1988 (RJ 1988, 8097), 26-12-1989 (RJ 1989, 9790), 8-3-1990 (RJ 1990, 2430), 29-2-1992 (RJ 1992, 1509) y 20-2-1993 (RJ 1993, 1383)].

¹⁵ Recientemente, la SAP Las Palmas.15 de diciembre de 2021 (TOL8.818.844) mantuvo que el trabajador fallecido no llevó a cabo estrictamente una «autopuesta» en peligro, sino en su caso una simple asunción del riesgo previamente creado por el empresario y por el encargado, que no pusieron los medios necesarios ni adoptaron las medidas de seguridad para evitarlo, con la responsabilidad penal que de ello se deriva para dichos acusados, además de la responsabilidad principal y decisiva del patrón de la embarcación, al arrancar la misma estando el buzo sumergido.

protección de la norma). A la acción de riesgo debe acompañar la previsibilidad objetiva de la específica producción del resultado. A sensu contrario, serán atípicos todos los casos en los que no era previsible el resultado causado (Luzón), cuando el resultado no tiene correspondencia con la infracción cometida, o en aquellos supuestos de evitabilidad o comportamientos alternativos adecuados al derecho¹⁶. En este asunto es de especial interés el voto particular emitido por Alberto Jorge Barreiro en el caso «Madrid Arena»). Sentencia TS, 805/2017, 11 de diciembre. RJ/2017/6237¹⁷.

Cuando se habla de una concurrencia de culpas parece que estamos ante un supuesto de autoría accesoria, dos o más actuaciones imprudentes de diversas personas, que, sin actuar de acuerdo, contribuyen causalmente a la producción del resultado. En la materia que se analiza, sin embargo, nos encontramos ante dos acciones, la primera, la del tercero que infringe un deber de cuidado, causal e imputable objetivamente, con un resultado previsible y la segunda, una acción, igualmente imprudente, del que asume el riesgo generado por el tercero que dispone del control y dominio del peligro generado (no del resultado). Se trata de dos acciones independientes, pero una de las partes acepta su realización a diferencia de los casos de concurrencia de culpas donde no hay acuerdo en ningún momento. Lo que debe resolverse es si cuando se cuenta con el consentimiento en la acción de riesgo realmente existe una infracción del deber de cuidado o si la norma del homicidio o lesión imprudente extiende su protección en casos de falta de interés del perjudicado en la protección del

¹⁶ Una tesis que en España ha sido defendida, entre otros, por CORCOY BIDASOLO. El comportamiento será atípico cuando se compruebe que el resultado se hubiera producido igualmente o con una probabilidad rayana en la seguridad actuando el autor de acuerdo con las normas de cuidado exigibles en el caso concreto. Ver LUZÓN, p. 146. Asimismo, se ha sustentado en diversas sentencias. Concretamente, la SAP de Valencia 347/1998, de 17 de julio (ARP/1998/3528, mantuvo que el accidente no se produjo como consecuencia directa de la velocidad del autor del vehículo, sino por el giro antirreglamentario hacia la izquierda hecho por la motocicleta, por lo que la velocidad excesiva que llevaba el segundo vehículo no influye, el accidente habría ocurrido de la misma forma de mantener la velocidad dentro de los límites legales.

¹⁷ En su voto particular, defiende la tesis de las conductas alternativas legales puesto que un hipotético comportamiento adecuado al derecho del autor no hubiese modificado el resultado final. En ese sentido, JORGE BARREIRO, cuestiona la sentencia de casación por optar, no por la doctrina de la evitabilidad del resultado, sino por la de la disminución del riesgo Y dentro de esa doctrina de la disminución del riesgo, critica que se elija la versión más rigurosa para el reo. Según JORGE BARREIRO «la probabilidad de fallecimiento de la víctima era muy alta, aunque se actuara médicamente de forma correcta, dado el estado crítico que presentaba, mientras que la posibilidad de disminución del riesgo era muy escasa o más bien de mínimos. Esa posibilidad de mínimos no se compadece con la decisión de atribuirle al acusado el resultado homicida, decisión extrema que no se corresponde con la verificación de la relación de riesgo en el caso concreto. Por todo lo cual, la inevitabilidad del resultado, en contra de lo que dice la sentencia mayoritaria, no sólo puede ser cierta en el presente caso, sino que, como ya se ha anticipado, es mucho más probable que lo sea que lo contrario, dadas las pocas posibilidades que tenía el acusado de disminuir de forma relevante el riesgo de muerte».

bien jurídico pues puede plantearse que hay infracción del deber objetivo de cuidado, hay un riesgo jurídicamente desaprobado por el derecho y el resultado es la consecuencia de la acción de peligro asumida por la víctima. Empero, no se cumple el fin de protección de la norma por el consentimiento en la acción de peligro.

En realidad, en la puesta en peligro ajena consentida, es el tercero el que ejecuta la acción de peligro sin que dependa de la víctima –ni del autor– el resultado final, a ésta solo le corresponde aceptar o no el riesgo. Por tanto, si lo decisivo no es la causalidad del comportamiento imprudente del tercero respecto al resultado final, sino si la aceptación del riesgo por parte de la víctima elimina la infracción del deber de cuidado, el riesgo jurídicamente desaprobado, es evidente que esta cuestión debe resolverse en el ámbito de la imputación objetiva: en el riesgo permitido¹⁸; la adecuación social¹⁹; la equivalencia con la acción de autopuesta en peligro de la víctima²⁰; en la negación de la imputación objetiva recurriendo al consentimiento en la acción de riesgo²¹ por el fin de protección de la norma²². En relación al último de los criterios expuestos, es imprescindible que la actividad de riesgo asumida por la víctima se circunscriba al acuerdo, esto es que no se excedan por el autor los riesgos de la actividad acordada por ambos, aunque no sea de forma expresa, generándose factores adicionales no acordados que puedan señalarse como los creadores de una nueva situación de riesgo para el bien jurídico.

Incluso aquel sector doctrinal cualificado que defiende la solución en materia de autoría y participación, la conducta imprudente que favorece la imprudencia de un tercero sería una impune participación imprudente objetiva en la autoría ajena (Luzón), acepta que, en los casos no definidos como participación imprudente sino de autoría imprudente, la solución se localiza en el ámbito de la imputación objetiva²³. En esa dirección, defiende Corcoy Bidasolo que si el sujeto consiente hasta el punto de decirse que es él mismo el que se pone en peligro a través de la conducta del tercero, éste se convierte en un autor o partícipe de la autopuesta en peligro... si la autopuesta en peligro es

¹⁸ GEPPERT, 1971, pp. 947 ss.; GÖSSEL, p. 81.

¹⁹ Defendida por FRISCH, 1970, p. 99.

²⁰ ROXIN, *Op. Cit.*, pp. 190-193.

²¹ Cfr. KELLNER, 1974, pp. 86 ss. QUILLMANN, 1978, p. 42.

²² SCHÜNEMANN, *Op. Cit.*, pp. 61 ss.

²³ Cfr. LUZÓN PEÑA, GARCÍA ÁLVAREZ, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, 2004, p. 60. Así, dicen GARCÍA CONLLEDO/PAREDES, la participación en la autoría de la víctima será atípica al tratarse de una participación en un hecho atípico. Sólo si la conducta del tercero o terceros es de autoría, tendremos que examinar si le es imputable objetivamente. Cfr., pp. 66 y 67.

impune, también debería serlo la participación, el riesgo así consentido no es ya un problema de riesgo permitido, sino de autoría²⁴.

II. SOLUCIONES EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Adecuación social

Esta institución se emplea en aquellos supuestos en los que el resultado es la consecuencia de un peligro especial adoptado por la víctima en una acción considerada como socialmente útil²⁵. Normalmente, la infracción del deber de cuidado se identifica con la inadecuación social.

Para proceder a la exclusión de la imputación objetiva mediante esta teoría son necesarios dos elementos: el conocimiento y aceptación de la situación de peligro creada por el tercero y una valoración de esa situación como adaptada a las bases normales del orden social. Figura en la que se combinan los criterios de aceptación del riesgo y adecuación social. El motivo de la atipicidad no se basa, por tanto, exclusivamente en la autorresponsabilidad, en la existencia de un consentimiento como un rechazo expreso de la protección penal, sino en la presencia conjunta del consentimiento junto a la falta de relevancia penal de la lesión que es producto de una conducta estimada como adecuada socialmente. No obstante, consentimiento y adecuación social puede que no se complementen respecto a la valoración penal de la conducta de riesgo asumida por la víctima. De hecho, puede ocurrir que una conducta que se valora como insocial o no adecuada socialmente, cumpla con los requisitos de aplicación del consentimiento en acciones de riesgo. Así, en determinadas prácticas no es la adecuación social, sino la aprobación individual de la víctima lo que lo convierte en lícita la acción del tercero. Al ser adecuadas socialmente exclusivamente aquellas situaciones de puesta en peligro ajenas que sean aceptadas por la sociedad como útiles socialmente, por ejemplo, no se daría validez al consentimiento en el juego de la ruleta rusa. Claro supuesto de hecho consentido, pero no adecuado. En definitiva, sólo si el sujeto que asume el peligro, conoce el riesgo asumido y es adecuado socialmente, la realización de la acción imprudente por el autor sería atípica al negarse la imputación objetiva.

²⁴ CORCOY BIDASOLO, *Op. Cit.*, p. 318.

²⁵ Cfr. HIRSCH, 1962, pp. 78-79. El BGH la defendió en el «Basketball-fall». VersR 1976, 775/6, con relación a prácticas deportivas donde existe contacto físico con infracción del deber de cuidado siempre que la acción esté guiada por la participación en el juego.

2. Riesgo permitido y consentimiento

Igualmente, puede hablarse de la adopción de un «riesgo permitido a través del consentimiento»²⁶. La inclusión del consentimiento en el riesgo permitido amplía, como reconoce Corcoy Bidasolo, su ámbito de aplicación, respecto a la adecuación social, de forma que también puede permitirse un riesgo socialmente inadecuado²⁷. Regresando al ejemplo del juego de la ruleta rusa, contrario a la adecuación social, en el que la víctima accede a que un tercero apriete el gatillo con el deseo de ganar la apuesta, no de morir. ¿Podría afirmarse en tal caso que el resultado no es imputable objetivamente al autor por la asunción de un riesgo permitido? ¿en tal caso, cuál sería la verdadera causa de exclusión de responsabilidad, la utilidad social del riesgo generado o el consentimiento de la víctima en una acción de riesgo?

3. Doctrina del fin de protección de la norma

Como propugna Schünemann, en estos casos el resultado es la consecuencia de la infracción del deber, pero la acción de riesgo no se le puede imputar al autor de la maniobra imprudente, ya que el conocimiento de la situación de peligro por la víctima conduce a una interrupción de la finalidad de protección de la norma²⁸. La pregunta es, ¿se pretende en los tipos penales imprudentes la defensa de aquellas personas que, conociendo el alcance del riesgo, aceptan la situación de peligro? Desde la óptica de la teoría del fin de protección de la norma, así como en la autopuesta en peligro, el extraño sólo colabora, ayuda a la víctima en la realización de la acción de peligro, en la puesta en peligro ajena consentida es él mismo el que genera el peligro contando con acuerdo del perjudicado en la acción de riesgo. Por ese motivo, el ámbito de extensión de la norma que prohíbe matar o lesionar no debe afectar a las personas que deciden suicidarse o a las que asumen el riesgo que genera su propia acción.

4. Equivalencia entre la situación de autopuesta en peligro y la puesta en peligro por un tercero consentida

Otro sector doctrinal estima que debe negarse la responsabilidad por imprudencia cuando la puesta en peligro por el tercero reúna las mismas condi-

²⁶ LANGROCK, 1970, p. 983.

²⁷ Cit. p. 315.

²⁸ SCHÜNEMANN, cit, p. 723.

ciones y reglas de una situación de autopuesta en peligro de la víctima. Verdaderamente, ¿puede distinguirse entre la autopuesta en peligro de la víctima y la colaboración de un tercero, de aquellos otros en los que existe una puesta en peligro por parte de un tercero y la víctima asume el riesgo? La diferencia se encuentra en que, mientras en los primeros, el control de la acción de peligro siempre está bajo el control de la «víctima», pudiendo interrumpirlo en cualquier momento. En los segundos, su conducta consiste en aceptar la acción de peligro que está ligada directamente al tercero y sólo este puede bloquearla.

Amparándose en el fin de protección de la norma que determina la impunidad de la participación en supuestos de autolesión o autopeligro, se crea la ficción de su equivalencia con la aceptación de la víctima del riesgo creado por un tercero²⁹. Lo que ocurriría, según Roxin, «si la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y si la persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro»³⁰. En realidad, el comportamiento del tercero no es otra cosa que una participación no punible en la autopuesta en peligro. Si el suicidio o su tentativa no es ilícita por qué razón habría de serlo un caso de verdadera «autopuesta en peligro» generada por un tercero. Si la participación en la autopuesta en peligro dolosa de un tercero debe ser impune en función del principio de accesoriedad limitada, igualmente debería serlo la puesta en peligro ajena de un tercero bajo la conformidad de la víctima.

Sin embargo, tal equivalencia es complicada puesto que en los supuestos de autopuesta en peligro, indica acertadamente Roxin, «uno domina con su propia decisión la medida en que se quiere exponer al peligro procedente de sus propias acciones, mientras que el mero hecho de tolerar la puesta en peligro que es obra de otra persona deja a la víctima a merced de un desarrollo imprevisible, que a veces tampoco puede ser ya controlado ni interrumpido en un estadio en el que, en cambio, aún podría hacerlo quien se pone en peligro por parte de otro no puede apreciar en el mismo grado la capacidad del otro para dominar situaciones arriesgadas a como podría apreciar la medida y los límites de su propia habilidad»³¹. Además, la participación dolosa en una autolesión dolosa está sometida, en ocasiones, a los límites irracionales que el código penal suele imponer al consentimiento en lesiones o delitos contra la vida (indisponibilidad). Es dudoso por tanto que tal argumentación pueda tras-

²⁹ ROXIN, cit, p. 192.

³⁰ *Ibid.*, p. 193. Igualmente, BACIGALUPO, cit, p. 174.

³¹ *Op. Cit.*, p. 190.

ladarse a los casos en los que la víctima acepta la acción de riesgo imprudente. Aquí no solo no existe el dolo de autolesión, sino que la colaboración del tercero tampoco es dolosa. Al tiempo, dogmáticamente, para algunos no existiría participación sino autoría en la comisión de un delito imprudente, al infringir el tercero el deber de cuidado y dar lugar al resultado típico. ¿Se produce realmente lesión del deber cuando la víctima se coloca en una situación de autope-ligro? Para Roxin la impunidad de la acción de riesgo imprudente del tercero no deriva de decisiones en materia de la teoría de la participación. Por el contrario, la solución radica, tras demostrarse que la acción de riesgo desaprobada por el derecho genera el resultado prohibido, en una ulterior fase de demarca-ción del ámbito del tipo penal³². A la definición tradicional de imputación objetiva, Roxin exige que tanto el peligro como sus efectos se encuentren den-tro del perímetro del tipo (fin de protección de la norma). De ese modo, el re-sultado lesivo consecuencia de una aceptación del peligro por la víctima no le sería imputable al autor ya que los tipos penales (lesiones, homicidio) no se amplían a estos resultados previsibles «aceptados» por la víctima.

5. Teoría del menor interés en la protección del bien jurídico o de exclusión o reducción del deber de cuidado del autor

La tesis de Frisch del *Gefahrengemeinschaft* (comunidad de peligro), sustenta una reducción del deber de cuidado del autor en los casos de acepta-ción de la puesta en peligro de la víctima³³. En la medida en que el sujeto descarta la autoprotección de sus propios intereses, siendo suficiente con que se tenga la previsibilidad objetiva y subjetiva del resultado por parte del que consiente, no es exigible al tercero que tutele lo que no desea la víctima. De esa forma, la conducta de riesgo no infringe el deber de cuidado puesto que habría que ponderar, por un lado, la libertad de actuación del que pone en pe-ligro y la autorresponsabilidad, el interés del titular del bien jurídico en la protección del mismo³⁴.

El autor de la acción de peligro no lesiona el deber de cuidado pues no existe un deber de cuidado de la víctima contra sí misma (pasajero que acepta

³² ROXIN, 1997, p. 92

³³ FRISCH, cit., pp. 18 ss.

³⁴ Según FRISCH la realización del riesgo desaprobado por el derecho es presupuesto de la imputa-ción (conducta típica de los delitos de resultado). En consecuencia, el concepto de imputación lo reduce a la causalidad y a la concreción del peligro desaprobado en el resultado Cfr. Tipo penal, 1995, pp. 29, 107, y 109 ss.

el transporte con conocimiento de que el conductor está ebrio). Hay que ponderar entre la autodeterminación del autor y el bien jurídico puesto en peligro. En tal valoración debe prevalecer la libertad de elección y por ello no se produciría la lesión del cuidado debido en el tráfico jurídico. De ese modo, la exposición al peligro permite la exclusión de la responsabilidad del tercero, prevaleciendo la libre aceptación del riesgo. En el delito imprudente, como sugiere Frisch, bastaría con la objetiva previsión del resultado. Sería suficiente con una previsibilidad objetiva y subjetiva para negar la lesión del deber de cuidado. Por tanto, no hay lesión del deber de cuidado cuando el sujeto expuesto al peligro conoce el riesgo de la acción³⁵. En estos casos, el sujeto renuncia a la obligación de que se respete el debido cuidado respecto a un peligro conocido y previsible. Insisto, el conductor ebrio no lesionaría el deber de cuidado frente al pasajero al que finalmente lesiona, puesto que ese deber fue previamente rechazado por la víctima. Siempre, reitero, que el resultado previsible sea consecuencia de la acción de peligro conocida y admitida por el perjudicado. Algo que no ocurriría si el resultado se produce como consecuencia de otra circunstancia desconocida por la víctima, existe un defecto en los frenos del vehículo ignorado por la víctima que únicamente asumió acompañar al conductor borracho. En este caso, sí hay lesión del deber de cuidado puesto que el defecto de frenado no era abarcado ni conocido por la víctima cuando aceptó el riesgo.

En conclusión, sólo sería atípica la lesión que es consecuencia de la acción consentida nunca de la acción de peligro no conocida y no asumida. Sería incoherente castigar al conductor imprudente, sin diferenciar, aquellos casos en los que, infringiendo el deber de cuidado, atropella a un tercero que no conoce ni acepta el riesgo, de aquellos otros en los que la víctima, pasajero de su vehículo, se ha expuesto al peligro con conocimiento de las probables consecuencias.

¿Puede excluirse la imputación objetiva cuando el titular del bien jurídico acepta el peligro generado por el autor?³⁶

La tesis de Frisch sobre exclusión o reducción del deber de cuidado del autor y la de Roxin de equiparación de la autopuesta en peligro y la participación en una acción imprudente ajena, tienen una conexión en común, ambas

³⁵ *Ibid.*, p. 122. Del mismo modo, GEPPERT, cit. p. 951; GÖSSEL, cit. p. 83.

³⁶ A veces, alguna sentencia del BGHZ 34, 355 («Beifahrer-Fall») ha rechazado la aplicación del consentimiento en un caso en el que la víctima acepta subirse a un vehículo con un conductor incapacitado. Cfr. BGHZ Bd. JZ, 1961, 602. Igualmente, la sentencia BGHZ 63, 140 «PreBschlang-Fall», no aplica el consentimiento y sí la compensación de culpas. JZ, 1975, 109.

niegan la imputación objetiva y se basan en el principio de autodeterminación y el consentimiento de la víctima sobre la disponibilidad del bien jurídico.

Ahora bien, cuál debe ser el objeto del consentimiento en estos casos. ¿Se refiere a la acción de riesgo o, por el contrario, debe abarcar simultáneamente acción y resultado, o exclusivamente el resultado? Para algunos, la validez del consentimiento depende de que se conozca el riesgo contraído y, pese a ello, el sujeto se exponga a la situación de peligro. Ahora bien, y si conociendo el peligro, confía en que el resultado no va a producirse, ¿seguiría siendo eficaz el consentimiento en la acción de riesgo? A mi juicio, en este último supuesto el autor de la conducta imprudente tampoco sería responsable del resultado, pues la víctima ha permitido expresamente la ejecución de una acción de peligro³⁷. En lógico pensar que en la mayoría de supuestos donde se otorga el consentimiento en una acción de peligro, el sujeto no desea la producción de ese resultado. Es imaginable que el ciudadano acepta el riesgo de la acción en la confianza de que el bien jurídico no resultará afectado (como el jugador de la ruleta rusa confía en que no va a morir). De hecho, si conociera la consecuencia final es comprensible que no aceptara el riesgo de la acción realizada. No es menos cierto que, en tales situaciones, si se conoce el alcance del peligro y se acepta el riesgo, la acción del autor no infringe el deber de cuidado puesto que, finalmente, es la autodeterminación de la víctima la que asume y es responsable de las consecuencias no deseadas³⁸.

En contra de esta tesis, se han manifestado algunos autores que cuestionan la exención de responsabilidad del tercero cuando la víctima se expuso al peligro sin aceptar el resultado. Piensan que en tales casos el consentimiento es solo una autorización a la exposición a una modalidad concreta de riesgo sin que abarque el resultado final³⁹. Una versión parcialmente distintita de la autodeterminación y el consentimiento como causa de exclusión del deber de cuidado es la defendida por Cancio Meliá y Peñaranda Ramos, al defender la «imputación al ámbito de autorresponsabilidad de la víctima», como un elemento más de la teoría de la imputación objetiva, integrado en el primer elemento, la imputación objetiva del comportamiento. Para su aplicación requieren: empresa conjunta entre el titular del bien y el autor de la acción imprudente; la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de

³⁷ NOLL, 1965, p. 15.

³⁸ Al respecto, DACH sustenta que la eficacia del consentimiento en las acciones de puesta en peligro se basa en la reducción del cuidado debido del tercero respecto al bien jurídico.

³⁹ La tesis del consentimiento es cuestionada por CANCIO MELIÁ/PEÑARANDA RAMOS, 2004. Dicen estos autores que esta tesis «está lastrada con un análisis desde la perspectiva unilateral de la víctima, y violenta los elementos constitutivos del consentimiento», p. 30.

responsabilidad de la víctima siempre que forme parte de lo organizado conjuntamente, no haya instrumentalización por el autor o no tenga éste un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima⁴⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, E.: Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente: criterios de imputación del resultado, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1989.
- CANCIO MELIÁ, M./PEÑARANDA RAMOS, E.: *Primer comentario* en Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999), León, 2004.
- DACH, R. P.: Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, Mannheim, 1979.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *Segundo comentario*, en Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999), León, 2004.
- FRISCH, P.: Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, Berlín, 1973.
- GEPPERT, K.: *Rechtfertigende «Einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr* en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 83, 1971.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. J./MIRA BENAVENT, J.: *Cuarto comentario* en Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999), León, 2004.
- GÖSSEL, K.-H., Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.^a edición.
- HERZBERG, R.: Täterschaft und Teilnahme, 1977
- *Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt (Teil 3)*, Juristische Arbeitsblätter, 1985.
- HIRSCH, H. J.: *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1962
- HOLTZ: *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1980.
- KELLNER, H.: Die Einwilligung in die Lebensgefährdung, 1974.
- LANGROCK: *Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1970.
- NOLL, P.: *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 77, 1965.

⁴⁰ CANCIO MELIÁ/PEÑARANDA RAMOS, 2004, pp. 30 y 31.

QUILLMANN, H.: Die Bedeutung der Einwilligung in risikantes Handeln bei der Fahrlässigkeit, Tübingen, 1978.

ROXIN, C.: *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, 1976.

— La imputación ulterior, 1997.

SCHÜNEMANN, B.: *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1981.

ZIPF, H.: Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

21. DOS REFLEXIONES SOBRE TEORÍA DE LA PENA Y ERROR DE PROHIBICIÓN

LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En un breve librito, a ratos maravilloso y a ratos profundamente perturbador, George Steiner afirma que «[e]l obsequio decisivo que un Maestro hace a un discípulo es el de una conjetura, un problema, un teorema todavía no probado»¹. Ciertamente, dudo que sea este el «obsequio decisivo», pero sí que es uno de los muchos regalos que el Profesor Peñaranda, Enrique, mi Maestro, nos hace generosa y sistemáticamente a quienes tenemos la fortuna de encontrarnos cerca de él.

Las páginas siguientes pretenden, precisamente, tomar como referencia dos observaciones que le debo a él y de las que creo que pueden sacarse conclusiones valiosas para un tema que me ocupa desde hace algún tiempo: el objeto de la conciencia de la ilicitud en el error de prohibición. Por un lado, partiré de algunas de las muy sugerentes (y convincentes) consideraciones que el Profesor Peñaranda ha hecho en relación con la teoría de la pena. Por otro, me detendré brevemente en algunas de las ideas que Nino plasmó en su obra «Los límites de la responsabilidad penal». La elección de dicho trabajo no es casual. Hace años, cuando aún estudiaba la carrera, le pedí a Enrique que me

¹ STEINER, 2020, p. 159.

recomendara algunas lecturas adicionales para profundizar en la teoría general del Derecho penal. Entre otros trabajos que también han dejado huella en mí y que no revelaré ahora para no alimentar egos, ni herir susceptibilidades, se encontraba la monografía del filósofo argentino. Leerla entonces fue un verdadero placer y releerla recientemente ha vuelto a serlo (de modo, creo, más provechoso).

De esta forma, mi intención en este trabajo se reduce a tratar de recorrer un trecho más del camino que en alguna ocasión ha apuntado Enrique (o, casi mejor, tirar de los hilos que él ha ido dejando). El riesgo al que me expongo no es pequeño. Entre las muchas virtudes que adornan a Enrique se encuentra la prudencia. Recorrer caminos que no prosigue él mismo puede ser peligroso, pues suele haber buenas razones por las que no lo ha hecho. Me arriesgo, así, a ser el tonto que coge una linde y que sigue aun cuando esta ya ha terminado.

Estas páginas me servirán también para satisfacer el compromiso que contraje en una reciente monografía en la que prometí ahondar en cuestiones como las que aquí serán tratadas². Aunque ya lo he hecho en parte, la tarea no está finalizada³. Esto es lo de menos, pero no me resisto a señalarlo porque aspiro también yo a ser considerado, como Enrique, alguien que cumple su palabra. A él, por todo, van dedicadas estas páginas.

II. PUNTO DE PARTIDA

El propósito de este trabajo es sencillo: trataré de reivindicar que para que resulte de aplicación el error de prohibición basta con que el sujeto desconozca que su conducta está penalmente proscrita, aunque sepa perfectamente que esta contraviene cualquier otra rama del ordenamiento jurídico. Dicho en otros términos: que el objeto de la conciencia de la ilicitud (lo que el sujeto debe conocer para ser legítimamente castigado) es la ilicitud propiamente penal. Y es que, como explica magistralmente Hernández Basualto, «no puede sino llamar la atención que una visión a primera vista tan natural y persuasiva del asunto no haya logrado imponerse, ni entre nosotros ni en otros ordenamientos de referencia habitual en nuestro medio»⁴. El «asunto», resumido sin-

² PUENTE RODRÍGUEZ, 2024a.

³ En PUENTE RODRÍGUEZ, *RPCP*, 2024b, abordo, entre otras cuestiones, parte de la relevancia que en el debate pueda tener el distinto peso que se conceda a la teoría de la pena o a la teoría de normas.

⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, p. 584. Aprovecho aquí para ofrecer mis disculpas al autor, pues su trabajo (publicado antes que el mío) me hubiera servido mucho para reforzar mi propia posición, dada la enorme coincidencia de ambos textos y la profundidad del suyo.

téticamente por este mismo autor, consistiría en que, si se admite que la fuerza motivadora de la norma penal «constituye una característica esencial del derecho penal en su pretensión de orientar el comportamiento de los ciudadanos», entonces «[n]o sería coherente con esa pretensión y con la función que en ella desempeña dicha característica esencial del derecho penal que, a la hora de verificar el cumplimiento de los requisitos de legitimidad de la imposición de una pena, esto es, en el examen de la culpabilidad que tiene lugar en el enjuiciamiento criminal, se prescindiera de ella y se hiciera bastar la mera posibilidad de motivarse por normas extrapenales»⁵.

Lo cierto, sin embargo, es que efectivamente no es esta la tesis acogida por la jurisprudencia y, se dice también con frecuencia, la doctrina mayoritaria tampoco parecería respaldarla (aunque esto último sea mucho más discutible). Tanto una como otra se conformarían, en cambio, con que el sujeto supiera que su conducta contraviene cualquier sector del ordenamiento jurídico para descartar el error de prohibición; lo que conduce, *ceteris paribus*, a una aplicación más restrictiva de este.

Pese a ello, cada vez son más las voces doctrinales que se oponen a este estado de cosas⁶. Dado que no se trata de una cuestión legislativamente zanjada (pues en el Código penal español caben, en realidad, todas las opciones que se han mantenido en el debate⁷) y que, en algunos casos, puede llegar a tener gran importancia⁸, parece necesario seguir defendiendo argumentos en esta línea. Y es que, en definitiva, y como ha señalado Díaz y García Conlledo, «[l]a evolución del tratamiento del error de prohibición en Derecho penal desde el *error iuris nocet* hasta la actualidad es precisamente la historia del menor

⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, p. 584. *Vid.*, en parecido sentido, COUSO SALAS, 2006, pp. 486 y 490 (con quien procede una disculpa parecida a la expresada en la nota anterior).

⁶ Por razones de espacio, me remito al listado y exposición que de ellos hago en PUENTE RODRÍGUEZ, 2024a, pp. 209 ss. (y notas concordantes). A ello habría que sumar los trabajos, ambos de sumo interés, de COUSO SALAS, 2006, pp. 486-521; y HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, *passim*, a los que accedí, por torpeza, después de publicar el mío.

⁷ *Vid.*, sobre ello, FELIP I SABORIT, 200, p. 129; y PUENTE RODRÍGUEZ, 2024a, pp. 192 ss. Parecidos, aunque se inclinan por la interpretación más habitual: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2018, p. 128; y LUZÓN PEÑA, 2025, 17/50. Sobre la situación alemana, en la que sucede algo similar, *vid.* CASTILLO ARA, 2019, p. 27.

⁸ Si ya, de entrada, toda la discusión sobre el error cobra especial relevancia en el ámbito del creciente Derecho penal económico (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2024, pp. 218 y 225), parece que en ese sector la específica problemática que ahora nos ocupa podría presentarse con cierta frecuencia: un sujeto conoce que su comportamiento es administrativamente sancionable, pero desconoce su carácter delictivo. Si a ello añadimos que la dimensión internacional de estas actividades muestra una tendencia ascendente, habría que sumar a la ecuación la poco estudiada cuestión de los errores acerca de las reglas que atribuyen jurisdicción al Estado. *Vid.*, al respecto, el reciente e interesante planteamiento de BUCHHALTER MONTERO, PC, 2025, *passim*. Pueden encontrarse también valiosas consideraciones al respecto en SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 4/110-111 y algunas observaciones sobre esta problemática en PUENTE RODRÍGUEZ, 2024, pp. 246-250.

o mayor reconocimiento de un ámbito de libertad (de menor exigencia) al ciudadano y su sentido (con algunos vaivenes), que parece lógico (dado el desarrollo social y normativo), es el de ampliar esa esfera de libertad del ciudadano. Por eso, no parece en absoluto descabellada la idea de dar un paso más»⁹.

Antes de profundizar en las razones por las cuales entiendo que lo decisivo para aplicar un error de prohibición es que el sujeto responsable del delito desconociera la ilicitud específicamente penal, conviene apuntar muy brevemente algunas «vías intermedias» que han sido propuestas por algunos relevantes sectores doctrinales. Y es que, una vez que estas son observadas, lo que parece más bien es que aquella posición que, sin matiz alguno, entiende que basta con que el responsable del delito conozca la genérica ilicitud de su conducta para poder ser castigado constituye la verdadera posición minoritaria (con independencia de que ningún mérito o demérito deba imputarse a ese hecho).

Para empezar, existe un muy nutrido grupo de autores (discípulos, por lo general, de Luzón Peña, pero no solo) que entienden que, aunque la ilicitud a la que se refiere el artículo 14.3 CP sería, en puridad, una genérica contradicción a Derecho, considera también que resulta indudable que el desconocimiento de la específica prohibición penal de la conducta cometida *puede* afectar de forma relevante al proceso de motivación del sujeto¹⁰. Por ello, proponen que se admita la posibilidad de articular una atenuante analógica ex artículo 21.7.^a CP, que podría, llegado el caso, ser considerada como una atenuante muy cualificada.

En segundo lugar, otro importante sector doctrinal, que cuenta como destacado representante en España con Nieto Martín, entiende que resulta erróneo equiparar la conciencia de cualquier clase de contrariedad a Derecho a efectos de legitimar la eventual imposición de una pena¹¹. Los autores que pertenecen a este grupo entienden que la diferente función que desempeña el Derecho sancionador (incluyendo aquí no sólo el Derecho penal, sino también el admi-

⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2018, p. 128. Conviene advertir que el autor citado, como se verá, no da el «paso más» que se propondrá en estas páginas, sino otro diferente.

¹⁰ Con matices que ahora no vienen al caso, comparten el grueso de la propuesta: LUZÓN PEÑA, 2025, núm. 17/50 (por citar solo la obra más reciente en que lo hace); OLAIZOLA NOGALES, 2007, p. 65; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 163, y 2024, p. 221; FERRÉ OLIVÉ, 2018, p. 278; TORRES CADAVID, 2019, p. 178. *Vid.*, también, aunque mucho más matizadamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2017, pp. 63-64 (n. 107) y 77-79.

¹¹ *Vid.*, sobre su postura, NIETO MARTÍN, 1999, pp. 101-103. En la misma línea, NEUMANN, *JuS*, 1993, p. 795 y 2017, pp. 855 ss. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2017, p. 79, parece simpatizar con la postura, aunque le niega gran impacto práctico.

nistrativo) con respecto a otras ramas del ordenamiento debe tener eco en la problemática que ahora nos ocupa. Así, no cabrá imponer legítimamente una pena a quien desconozca que su conducta contraviene alguna rama del Derecho sancionador. Ahora bien, una vez que el sujeto conoce que su conducta resulta jurídicamente sancionable, sabe todo lo que debe saber para poder ser castigado.

Una posición muy exótica (y, a mi juicio, bastante razonable en sus consecuencias) fue defendida también brillantemente por Fakhouri Gómez¹². Dicha autora mantenía cinco ideas muy minoritarias que conducían a un resultado próximo al que se defenderá en estas páginas, pero por la vía de un «retorcimiento» de los preceptos penales que haría hoy poco viable su admisión doctrinal o jurisprudencial (¡quién sabe qué hubiera pasado si esta tesis hubiera llegado antes de que buena parte de la doctrina y de sus más destacados representantes hubieran ya tomado partido al respecto!). Fakhouri Gómez sostuvo, en síntesis, que (i) es correcto defender la teoría del *dolus malus*; (ii) el Derecho positivo no se opone a ello; (iii) es posible reconducir tanto el tratamiento del error de tipo como el de prohibición al marco legal dispuesto por el artículo 14.1 CP (¿qué es más «hecho constitutivo de la infracción penal» que el hecho de que el Legislador haya establecido que la conducta es contraria a Derecho?); (iv) en cualquier caso, el error de prohibición solo queda descartado cuando el sujeto desconoce que su conducta es contraria, en general, a Derecho; y (v) cuando el sujeto sabe que su conducta contraviene el Derecho, pero desconoce que se encuentra penalmente prohibida, no cabe aplicar el error de prohibición (cuya regla, recordemos, sitúa la autora en el art. 14.1 CP), pero sí acudir al artículo 14.3 CP, que sería una regla de determinación de la pena pensada, precisamente, para estos casos.

Todas estas posturas suponen, a mi juicio, un avance, pero no me resultan plenamente convincentes¹³. La principal razón de mis dudas con las dos primeras se encuentra en que creo que, por razones estratégicas, no se desarrolla el argumento hasta el final. Parecen considerar que, si lo hacen, este será visto con más desconfianza por la jurisprudencia¹⁴. Sin embargo, creo que ese «que-darse a medio camino» no incrementa la persuasión de las propuestas, sino que la lamina. Por su parte, la tercera construcción (la de Fakhouri Gómez) resulta tan disruptiva desde la perspectiva dogmática y desde la interpretación (ya

¹² Vid., para una completa exposición de sus argumentos, FAKHOURI GÓMEZ, 2009, pp. 226-227, 453 ss., y esp. 470-476.

¹³ Se puede encontrar una crítica más pormenorizada en PUENTE RODRÍGUEZ, 2024a, pp. 203-209.

¹⁴ Algo parecido admite, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2018, p. 128.

muy asentada) de determinados preceptos legales, que constituye una vía que creo intransitable.

Finalmente, en tiempos recientes se ha presentado un cuarto camino que quizás haría mal en considerar «vía intermedia» si atendemos a sus resultados, pero que podría merecer tal etiqueta si atendemos al razonamiento seguido. Me refiero ahora a la tesis expuesta en su flamante Tratado por Silva Sánchez. Como es sabido, su concepción sobre cómo construir la teoría jurídica del delito se aparta de la dominante por varias razones; entre ellas resalta por encima de otras en lo relativo al tema que ahora nos ocupa la importancia que desempeña en su planteamiento la distinción entre norma de conducta y norma de sanción y el distinto papel que atribuye a cada una de ellas¹⁵. Así, a juicio del autor citado, lo único relevante de cara a la aplicación del error de prohibición sería que el sujeto conociera o ignorase el contenido de la norma de conducta, siendo, a estos efectos, intrascendente el conocimiento del sujeto acerca de la norma de sanción (esto es: sobre su prohibición específicamente penal)¹⁶. Ahora bien, «el desconocimiento del sujeto acerca de que comete precisamente un injusto penal debe tener relevancia por razones de trato equitativo»¹⁷. Quien desconoce que su conducta contraviene específicamente el Derecho penal «ciertamente no incurre en error de prohibición, pero sí en alguna clase de “error relativo a la prohibición”»¹⁸. De este modo, podríamos encontrarnos ante un supuesto de «exculpación penal» a canalizar por la vía de una exención o atenuación por analogía¹⁹.

Difícilmente podrá dudarse de la coherencia del razonamiento, aunque sí quepa poner en tela de juicio las premisas de las que parte (algo que no puedo hacer, al menos, aquí) o la supuesta necesidad de acudir a analogía alguna (¿no supone ello entender que el art. 14.3 CP contempla *solo* el error de prohibición y que allí no cabe *nada* más? ¿No podría ser un precepto legal lo suficientemente amplio como para albergar dentro de él tanto la institución del error de prohibición como otras figuras próximas a él por «razones de equidad», evi-

¹⁵ *Vid.*, especialmente, SILVA SÁNCHEZ, 2025, 1/28-45, aunque la idea permea en toda la obra.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 25/31.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 25/32.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 25/32. Y es que, como acertadamente resalta HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, pp. 584-585, descartar que el desconocimiento de la ilicitud propiamente penal pueda dar lugar a la aplicación de un error de prohibición no implica zanjar el debate sobre la legitimidad de la pena que se le llegue a imponer a quien ignora ese extremo.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 25/33-34.

tando así acudir a un cuestionable –y, a mi juicio, innecesario– recurso a la analogía?)²⁰.

En realidad, ambas divergencias responden a un mismo motivo: la preponderancia otorgada a la teoría de normas sobre la teoría de la pena a la hora de construir la sistemática jurídica del delito. Mientras quienes participamos, aquí sí, de una concepción dominante de la teoría del delito que (vía teoría de la pena o vía política-criminal) trata de dar cabida a las «razones de equidad» dentro de ella, Silva Sánchez y quienes comparten algunos de sus planteamientos metodológicos las desplazan, por lo general, a un momento posterior (a una ¿hipertrofiada? punibilidad), pues el peso que conceden a la teoría de normas en la construcción de la teoría del delito en sentido estricto expulsa esas «razones de equidad» a ese otro espacio.

No se debe caer, en cualquier caso, en una crítica infantil que pretenda señalar que, de este modo, se concede menor importancia a las «razones de equidad» (no puede ser esa, desde luego, la impresión de quien realice una lectura íntegra del Tratado): el peso de la equidad en una u otra construcción no depende del lugar en que se ubiquen, sino de la magnitud que se les otorgue. Ahora bien, que con la propuesta desarrollada por Silva Sánchez no siempre se llega a un mejor escenario lo demuestra, a mi juicio, precisamente la cuestión que ahora nos ocupa: quienes integramos (o pretendemos hacerlo) las «razones de equidad» en la teoría jurídica del delito podemos, sin dificultad y sin recurso alguno a la analogía, analizar el desconocimiento de la ilicitud penal en el marco del artículo 14.3 CP sin esperar a que los tribunales acudan a una vía a la que son reacios (la analogía) para llegar a un punto que también les despierta recelos (la concesión de relevancia al desconocimiento de la ilicitud propiamente penal). Quizás, dada la situación en que nos encontramos, fuera preferible reducir al mínimo los puntos que son conflictivos.

Esta es, en definitiva, una cesura importante entre planteamientos como el de Silva Sánchez y el que se va a defender aquí (más próximo al de Peñaranda Ramos). A mi juicio, las consideraciones efectuadas acerca de los fines y funciones de la pena (¡y valoraciones político-criminales!) deben tener un

²⁰ Al fin y al cabo, el propio Silva Sánchez en otras partes de su Tratado identifica que bajo un mismo precepto caben instituciones diferentes (al hablar, por ejemplo, del desistimiento o de la atenuante de reparación del daño). *Vid.*, sobre lo primero, SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 15/144-145, y, sobre lo segundo, nms. 28/90-91. Se trataría de defender aquí que en el artículo 14.3 CP conviven dos instituciones diversas (el error de prohibición «en sentido estricto» y el error sobre la ilicitud penal), pues ambas encajan en su tenor literal. Y es que, en definitiva, una cosa es que el precepto legal constituya un marco que no pueda ser desbordado por la construcción dogmática y otra, muy distinta, que solo pueda ser colmado por una única institución cuando quepan más. Cfr., sin embargo, para el objeto de estas páginas, SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 25/33.

reflejo *inmediato* en la teoría del delito. Desde esa premisa, que puede, desde luego, ser cuestionada, se expondrán a continuación algunas de las ideas que Peñaranda Ramos, por un lado, y Nino, por otro, han desarrollado sobre la pena y su sentido. De estas consideraciones se pretenderá extraer argumentos adicionales para considerar que el error de prohibición debe ser apreciado aun cuando el sujeto es perfecto conocedor de que su conducta es antijurídica, siempre que desconozca, en cambio, que se encuentra penalmente prohibida.

Una última advertencia: no son estos, necesariamente, los argumentos más robustos para este fin. De hecho, siendo a mi juicio razonables y convincentes (¡cómo no!), no son los que prestan un mayor rendimiento persuasivo. Son otros los que lo hacen. Por un lado, aquel que se centra en la mayoritaria incoherencia doctrinal a la hora de abordar la noción de «divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad» cuando hablamos de tipos agravados²¹. Brevemente: cuando un sujeto comete un delito con conciencia de ilicitud, no se puede presuponer que también la tiene acerca de otros delitos que haya podido cometer; lo que, aplicado a los tipos agravados (como propugna generalmente la doctrina) nos dice: si el autor del delito sabía que cometía un delito, pero desconocía, sin embargo, que el Derecho prohibía, *además*, algún extremo que nos llevaría a hablar de un tipo agravado, no podríamos castigarle legítimamente por este último. ¿No encubre este razonamiento, inadvertidamente, que no se puede castigar legítimamente a alguien si su conocimiento no alcanza un elemento agravatorio que, sin embargo, presupone el conocimiento de la ilicitud de la «conducta base»? ¿No implica ello conceder importancia al error sobre la clase de prohibición más allá de la prohibición misma?

Por otro lado, siendo indiscutible hoy, pese a resistencias pasadas²², que no cabe aplicar incrementos punitivos sobrevenidos como consecuencia del principio de irretroactividad de disposiciones penales desfavorables, ¿no es este un ejemplo de que, aunque el sujeto sepa que su conducta está *penalmente* prohibida, no resulta legítimo imponerle castigos superiores que eran, en principio, objetivamente imprevisibles?²³ ¿Debería importar algo que sean *objetivamente* imprevisibles y no *subjetivamente* imprevisibles? Si la respuesta es negativa, ¿no estamos admitiendo que los errores sobre la propia

²¹ Ampliamente sobre la divisibilidad de esta conciencia: OLAIZOLA NOGALES, 2007, pp. 66-68. Ya detectaba un problema aquí, en lo que al objeto al que se dedican estas páginas, RODENBECK, 2012, pp. 69 ss. También lo ha hecho HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, pp. 591-592.

²² De particular interés es la (coherente) posición de Binding al respecto. Una exposición sobre ello se puede encontrar en PUENTE RODRÍGUEZ, *RPCP*, 2024b, pp. 84-85.

²³ Parece apuntar en esa dirección HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, pp. 592-599.

magnitud de la pena importan? Si importan estos, ¿no han de hacerlo, *con mayor razón*, los errores sobre la ilicitud penal? Es decir: si importa errar sobre si la conducta recibe una pena mayor o menor, ¿no ha de hacerlo también el relativo a si la conducta se verá acompañada de alguna pena en lugar de ser impune?

He desarrollado estos argumentos con mayor detalle en otro lugar²⁴. Las siguientes páginas no atenderán ya, sin embargo, a ellos y no lo harán por dos razones. Por un lado, porque los razonamientos que aquí van a presentarse alcanzan en mayor medida las propias bases del Derecho penal, a las que el Profesor Peñaranda tanto y tan bien se ha dedicado. Por otro lado, porque mis planteamientos en este punto son deudores de su obra y de nuestras charlas, por lo que, con independencia de que él esté o no dispuesto a acompañarme en todo mi recorrido, no podría hacerlo sin él. Me resultan razones suficientes para circunscribir este trabajo a lo señalado.

III. PRIMERA CONSIDERACIÓN: ALGUNOS ASPECTOS DE LA TEORÍA DE LA PENA DE PEÑARANDA RAMOS Y SU IMPORTANCIA PARA EL ERROR DE PROHIBICIÓN

No pretendo aquí reflejar fidedignamente el conjunto de reflexiones que ha realizado Peñaranda Ramos en su obra acerca de la teoría de la pena. Estas tienen la complejidad y profundidad suficiente como para que excedan, con mucho, del espacio disponible aquí. No trataré, en definitiva, de desarrollar aquellos elementos de esta que puedan ser polémicos (como su muy convincente y matizada defensa de la finalidad preventivo general positiva o el alcance que confiere al mandato constitucional de resocialización²⁵), sino que expondré algunos aspectos menos controvertibles de su construcción, pero que resultan, por lo general, obviados pese a su trascendencia.

Un punto de partida importante aquí es el siguiente: uno de los mayores defectos de algunas teorías de la pena reside en opacar su dimensión afflictiva para destacar la comunicativa²⁶. El componente afflictivo (el dolor) no puede ser obviado con independencia de que la pena no sea *sólo eso*. Ello, que podría ser una buena premisa para hacerlo, no le conduce, sin embargo, a patrocinar una teoría preventivo general negativa de la pena. Aunque, como bien explica, es

²⁴ PUENTE RODRÍGUEZ, 2024a, pp. 221-225.

²⁵ Sobre este último extremo menos conocido de su obra, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2023, p. 569.

²⁶ PEÑARANDA RAMOS, *Doxa*, 2000, pp. 312-313, y *RPDJP*, 2001, p. 427. *Vid.*, también, MOLINA FERNÁNDEZ, 2023, p. 484.

imposible negar que, al anunciar penas, las normas pretenden desalentar comportamientos y debe admitirse, también, pese a lo que suele afirmarse, que esta teoría encaja particularmente bien con una visión liberal de la pena²⁷, no se muestra partidario de ella. Así, explica, «el reproche principal que cabe hacer a la teoría de la prevención general negativa afecta sin embargo al tipo de racionalidad sobre el que está construida: en ella se atiende *de forma unilateral* a una razón puramente instrumental, como si ésta fuera *la única* que es relevante para el Derecho Penal, cuando otras razones, de carácter valorativo, pueden tener para él tanta o más importancia» (cursivas añadidas)²⁸.

Fijémonos ahora en dos detalles que serán importantes para lo que sigue: «de forma unilateral» y «la única». El reproche que hace a esta concepción no es que atienda a una «razón puramente instrumental», sino que la sobredimensione. No es que esta carezca de importancia, es que no es la única que importa.

Uno de los aspectos más interesantes de la concepción de la pena de Peñaranda Ramos es el de su versatilidad o multidimensionalidad²⁹. «La clave del éxito de la institución estatal de la pena estriba ciertamente en que está en condiciones de producir muy distintos efectos», afirma³⁰. Y es que los destinatarios de las normas penales no son «única, ni preferentemente» los autores potenciales de los delitos³¹. Resulta especialmente interesante cómo Peñaranda Ramos conjura implícitamente cualquier riesgo de cesura quirúrgica entre «ellos», los malvados delincuentes, y «nosotros», los buenos ciudadanos que solo nos defendemos, cuando señala: «la pena se dirige a los seres humanos en cuanto seres inteligibles y sensibles *a la vez*, aunque con predominio de estas dos perspectivas» (cursivas en el original)³². Esa sería «la clave para una fundamentación más racional de la pena»³³. En definitiva, reconstruyendo estos razonamientos: la pena se dirige a todos nosotros en tanto que potenciales autores y víctimas, no a unos, potenciales autores, y otros, potenciales víctimas, por separado.

²⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 270. Cfr., sobre la concesión de un peso decisivo a la conminación penal en el proceso de motivación y su encaje en una visión liberal del Derecho, COUSO SALAS, 2006, p. 490.

²⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 271.

²⁹ En sentido parecido, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 220; MOLINA FERNÁNDEZ, 2023, p. 486; y SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 1/50-53, aunque centrado expresamente en la norma, y 3/100-106, en referencia a la pena.

³⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 288.

³¹ PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 273.

³² PEÑARANDA RAMOS, *Doxa*, 2000, p. 321. Y es que, como por otro camino ha señalado SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 1/53, «en toda persona conviven un agente con mejores o peores hábitos de conducta, un razonador práctico –instrumental y moral– y un individuo peligroso» (parecido en núm. 1/50).

³³ PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 321, n. 25.

El Profesor Peñaranda es verdaderamente empático. Ello le permite rechazar la imagen del autor del delito como alguien *malvado, a diferencia de nosotros* sin caer en lo que delata una empatía mendaz: afirmar que, en consecuencia, el autor del delito es *bueno, como nosotros*. Lo que sucede, más bien, es que tampoco «nosotros» somos los seres inteligibles por excelencia, el *homo noumenon* ¿encarnado? Somos seres débiles (aunque capaces de ser héroes) que no siempre atendemos a las mejores razones y nos dejamos llevar por lo indebido (consciente o inconscientemente). Eso hace que no haya un «nosotros» y un «ellos», sino que todos, en mayor o menor medida y salvo posibles casos patológicos, somos potenciales autores y víctimas, potenciales receptores de razones morales y potenciales sujetos refractarios a ellas. Por todo ello, la pena, en su dimensión intimidatoria, no es algo con lo que «nosotros» los instrumentalizamos a «ellos», sino un motivo para el cumplimiento de las normas que, *en su justa medida*, «nosotros», que no nos engañamos acerca de nuestra naturaleza, nos damos a nosotros mismos³⁴. Me adhiero plenamente a esta concepción en la confianza de que sea una reconstrucción fiel del planteamiento de Enrique³⁵.

Ello no lleva, claro, a que la amenaza instrumental sea «la razón principal» que nos ofrece el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de las normas. Es obvio que, por lo general, no queremos ser tratados mediante premios y castigos, sino que aspiramos a ser tratados (y a comportarnos) como agentes morales³⁶. Por eso, el ordenamiento debe dirigirse a todos nosotros preferentemente en esos términos. En palabras de Peñaranda Ramos: «[u]n ordenamiento jurídico, que se presume a sí mismo legítimo, pretende prioritariamente el reconocimiento racionalmente motivado de sus normas. La peculiaridad del modo de validez del Derecho estriba en que se orienta simultáneamente a dos polos: a la facticidad de la observancia regular de las normas, que en su

³⁴ Y es que, en un pasaje que Enrique cita con frecuencia y al que dice adherirse, sostiene VON HIRSCH, 1998, pp. 28 ss., que «los penalistas tienden a ver con excesiva facilidad a los delincuentes como especies aparte del ciudadano obediente, como personas que son bastante impermeables a los mandatos morales y que necesitan ser intimidados o refrenados para respetar la ley. Yo no acepto esta visión. Un sistema de penas no debiera ser diseñado como algo que “nosotros” hacemos para prevenir que “ellos” delincan. Más bien debería ser algo que los ciudadanos libres diseñan para regular “su” propia conducta [...]. Un sistema penal en una sociedad democrática debiera ser del tipo del que la gente aceptaría como forma de ayudarles a vencer sus propias tentaciones, al tiempo que respeta su capacidad para elegir». Nótese que el pasaje habla de «vencer tentaciones» (el mundo de lo sensitivo).

³⁵ Existen en cualquier caso importantes paralelismos con el planteamiento recientemente esbozado, desde otras premisas, por SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 1/49-53.

³⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, 2023, p. 485.

caso se obtiene también mediante coerción, y a la legitimidad de la regla misma, que puede producir su observancia por el propio respeto hacia ella»³⁷.

Lo cierto, sin embargo, es que por mucho que el ordenamiento aspiracionalmente legítimo se dirija a nosotros con la pretensión de tratarnos moralmente es posible, por un lado, que se equivoque acerca de sus juicios morales o, por otro lado, que incluso acertando con ellos necesite reforzar el cumplimiento de normas para «ayudarnos» a vencer nuestras inclinaciones. Esta es, en definitiva, la «debilidad congénita de todo Ordenamiento jurídico que no sea absoluto, sino que respete el pluralismo o el mandato de neutralidad del Derecho respecto del motivo de la obediencia a sus normas: la legalidad, el comportamiento externo conforme a la ley, puede ser exigida incluso por la fuerza, pero las razones de la obediencia deben dejarse al arbitrio de cada uno»³⁸.

Por ello, la sanción, más allá de la corrección de la norma, emerge como un «motivo complementario» para su cumplimiento³⁹. De este modo, «la pena, desde una perspectiva de prevención general positiva y no (preferentemente) intimidatoria, ha de garantizar la vigencia de las normas dispuestas para proteger los bienes jurídicos esenciales mediante la asignación de consecuencias negativas a su infracción como motivo complementario para su cumplimiento»⁴⁰.

Esta idea de la pena como «motivo complementario» es la clave de lo que sigue. Si el ordenamiento nos suministra, al menos, dos clases de razones porque entiende que la primera (la moralidad de la norma, o su racionalidad, si se prefiere) puede no ser suficiente, la amenaza de la pena recobra importancia. Es más, un ordenamiento jurídico liberal, que sea consciente de que sus valores morales pueden entrar en conflicto con los del destinatario de la norma, no puede pretender «complementar» o «reforzar» la primera de estas razones, que puede no desempeñar ninguna labor, sino que debe admitir que se ve forzado a presentar una razón «alternativa» y no, sencillamente, «cumulativa»⁴¹. Ello es un corolario (implícito) del mandato de neutralidad del Estado⁴². «Sea por-

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 432. *Vid.*, en sentido parecido, MOLINA FERNÁNDEZ, 2021, p. 696.

³⁸ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 431.

³⁹ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, pp. 431 ss. Y es que conviene no olvidar que, como explica COUSO SALAS, 2006, p. 403, «la pena se demuestra como un hecho político, en el sentido de que está al servicio de las valoraciones e intereses de los grupos, en el mejor de los casos mayoritarios [...] no al servicio de una moralidad consensual».

⁴⁰ PEÑARANDA RAMOS, *Doxa*, 2000, p. 319.

⁴¹ En sentido parecido, MOLINA FERNÁNDEZ, 2021, p. 720, y 2023, pp. 480-482.

⁴² Cfr., sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 1/54-55. Señala acertadamente este mismo autor, 1/57, que una sociedad que aspira a reducir la «coerción externa» debe «fomentar las instancias de

que lo consideres incorrecto, sea por las consecuencias que te esperan, no delincas», sería el mensaje estatal. En palabras de Greco, que comparto: «el autor tiene derecho a observar el mandato normativo sólo por miedo a la pena o por otros motivos egoístas»⁴³.

Afirmar, por otro lado, que el Estado ofrece estas dos razones no parecería compatible con aseverar, posteriormente, que solo el error por la primera de ellas disculpa. «Puedes cumplir la norma por la razón A o por la razón B, pero solo te disculpará el error por la primera de ellas» sería, entonces, el mensaje. ¿En qué sentido serviría de guía, en tal caso, la segunda razón?

En este punto mi posición personal es muy *mainstream*: mis valores morales coinciden con buena parte de los criterios de selección que están detrás de la incriminación de las conductas típicas contempladas en el Código penal y su eventual justificación, pero no con todos. Concedo, sin embargo, un *cierto* valor moral a las decisiones adoptadas por el Legislador democrático. En ese contexto, y dada mi escasa vocación de héroe o santo, estoy dispuesto –lo confiese abiertamente o lo oculte con peregrinas excusas– a cometer «infracciones morales» (en el ejemplo: cumplir órdenes legales injustas) cuando la entidad de estas sea menor que el castigo que me depara su evitación (en el ejemplo: incumplir la norma y salvar mi conciencia)⁴⁴. Puede que esto no sea lo ideal, pero veo difícil negar que sea parte de la «naturaleza humana». Otra cosa es, sin duda, que esto cuente con límites y que llegado cierto punto de conflicto moral uno no esté dispuesto al acatamiento de determinadas disposiciones legales sean cuales sean las consecuencias. Parece claro, si se comparte este ¿pesimista? escenario, que las sanciones sí desempeñan una función vital a la hora de forzar el cumplimiento de las normas en casos en que la razón moral no es suficiente o ni siquiera concurre al entrar en conflicto con la de su destinatario. ¿Debería acaso quedar impune mi conducta cuando sé que será castigada (razón segunda) por no compartir la valoración moral que el Estado hace de ella (razón primera)? Si la respuesta es negativa es porque la razón segunda (la prudencial, la pena) es una razón *suficiente* para ser castigado.

reconocimiento directo e indirecto». El problema, a mi juicio, es que estas «instancias» podrían fácilmente definirse también como «coerción interna» (o, en cualquier caso, como otra forma de coerción) y no tengo claro que esta sea *siempre* preferible a la «externa».

⁴³ GRECO, 2015, p. 396.

⁴⁴ A quien pueda ver en estas palabras una confesión demasiado íntima, le invito a reflexionar sobre la cantidad de normas jurídicas que a lo largo del día cumple o incumple solo en atención a la perspectiva de la probabilidad de la sanción porque las considera, en el caso concreto, absurdas y, por tanto, una restricción ilegítima de su libertad. Fumar o no en determinados lugares o convertir, por la vía de hecho, una señal vial de «stop» en una de «ceda el paso» pueden ser muestras de ello. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, 2023, p. 474.

Errar sobre una razón que es suficiente por sí misma para disuadirme legítimamente del delito debería ser penalmente relevante.

Es inevitable que un razonamiento de esta clase suscite un cierto recelo, una suerte de miedo a instrumentalizar al potencial autor del delito y tratar, así, a uno de los destinatarios de la norma como un mero objeto o como un animal a condicionar. A mi juicio, sin embargo, esos reparos estarían injustificados.

Londoño Martínez ha expresado con brillantez la tesis con la que ahora quiero enfrentarme. Entiende este autor que la racionalidad económica no es admisible para el Derecho penal, aunque sí pueda serlo para el Derecho administrativo sancionador. Ello se explicaría por la distinta función de una y otra rama del Derecho, pues «tienen problemas y finalidades diversas»⁴⁵. La ley penal no se caracterizaría por ofrecer un precio o un coste, sino por manifestar su desaprobación a determinadas conductas, «la situación en el campo administrativo se plantea en cambio diversa»⁴⁶. Ahí, en definitiva, sí cabría tratar a los agentes como *homo economicus*. La lógica económica no instrumentalizaría en el ámbito del Derecho administrativo sancionador por la naturaleza de los intereses que se verían afectados por sus sanciones⁴⁷.

Las premisas del razonamiento parecen, sin duda, sólidas, pero es cuando van aterrizándose cuando muestran que podría haber en ellas algún problema. Explica Londoño Martínez que mientras que el conocimiento de la norma en Derecho penal «es casi una ficción», «en el campo administrativo constituye normalmente una realidad»⁴⁸. Es más, en este ámbito ese conocimiento sería «casi una condición para el exitoso desempeño de la actividad»⁴⁹. Es cierto que, pese a todo y como advierte atinadamente el autor, la presencia en sectores regulados genera «motivos para cerciorarse» que tienden a producir, como mucho, errores vencibles⁵⁰.

Partiendo de estas ideas, si la predictibilidad es «una variable tan importante para el agente que se desempeña en el campo productivo-económico»⁵¹, ¿debería admitirse allí el error sobre la sanción? Da la impresión, aunque el autor no ofrece respuesta a esto en su trabajo (que se ocupa, razonablemente, de otros problemas), de que la respuesta debe ser afirmativa habida cuenta de los argumentos que emplea para sustentar la plausibilidad de la razonabilidad

⁴⁵ LONDOÑO MARTÍNEZ, *RD*, 2015, p. 152. *Vid.*, también sobre las dificultades para delimitar ambos sectores del Derecho, el sugerente trabajo de PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2025, *passim*.

⁴⁶ LONDOÑO MARTÍNEZ, *RD*, 2015, p. 160.

⁴⁷ LONDOÑO MARTÍNEZ, *RD*, 2015, p. 162.

⁴⁸ LONDOÑO MARTÍNEZ, *RD*, 2015, p. 164.

⁴⁹ LONDOÑO MARTÍNEZ, *RD*, 2015, p. 164.

⁵⁰ LONDOÑO MARTÍNEZ, *RD*, 2015, p. 164, n. 49.

⁵¹ LONDOÑO MARTÍNEZ, *RD*, 2015, p. 165.

económica en este sector del Derecho. Y si allí se admite... ¿por qué no en el Derecho penal? Es cierto que las finalidades de ambas ramas del ordenamiento son distintas, ¿pero ello puede justificar otorgar mayores garantías en el ámbito del Derecho administrativo? ¿No es esto paradójico? Al final, para protegernos de ser considerados un *homo economicus* en Derecho penal ¿se nos privaría de mayores garantías!

Esta paradoja ofrece aparentemente dos vías de salida, pero, en realidad, ninguna de ellas es transitable. Se podría decir que, en verdad, el Derecho administrativo sancionador no exige tal garantía. Sin embargo, dicha vía queda cegada por lo mucho (y muy bien) que el autor citado remarca la importancia de la clase de conocimientos de los que ahora hablamos en aquella rama del Derecho. Cabría precisar, entonces, que dicha garantía podría ser *abstractamente* razonable, pero que, sin embargo, razones de oportunidad (el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, por ejemplo) desaconsejarían adoptarlas y dados «los intereses en juego» cuando hablamos de sanciones administrativas, sería posible renunciar a ella. El problema, si hablamos de razones de oportunidad y no de fondo, es que la ponderación de los intereses en juego variaría cuando hiciéramos esa misma consideración en relación con el Derecho penal (en el que las razones de fondo seguirían presentes).

Cabría, por otro lado, mantener que debido a las distintas funciones de una y otra rama del ordenamiento, cada una de estas merecería *distintas* garantías. Eso podría ser cierto, pero seguiría sin explicar por qué una garantía más intensa en lo que al conocimiento de la ilicitud se refiere estaría presente en el sector que depara, en principio, sanciones menos gravesas y no en el otro. Parece difícil negar que, en los (pocos) casos en que las diferencias entre sanciones administrativas y penas son claras, uno y otro sector merezcan garantías diferentes. Lo que resulta difícil de imaginar es cuáles podrían ser esos criterios de asignación o distribución de garantías que hicieran que *precisamente esta* permaneciera en el ámbito administrativo y no en el penal⁵².

Los reparos, en definitiva y abandonando ya los argumentos que sugerentemente expone Londoño Martínez, que se suelen oponer a la traslación de la idea del *homo economicus* al Derecho penal no afectan a una concepción como la aquí expuesta, tributaria de la de Peñaranda Ramos. Y no lo hacen por una razón sencilla: en la medida en que la pena es un motivo complementario para cumplir la norma, no puede tener ningún aspecto instrumentalizador. No puede instrumentalizar el forzar al Estado a dar *más razones* que aquellas que

⁵² Sobre posibles criterios de asignación de garantías a distintas consecuencias jurídicas: PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, pp. 354-383.

(¿indudablemente?) no instrumentalizan, ni exigir para el castigo legítimo *algo más* de lo que ya se exige sin que tal sospecha pese también sobre la posición de los críticos (que se conforman con menos). *Quizás* el riesgo de instrumentalización exista en las concepciones puramente preventivo generales negativas, pero no es de ellas de las que estamos hablando.

IV. SEGUNDA CONSIDERACIÓN: LA VÁLVULA DE ESCAPE DE NINO AL DILEMA RETRIBUTIVO-PREVENTIVO

En su apasionante monografía «Los límites de la responsabilidad penal», Nino aborda de modo muy sugerente una gran multiplicidad de temas. Entre ellos destaca uno de singular importancia al que llega su autor mediante su enfrentamiento con lo que llamo aquí el «dilema retributivo-preventivo». Las limitaciones de espacio me imponen ahora simplificar groseramente su postura, por lo que remito a quien pueda estar interesado a la detenida lectura de la obra en cuestión.

Nino considera que la retribución no puede legitimar la pena, pero la prevención, como teoría de esta, comportaría también un riesgo cierto de instrumentalización del individuo, algo que le espanta y le lleva a tratar de articular «una teoría liberal del delito» (no otro es, de hecho, el subtítulo de la obra)⁵³. La salida que encuentra el autor es la del consentimiento del responsable del delito en que le sea impuesta la pena. Por supuesto, no cabe entender el consentimiento del autor como una suerte de «deseo» de ser castigado⁵⁴. Es perfectamente posible que el sujeto aspire a escapar de una pena que le repulsa y, sin embargo, en la concepción de Nino, la habrá consentido si sabía que era una «consecuencia normativa» inevitable de su obrar.

Queda todo mucho más claro en sus propias palabras: «[e]l individuo que ejecuta un acto voluntario –un delito– sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa»⁵⁵. El consentimiento aquí decisivo es el «referente a las consecuencias normativas del acto, o sea, en el caso de la pena, el consentimiento a asumir una sujeción jurídica a ella»⁵⁶, siendo intrascendente

⁵³ NINO, 1980, pp. 218 ss. *Vid.*, sobre ello, COUSO SALAS, 2006, pp. 407-409. Como apunta MAÑALICH RAFFO, *InDret*, 2024, p. 285, «Nino advierte, con máxima claridad, que su rechazo categórico de toda forma de retribucionismo de ninguna manera confiere sustento “positivo” a una justificación no-retribucionista de la punición».

⁵⁴ *Vid.*, para una propuesta de enorme interés de conciliar la idea de «asunción de la pena» con la de «libertad», COUSO SALAS, 2006, pp. 404-407.

⁵⁵ NINO, 1980, p. 233.

⁵⁶ NINO, 1980, p. 234.

que el sujeto la considere improbable o trate de evitarla, ya que «esto es tan irrelevante para su consentimiento como la actitud del jugador que tiene la intención de hacer trampas lo es respecto de su consentimiento a asumir la obligación de pagar la apuesta si pierde»⁵⁷.

Por supuesto, el «consentimiento» del autor en ser penado no subsana cualquier posible vicio previo: se requieren leyes justas y castigos «proporcionales»⁵⁸. Pero lo cierto es que, de nuevo en palabras de Nino, «[l]a justificación de la pena defendida en este trabajo descansa en el consentimiento a asumir una responsabilidad penal que va implícito en la comisión voluntaria de un delito sabiendo que la sujeción a una pena es una consecuencia necesaria de ella»⁵⁹.

Parece claro que en una concepción así el conocimiento de la pena aflora como una condición para el castigo legítimo⁶⁰. ¿Cómo consentir, en caso contrario, lo desconocido? Sin embargo, las cosas no son tan sencillas y el propio autor pretende desmentir que tal consecuencia derive efectivamente de su postura. Cuestión distinta es que sus razonamientos resulten convincentes, y es que su planteamiento en este punto ha sido justamente considerado como «inconsistente» entre otros por Mañalich⁶¹.

Sostiene Nino que «el conocimiento de las circunstancias fácticas exigido por el principio de asunción de la pena, debe limitarse sólo a las circunstancias mencionadas por la descripción del delito que son relevantes para la enantiotelidad de la acción [esto es: aquellas que el Derecho quiere prevenir] [...] sucede que el Derecho hace depender la pena, no solamente de que ocurran los hechos que la ley trata de prevenir, sino también de que acaezcan otras circunstancias que se exigen para la aplicación de una pena como cuestión de conveniencia, utilidad o equidad. Así, pues, es importante distinguir entre dos clases de condiciones jurídicas de la pena. Una de ellas está relacionada con la función de la pena de disuadir ciertos comportamientos dañosos [...]. La otra clase de condiciones es bastante diferente y se relaciona con la conveniencia de la penalidad misma [...]. Sería realmente extraño sostener que el agente deba conocer esta segunda clase de condiciones de la penalidad para que sea punible»⁶². Pero ¿es tan extraño? No, desde luego, si, como afir-

⁵⁷ NINO, 1980, p. 234.

⁵⁸ NINO, 1980, p. 242. Alaba MAÑALICH RAFFO, *InDret*, 2024, p. 286, «la rigurosidad con la que Nino advierte que el consentimiento prestado a través de la perpetración (“voluntaria”) de un delito es una condición necesaria, pero en ningún caso suficiente, para la justificación del castigo».

⁵⁹ NINO, 1980, p. 247.

⁶⁰ Así lo entiende también COUSO SALAS, 2006, pp. 409 y 486 ss.

⁶¹ MAÑALICH RAFFO, *InDret*, 2024, p. 289. En parecido sentido, FELGUERAS, *LyE*, 1989, p. 201.

⁶² NINO, 1980, pp. 340-341.

ma el propio Nino, lo que su concepción demanda «es más que una cierta actitud subjetiva respecto del acto delictivo cometido: requiere una actitud subjetiva respecto de la pena misma»⁶³. Más bien da la impresión de que al autor le asustan las consecuencias de sus planteamientos y trata, de forma poco convincente, de «relativizar drásticamente» la necesidad de conocer la punibilidad de la propia conducta⁶⁴.

Frente a la «aparente» contradicción, entiende Nino que «el principio de enantiotelidad permite una salida a este problema»⁶⁵. El consentimiento del sujeto de la pena sería independiente de «sus creencias acerca de la posibilidad de que la obligación sea ejecutada efectivamente contra él; esto se aplica tanto a la creencia de que la obligación no será hecha efectiva porque existe algún impedimento fáctico, como a la creencia de que no se la hará efectiva porque hay algún obstáculo legal para su ejecución; en ambos casos, las creencias erróneas del agente no impiden que quede sometido a esa obligación»⁶⁶. Pese a lo que manifiesta el mismo Nino⁶⁷, lo cierto es que no parece una solución coherente. Si lo decisivo es conocer que la pena es una «consecuencia normativa» del actuar, la equiparación del tratamiento de los «impedimentos fácticos» con los «obstáculos legales» resulta un tanto arbitraria. Son obvios los esfuerzos del autor del que hablamos por domeñar el potencial expansivo de su propuesta, pero lo cierto es que, al intentar embridarla, la ahoga tanto que ya no se diferencia realmente de otras. Si finalmente basta con que el sujeto conozca los elementos fácticos que el Derecho quiere prevenir, las diferencias entre esta concepción y aquella otra que se contenta con que el sujeto se haga cargo de que su conducta es simplemente antijurídica se difuminan enormemente. De nuevo con Mañalich: por estas y otras razones, en la construcción de Nino «no es posible eludir la conclusión de que una implementación consistente del principio de la asunción de la pena exigiría hacer del conocimiento de la ley penal que criminaliza el comportamiento que se imputa al agente una condición de la justa distribución del castigo»⁶⁸.

⁶³ NINO, 1980, p. 250.

⁶⁴ Así lo señala MAÑALICH RAFFO, *InDret*, 2024, p. 288, que celebra esa pulsión inhibitoria en Nino por compartir que la consecuencia sería «difícilmente plausible».

⁶⁵ NINO, 1980, p. 342. Ampliamente sobre dicho principio en el que aquí, pese a su importancia en la construcción de dicho autor, no puedo detenerme (NINO, 1980, pp. 324-334).

⁶⁶ NINO, 1980, p. 342.

⁶⁷ NINO, 1980, p. 346.

⁶⁸ MAÑALICH RAFFO, *InDret*, 2024, p. 289, que reprocha a Nino que conocer lo que la ley quiere prevenir (la enantiotelidad), que es con lo que este último se conforma, no es lo mismo que conocer que la ley pretende prevenirlo. Este autor, más correctamente de lo que yo hago aquí, trata específicamente la cuestión de la ilicitud penal, que yo mezclo ahora, por razones de espacio, con la del conocimiento de la punibilidad de la acción penalmente antijurídica, pues entiendo que la relevancia de ambas facetas en el

Es dudoso que el consentimiento del autor de la pena que le será impuesta deba desempeñar un papel tan importante, como lo es, también, que «consentimiento» sea el mejor término para expresar aquello a lo que Nino hace referencia⁶⁹. No lo es, sin embargo, que el hecho de que el autor pueda conocer las implicaciones que para él podrá tener su conducta legítima, en alguna medida, su imposición. Es igualmente cierto que, una vez que se abre esa puerta, es necesario ser cuidadoso acerca de cuáles son exactamente los extremos que se deben conocer. Nino, para no llegar a consecuencias que estima exageradas, termina por rebajar la existencia de auténticos impedimentos legales para que surja siquiera la posibilidad de castigo (por ejemplo, lo que hoy llamaríamos una «causa de exclusión de la punibilidad») a simples «obstáculos» (fácticos o legales) a su efectiva imposición. Degrada, así, a «mera expectativa» lo que puede ser una auténtica convicción jurídicamente fundada de impunidad.

A mi juicio, Nino hace bien en tratar de recortar el impacto de su tesis, pero lo hace de un modo exagerado por adoptar un camino equivocado. Es cierto que la confianza en no ser perseguido, por ejemplo, no puede dar lugar a la impunidad. Como no podría hacerlo, pongamos por caso, la expectativa de que, por la magnitud de la pena y las circunstancias del autor, el tribunal decidiera suspender la ejecución de la pena, o que el propio autor confiara aún en regularizar la cuota tributaria defraudada alcanzando así la impunidad por el delito fiscal cometido. Nino acierta al no trazar cesuras rígidas entre impedimentos «fácticos» y «legales», pero no concede importancia a una distinción transversal a esa otra: la diferencia entre expectativa/deseo y conocimiento⁷⁰. En los tres casos expuestos el sujeto sabe que su conducta puede ser legítimamente castigada por el Estado, simplemente desea (o confía en) que ello no suceda y hace bien Nino en descartar que, tras la comisión del delito, esta clase de expectativas merezca consideración alguna. Otra cosa es que si el sujeto cree (honestamente) desde un primer momento que el ordenamiento no le dispensará castigo alguno porque jurídicamente así *debe* ser, esta creencia no merezca atención si pensamos que la pena puede desempeñar un papel clave en la motivación del sujeto y, más todavía, si este debe consentirla para poder ser legítimamente castigado.

error de prohibición obedece a la misma razón. Si acierto con lo segundo, con mayor razón lo haré en lo primero.

⁶⁹ Que este término es mucho menos preciso de lo que parece lo evidencia CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2023, pp. 176 ss., pero, incluso prescindiendo de tales precisiones, no parece que el sentido en el que Nino lo emplea encaje fácilmente con los que antes acuden a la mente del lector.

⁷⁰ PUENTE RODRÍGUEZ, 2024a, pp. 234-235, en relación con el error sobre la punibilidad (como categoría dogmática), distinguiendo el tratamiento de causas de exclusión de la punibilidad y de causas del levantamiento o anulación de pena.

V. CONCLUSIONES

El espacio de que dispongo no me permite ya más que unas conclusiones telegráficas y unas últimas consideraciones acerca de ellas.

En primer lugar, parece difícil rechazar que en un ordenamiento jurídico liberal la lógica del *homo economicus*, con todos sus (muchos) defectos, encaja con facilidad y que en un orden jurídico de esta clase el Estado no se puede conformar con suministrar a sus ciudadanos directivas morales para el cumplimiento del Derecho por una razón de principio: admite que estos pueden *legítimamente* discrepar de tales juicios. Por ello, ha de acudir a algo cuya bondad o maldad no es, en el caso concreto, el objeto de disputa: la razón prudencial. Ello no implica dejar de tratar al ciudadano como agente moral; al contrario, supone tratarle como un agente moral más complejo, alguien a quien su moralidad le puede llevar a no converger con el Estado. La razón prudencial (la pena) respeta al agente como sujeto moral precisamente porque no pretende invadir moralmente a este⁷¹.

Creo, en definitiva, que la concesión de relevancia al error sobre la ilicitud penal (y, es más, aunque no pueda aquí discutirlo, también al que recae en la propia magnitud de la pena o en la punibilidad⁷²) es una consecuencia ineludible de la caracterización de nuestro orden jurídico como liberal (*aunque no solo de ello*). Cuestión distinta es que quizás debamos repensar las tan reiteradas, manidas y, en ocasiones, irreflexivas menciones que se hacen al carácter liberal de nuestro ordenamiento jurídico⁷³. No deja de ser llamativo cómo en España, que es lo que mejor conozco, una Academia penal que en muy pocos de sus sectores se definiría políticamente como liberal no tenga gran empacho en decir, a la vez, que el Derecho penal es una manifestación de la política y que el modelo de Derecho penal (¡y de política criminal!) que debemos defender es, precisamente, el liberal⁷⁴.

⁷¹ Vid., en esta línea, BACIGALUPO ZAPATER, 1983, p. 164; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 238; y HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, p. 587.

⁷² Vid., al respecto, PUENTE RODRÍGUEZ, 2024a, pp. 227-243. Cfr. acerca de lo primero, sin embargo, COUSO SALAS, 2006, p. 491.

⁷³ En los últimos tiempos se han hecho algunos importantes esfuerzos destinados a impugnar el peso del liberalismo en el Derecho penal. Puede apreciarse con claridad, por ejemplo, en SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 1/74-101, aunque el planteamiento aflora, claro, en toda la obra. También resulta de interés el razonamiento, mucho menos radical, de DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 344-350. Yo mismo confío en poder publicar este mismo año, desde otras bases, una cierta crítica al «Derecho penal liberal».

⁷⁴ Por eso son interesantes las precisiones que, sustentadas en la idea de un «Estado social» y no solo «liberal», hace en alguna ocasión PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 217-218, al hilo del debate sobre la eutanasia. Vid. también, en una línea similar, MARTÍNEZ SANROMÀ, *InDret*, 2025, pp. 339-341.

Por otro lado, la tesis defendida en este trabajo (la relevancia sobre el error acerca de la ilicitud penal) no conduce, pese a los evidentes reparos de Nino, a resultados insatisfactorios ni a cambios demasiado drásticos, como han puesto de manifiesto muy convincentemente Felip i Saborit o Hernández Basualto⁷⁵. En definitiva, la defensa de esta tesis nos permitiría llegar a soluciones más justas en algunos casos y no nos llevaría a un mundo de generalizadas consecuencias absurdas como, a veces, se señala. Es cierto, en cualquier caso, que es preciso afinar la tesis. Decir que el error sobre la pena debe ser relevante, como hago, mantiene todavía la incógnita de qué es errar sobre la pena. Lo percibía con nitidez el propio Nino cuando afirmaba que «si admitimos que pueden existir algunas condiciones positivas o negativas de la pena que el agente no tiene por qué conocer o descuidar, para ser punible, necesitamos algún criterio objetivo para distinguirlas»⁷⁶. A mi juicio, ese criterio debe ser el de si el sujeto sabía que el ordenamiento jurídico estaba legitimado para imponerle un castigo de cierta magnitud con independencia de que el sujeto deseara/confiara o tuviera la expectativa de que, por cuestiones de hecho o de Derecho, finalmente pudiera evitarla. El autor de un delito tiene derecho a no ser castigado más allá de lo que puede prever, no un derecho a que le salga bien una apuesta.

VI. CODA

Decía al comienzo de estas páginas que para Steiner las conjeturas o problemas no resueltos eran el «obsequio decisivo» que el Maestro hacía a sus discípulos. Sin negar la importancia que esto tiene (y siendo consciente de lo muchísimo que me he beneficiado de ello), creo que se equivoca.

A mi juicio, el obsequio decisivo que un Maestro hace a su discípulo es el de la deuda impagable. Del Profesor Peñaranda escribí en los agradecimientos de mi tesis que era «uno de mis mayores acreedores» y que trataría de menguar mi deuda, siendo consciente de que el último interesado en que lo intentara siquiera sería el propio Enrique. ¡Pobre de mí! ¡No entendía nada! Lo que Enrique ha hecho por mí, sencillamente, no puedo pagárselo. Las deudas que nunca podremos pagar son el verdadero regalo. El sentimiento de gratitud que esto genera, sin embargo, debe canalizarse y ser fecundo; no se trata sen-

⁷⁵ Vid., al respecto, FELIP I SABORIT, 2000, pp. 119, 123 y 128-129; y HERNÁNDEZ BASUALTO, 2023, pp. 599-600.

⁷⁶ NINO, 1980, p. 112.

cillamente de disfrutarlo de modo complaciente. No puedo devolverle a Enrique lo que ha hecho por mí, pero puedo dárselo a otros. Sé que eso hará feliz a Enrique: saber que lo que nos regala lo recibirán también, mediatamente, otros. La rueda no para y tenemos el deber de ser buenos engranajes de una máquina superior a nosotros mismos. Ese debe ser, creo yo, el compromiso del discípulo: intentar seguir siempre el ejemplo del Maestro cuando se tenga ocasión para ello. Conseguirlo, seguramente, me resulte imposible, pero como ha dicho la mejor doctrina: «el esfuerzo no se negocia».

Enrique, no quiero empalagar (más), aquí me quedo, atento siempre a lo que venga de ti porque de ti he aprendido, aprendo y aprenderé (tanto como mi capacidad permita). ¡Gracias por todo!

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Delito y punibilidad, Madrid, 1983.
- BUCHHALTER MONTERO, Brian: *El error sobre el ámbito de aplicación del Derecho penal*, Política Criminal, vol. 20, núm. 40, 2025, pp. 520-534.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos: *¿Violaciones por engaño?*, InDret, núm. 3, 2023, pp. 171-220.
- CASTILLO ARA, Alejandra: Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht, Berlín, 2019.
- COUSO SALAS, Jaime: Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad, Valencia, 2006.
- DE LA FUENTE CARDONA, Francisco: La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa, Madrid, 2025.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: El error sobre elementos normativos del tipo penal, Las Rozas (Madrid), 2008.
- *Peculiaridades del error en el Derecho penal económico*, en 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, Madrid, 2018, pp. 119-152.
- *Supuestos de error en Derecho penal de empresa*, en El principio de responsabilidad penal por el hecho, Madrid, 2024, pp. 217-231.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila: Delimitación entre error de tipo y de prohibición, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- FELGUERAS, Santiago: *Relevancia del error de punibilidad*, Lecciones y Ensayos, núm. 53, 1989, pp. 185-204.
- FELIP I SABORIT, David: Error iuris, Barcelona, 2000.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: Tratado de los Delitos Contra la Hacienda Pública y Contra la Seguridad Social, Valencia, 2018.
- GRECO, Lluís: Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, (trad.: Paola Dropulich, y José R. Béguelin), Madrid, 2015.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: *Objeto del conocimiento potencial de la antijuridicidad y error de prohibición*, en Libro Homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder, Valencia, 2023, pp. 579-607.
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando: *Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio*, Revista de Derecho, vol. XXVII, 2014, pp. 147-167.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Lecciones de Derecho penal. Parte General, 4.^a ed., Valencia, 2025.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Liberalismo, punibilidad y consentimiento. La filosofía jurídico-penal de Carlos Santiago Nino*, InDret, núm. 2, 2024, pp. 267-307.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: El error en la teoría jurídica del delito, Valencia, 2017.
- MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol: *La inducción al suicidio*, InDret, núm. 3, 2025, pp. 317-366.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: Antijuridicidad penal y sistema del delito, 3.^a ed., Buenos Aires, 2021.
- *¿Prevención positiva mediando pena?*, en Liber amicorum en homenaje a Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Madrid, 2023, pp. 461-486.
- NEUMANN, Ulfried: *Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)*, Juristische Schulung, 1993, pp. 793-799.
- (§ 17 StGB), en Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5.^a ed., Baden-Baden, 2017, pp. 841-893.
- NIETO MARTÍN, Adán: El conocimiento del Derecho, Barcelona, 1999.
- NINO, Carlos Santiago: Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires, 1980.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: El error de prohibición, Las Rozas (Madrid), 2007.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, Doxa, núm. 23, 2000, pp. 289-322.
- *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, núm. 2, 2001, pp. 401-442.
- *La pena: nociones generales*, en Introducción al Derecho penal, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 255-294.
- *Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros*, en La eutanasia a debate, Madrid, 2021, pp. 199-242.
- *Prisión permanente revisable, merecimiento, proporcionalidad y legitimidad de las penas*, en Liber amicorum en homenaje a Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Madrid, 2023, pp. 549-570.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen: *La (problemática) delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, en Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, 2025, pp. 103-137.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso, Madrid, 2021.
- El error de prohibición en el Derecho penal económico, Barcelona, 2024a.

- *Sobre el objeto de la conciencia de la antijuridicidad: Feuerbach, Binding, el liberalismo y la teoría jurídica del delito*, Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 38, 2024b, pp. 61-92.
- RODENBECK, Julian: *Die Berufung auf einen Verbotsirrtum als Schutzbehauptung*, Baden-Baden, 2012.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel: *Comportamiento humano y pena estatal*, Madrid, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Derecho penal. Parte general*, Las Rozas (Madrid), 2025.
- STEINER, George: *Lecciones de los Maestros*, (trad. María Condor), Madrid, 2020 (or. 2003).
- TORRES CADAVID, Natalia: *La responsabilidad penal del asesor fiscal*, Valencia, 2019.
- VON HIRSCH, Andrew: *Censurar y castigar*, (trad. Elena Larrauri), Valladolid, 1998 (or. 1993).

22. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES DE AUDITORÍA

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE
Ex Fiscal General del Estado. Abogado
MIGUEL LOYA
Abogado

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORMADA SEGÚN EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

La LO 1/2015, de 1 de julio de reforma del CP, introdujo cambios sustantivos en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas configurada en los artículos 31 bis, Ter, Quater y Quinquies del mentado texto legal penal.

Básicamente esa responsabilidad penal de los entes jurídicos se articulaba a través de un sistema de autorías diseñado en el artículo 31 bis 1 a y b CP que, nuestro juicio, combinaba un neto sistema de atribución vicarial, ex artículo 31 bis 1 a, no muy alejado del tradicional sistema prevenido en el artículo 31 CP para los administradores de hecho y derecho, y otro en el artículo 31 bis 1. B CP, en el que en aquella base vicarial se introduce un elemento nuevo como es el de *la realización de los hechos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas la circunstancias concretas del caso*, que parece pudiera abrir la puerta a un sistema de «autorresponsabilidad» de la persona jurídica.

La mayor novedad de la mentada reforma operada en 2015 era la introducción de un sistema de posibles exenciones y atenuaciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas atendiendo a la implementación de un *sistema de modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*, tal y como se establece en los artículos 31 bis, 2, 3, 4, 5 y 31 bis quater CP.

Al hilo de ello y desde el mismo momento en que se suscitó el abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, quedó claro que el campo de batalla se iba a suscitar en torno a la naturaleza y consecuencias tanto sustantivas como procesales de ese elemento atinente a los modelos de *organización y gestión*. Que la cuestión era polémica se reveló desde el primer instante con una Sala en Pleno dividida prácticamente en dos mitades.

La primera de las sentencias que dilucidó la cuestión fue la STS 154/2016, de 29 de febrero, en la que se afirmaba sin ambages que «el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.»

Esta afirmación supone que tras la constatación de la existencia de un delito cometido por una persona física integrada en la persona jurídica, el sistema instaurado por el CP para atribuir responsabilidad penal a ésta se basa *en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización*. Con ello se niega la primacía del elemento vicarial, sin negar su presupuesto de base, en esa construcción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto es, que esa responsabilidad de la persona jurídica no proviene de la actuación delictiva de las personas físicas que ejecutan la acción delictiva en su representación y beneficio, sino de la existencia o inexistencia, eficiencia o ineficiencia de aquellos sistemas de organización y control que debe implementar dicha persona jurídica.

Haciendo énfasis en ello, esa STS 154/2016, afirmaba que «[...] la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [...] ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido po-

sible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

Quedaba con ello consagrada la primacía de un elemento de organización y control de las actividades de la persona jurídica dirigidas a prevenir la posible comisión por las personas físicas de los delitos que pudiera cometer aquella. Más que fijarse en dichos sistemas de organización y control, la Sala se fija en una idea de filosofía subyacente a los mismos y expresada como *la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran*.

La inevitable consecuencia era determinar cuál fuera la naturaleza de esos modelos de control y organización y a ese respecto la Sala indica que: «Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual artículo 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.»

II. LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO CORPORATIVO

A la luz de esa construcción legal, la jurisprudencia de la Sala 2.^a de lo Penal del Tribunal Supremo (TS), con ciertos vaivenes en algunos puntos clave, ha venido construyendo lo que denomina *delito corporativo*, esto es, cómo y de qué manera puede exigirse responsabilidad penal a las personas jurídicas.

La clave radica, en primer lugar, en establecer una nítida distinción entre la responsabilidad penal exigible a los sujetos contemplados en los supuestos de autoría determinados en el artículo 31 bis 1, a y b CP por la comisión de hechos tipificados como delitos, respecto de la responsabilidad penal atribuible a una persona jurídica a la luz del catálogo de delitos, que es de *numerus clausus*, establecido a lo largo de la enumeración de delitos del Libro II del CP.

Todo ello, por cuanto la mentada jurisprudencia ha tenido claro que el sistema de autorresponsabilidad de la persona jurídica significa su autonomía respecto del de las personas físicas, ex artículo 31 bis 1 a y b CP, autores de los hechos delictivos típicos. En este sentido baste citar las SSTs 455/2017, de 21 de junio, 742/2018, de 7 de febrero.

Conviene no olvidar a este respecto cómo el artículo 31.1 Ter CP dispone que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.»

La STS 165/2020, de 19 de mayo, prevé, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 ter, la posibilidad de aplicar la responsabilidad de las personas jurídicas incluso aun cuando no se hubiera exigido la de las personas físicas en los términos del mentado precepto: «Lo que se describe en tal precepto es el sistema bidireccional o acumulativo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de tal modo que tal responsabilidad es posible aunque no se exija la responsabilidad de la persona física, bien porque no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Ya se ha declarado así en la STS 742/2018, de 7 de febrero de 2019.»

En definitiva, lo que la jurisprudencia del TS ha dejado claro es que no es posible establecer en cuanto a la posible responsabilidad de una persona jurídica un extravagante litisconsorcio pasivo entre las personas físicas que ejecutan la acción típica y la persona jurídica. Por todas STS 455/2017, de 21 de junio.

El conjunto normativo respecto de la concurrencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica se integra por todo el conjunto de elementos, de muy variado carácter, diseminados en el artículo 31 bis 1 ss. CP. Así la STS 193/2024, de 8 de abril, los fija en Fundamento Jurídico (FJ) Cuarto de esta manera: «La responsabilidad penal de una persona jurídica además de un elemento nuclear positivo (comisión de un delito por quien actúa como directivo o empleado del ente) (i), otro normativo (que se trate de uno de los delitos en que está prevista esa posible responsabi-

lidad) (ii) y otro negativo (que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado para la actuación delictiva del agente) (iii), reclama un elemento accesorio que es pieza imprescindible: el delito, objetivamente considerado y con independencia del móvil del agente, ha de redundar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (iv).»

De todos ellos, el elemento nuclear del denominado delito corporativo es el elemento negativo relativo a la existencia e implantación de un sistema eficiente de organización y gestión, de cumplimiento o *compliance*.

En esa mentada STS 193/2024 y en ese mismo FJ Cuarto se afirma al respecto que: «Se trata de un elemento negativo, lo que, al margen de cuál sea su naturaleza, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras, que la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa. Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento; como, sin que se quiera extremar la analogía que, deliberadamente, es un tanto hiperbólica, tampoco se detecta inconveniente alguno en, a pesar de no contar con ninguna prueba o informe ad hoc, considerar imputable al acusado de un delito, cuando no existe el más mínimo indicio de un padecimiento psíquico, ni su defensa ha alegado nada al respecto. No podrá quejarse por haberse burlado su derecho a ser informado de la acusación en tanto en los escritos de acusación se omitía cualquier mención a su imputabilidad. Esta forma de razonar no supone invertir la carga de la prueba».

En mi opinión, no puede afirmarse, sin más, que esta importante STS se aparte absolutamente de lo acordado hasta ese momento en casi constante jurisprudencia de la Sala desde las SSTS 154/2016 y 221/2016. Dicha jurisprudencia venía considerando a esos planes de cumplimiento como *elementos negativos el tipo penal* cuya acreditación procesal, por ende, correspondía a las acusaciones. La mera lectura en esta sentencia de cuáles sean los elementos integrantes del denominado delito corporativo, deja claro que concurre *otro negativo (que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado para la actuación delictiva del agente)*, si bien elude definir cuál sea su naturaleza. Lo que sí concluye esta sentencia, y en ello se aparta razonadamente de las SSTS citadas de referencia, es en un aspecto procesal. Aquellas afirmaban que de la concurrencia del mentado elemento negativo se deducía la obligación de probanza por las acusaciones, mientras que en la STS 193/2024, se exige dicha probanza a la

defensa, negando efecto a su ausencia de alegación a la existencia de dichos planes de cumplimiento¹.

Pero en lo que la jurisprudencia se ha mantenido constante es en nuclear el delito corporativo alrededor de esa exigencia de los planes de cumplimiento. Es obvio que, a su vez, como hemos visto más arriba, se hace preciso que, junto a la atribución de un hecho delictivo típico de los que se pueden atribuir a la persona jurídica, los autores de los mismos cumplan las relaciones de representación o destino prevenidas en el artículo 31 bis 1 a y b CP y, que se produzca, como consecuencia de esa actuación vicarial, un beneficio para la entidad jurídica.

La razón, por tanto, para atribuir responsabilidad a una persona jurídica se centra en que los autores y la acción delictiva se ha producido como consecuencia de la inexistencia o ineficiencia del plan de cumplimiento en el modelo de gestión, organización y control. Obviamente, del mismo modo es preciso conectar, probatoria y argumentalmente, la acción típica delictiva con ese déficit en el plan de cumplimiento, como hemos visto en la cita jurisprudencial recogida *supra*.

Aunque haya un vivo debate doctrinal, que se trasladó a una Sala 2.^a muy dividida ante la cuestión (como lo evidencian las STS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, y sus respectivos votos particulares), sobre si el sistema implantado por nuestro CP es de tipo vicarial, esto es, que la responsabilidad penal de la persona jurídica funge en atención a los autores físicos del delito que *transfieren* la responsabilidad a aquella, o si ésta posee una autonomía de culpabilidad aneja basada en una autorregulación basada en el plan de cumplimiento, con triunfo de esa última opción (de la que discrepa la STS 293/2024, de abril), lo cierto es que en uno u otro caso la exigible e inexcusable intersección entre los delitos cometidos y el plan de cumplimiento sitúa a éste en el centro del debate.

Al fondo del debate, e incluso en las tensiones jurisprudenciales, late la perspectiva, extremadamente peligrosa en términos de legalidad, de transformar todo en una suerte de *responsabilidad penal objetiva*, carente de encaje constitucional, ex STC 76/1990, de 26 de abril, de la persona jurídica siempre que en su actuación se produzca un hecho típico delictivo y que en consecuencia de forma automática o semiautomática se le atribuya dicha responsabilidad

¹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, examina con extraordinaria lucidez la relación entre atipicidad y justificación en la doctrina de los elementos negativos el tipo, en el Capítulo 18, epígrafes 46 a 55, pp. 1350-1355, en especial cuando distingue entre las tres clases de delitos respecto del núcleo de los delitos *mala in se*, *periferia de los delitos mala in se* y *mala quia prohibita*, epígrafes 52-55, pp. 1353-1355, que, en mi opinión, arroja luz sobre el problema que examinamos.

penal. Ello supondría negar uno de los vectores del principio de legalidad, que es el *principio de responsabilidad por hechos propios*, tal y como recoge la STC 270 /1994, de 17 de octubre, rechazando el *derecho penal de autor*. Afirmación que ya aparecía en la STC 150 /1991, de 4 de julio, que lo afirma sin ambages como un principio estructural básico del derecho penal. Aunque se discuta doctrinalmente su ubicación constitucional, me parece indiscutible que algunos de los efectos de la denominada *responsabilidad penal objetiva o por el resultado*, que inciden directamente en el principio de culpabilidad penal personal, puedan ubicarse en el principio de legalidad.

Ello, además, supondría un muy grave daño al principio de culpabilidad personal, que es parte esencial del principio de legalidad ex artículo 25.1 CE, y especialmente en el artículo 5 CP, que exige para la imposición de una pena la existencia de dolo o culpa. Ya al frente de las decisiones del TS en esta materia se encuentra la STS 514/2015, de 2 de septiembre que dejó claro que cualquier pronunciamiento condenatorio de la persona jurídica, al igual que los de la persona física, debe estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal, lo que se ratificó en las SSTS 154 y 221/2016, con extensión expresa a las garantías constitucionales de derechos fundamentales como las penas con todas las garantías, etc.

En ello está, y de manera constante, la exigencia de la jurisprudencia acerca de la necesidad de anudar argumental y probatoriamente que el hecho típico delictivo se ha producido como consecuencia de que la persona jurídica no tiene modelo de gestión, organización y control de los riesgos (o es ineficiente), que atendida a la naturaleza de su actividad profesional se conecta a su vez con el tipo de delito que se ha producido. Si no se exigiera, primero, la importancia nuclear de ese plan de cumplimiento y, en segundo lugar, se estableciera, la mentada conexión entre el mismo y el delito atribuible, la realidad de una responsabilidad objetiva de la persona jurídica sería alarmante y contraria al principio de legalidad, ex artículo 25.1 CE, explicitado penal y sustantivamente en los artículos 1.1 y, 5 y 10 CP. Muy especialmente cuando advierte, como hemos visto, que no hay pena y, en definitiva, delito sin *dolo ni imprudencia* y que *son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*.

Nos adentramos, pues, en el corazón de la doctrina del delito, con las categorías clásicas de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que forman parte central de ese principio de legalidad. La motivación es, en este campo, extremadamente exigente. Conviene no olvidar que su fuente directa reside en el artículo 120. 3 CE, y ello nos lleva al terreno del derecho a la tutela judicial efectiva en su formulación del derecho a la motivación de las resoluciones

judiciales de conformidad con lo prevenido en el artículo 24.1 CE. En tal sentido, no pueden admitirse expresiones puramente apodícticas o argumentalmente banales. Se hace necesario establecer con claridad y precisión la existencia o inexistencia de un plan de cumplimiento en el seno de la persona jurídica, así como su alcance en el mapa de riesgos y sus sistemas de control y responsabilidad. Tampoco puede quedar el examen de la existencia o ineficiencia de aquellos planes de cumplimiento en un plano general o teórico, sino que la propia norma penal, y la mentada exigencia del principio de legalidad como derecho fundamental y vértebra de la normativa penal sustantiva precisan su alcance de manera muy específica, al menos en su marco general, tanto en el artículo 31 bis. 5, al diseñar la estructura de los planes de cumplimiento, como en el artículo 31 bis 2 CP, al establecer la concurrencia de dicho plan como posible exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y, a su vez en el artículo 31 quater respecto de la atenuación de dicha responsabilidad.

Añádase a todo ello el examen de las circunstancias que concurren en el caso concreto, habida cuenta del posible marco legal o regulatorio de su actividad, del tipo o naturaleza de la persona jurídica en cuestión, sus actividades profesionales y su estructura interna.

Ya el Tribunal Constitucional en su STC 89/1993, de 12 de marzo, advertía de que había que tener en cuenta «el contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada dentro de la cual adquieren sentido y significación propia – también en el ámbito penal – cada uno de los preceptos singulares». Un contexto que debe localizarse «en virtud de conceptos lógicos, técnicos o de experiencia» (STC 151/1997).

Todo ello hay que conectarlo con el hecho delictivo, con sus elementos típicos, que se imputa a la persona jurídica, la autoría, fáctica y típica, de los roles determinados en el artículo 31 bis 1 a y b CP, y el resultado, si lo hubiera, de los hechos típicos.

La construcción dogmática del elemento negativo del delito corporativo, que, como hemos visto, no es otro que la existencia o inexistencia, la eficiencia o la ineficiencia del modelo de cumplimiento, implica necesariamente una ponderación reflexiva de cómo operan sobre ese modelo de cumplimiento los elementos y conceptos inherentes al derecho penal en cuanto a la conceptualización general, básicamente el principio de legalidad penal, en especial la comisión dolosa o imprudente, tal y como exigen los artículos 5 y 10 CP, así como los elementos de los delitos, como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, claramente conectados con aquél. Nada de ello pue-

de quedar ausente o minimizado en la construcción del delito corporativo ya que, como hemos visto, la STS 514/2015, de 2 de septiembre así lo establecía y requería.

En tal sentido, el principio de legalidad en relación con la necesidad de la concurrencia de dolo o imprudencia, presupone que en cada caso que afecte a una persona jurídica deban tenerse en cuenta, como hemos anticipado más arriba, las específicas regulaciones normativas o estatutarias que estuvieran previstas legalmente, unas normas que formarán parte de las fronteras de legalidad que, amén de las generales, puedan afectar a la persona jurídica, a la hora de diseñar el plan de cumplimiento exigido penalmente.

De igual manera la tipicidad, en cuanto a ese elemento negativo del delito corporativo, vendrá exigida por la necesaria relación que, a posteriori, una vez ejecutada la acción típica por los sujetos físicos prevenidos en el artículo 31 bis.1 a y b CP, se establezca respecto de esa acción que debe desembocar en un resultado típico de los catalogados como tales en el Libro II del CP para con la persona jurídica y que conlleven un resultado beneficioso para la misma. Ambos extremos, acción típica y resultados deberán ser enfrentados con ponderación y proporcionalidad respecto de lo prevenido en el plan de cumplimiento expresado, entre otros extremos en el mapa de riesgos y los órganos de supervisión y control establecidos en el mismo.

Finalmente en cuanto a la antijuricidad y culpabilidad atribuibles a la persona jurídica en la construcción del delito corporativo, de nuevo debe entrar en juego la ponderación reflexiva acerca de si por parte de la persona jurídica, en atención a esas circunstancias concretas atinentes a su naturaleza jurídica, regulación normativa y estructura interna, se ha llevado a cabo la representación de esas realidades frente a la asunción de riesgos y control de los mismos que exige, entre otros alcances, un plan de cumplimiento.

De no hacerse así, de un lado, se ignora lo prevenido en el artículo 31 bis ss. del CP, así como la jurisprudencia que obra al respecto, y de otro lado, como hemos visto, se pondría en peligro la concurrencia de derechos fundamentales tan exigentes como los atinentes al principio de legalidad ex artículo 25.1 CE y el de motivación de las resoluciones judiciales, en el seno del derecho a la tutela judicial efectiva ex artículos 24.1 CE, y siempre, con la perspectiva del artículo 120.3 CE.

No puede ignorarse como indica Rodríguez Mourullo con cita a Silva Sánchez que «la sistemática asentada sobre las categorías de la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, presentes desde el momento en el que se logra un sistema completo (el sistema clásico) alternativo a las “teorías de la imputación” dominantes hasta la mitad del siglo XIX, al hilo de la propia

reflexión relativa a la conformación del Estado como Estado de Derecho, no se ha visto afectada en lo fundamental»².

Más adelante afirma también que lo que corresponderá a la labor del TC no será entrar a debatir construcciones dogmáticas en torno a la concepción analítica del delito, sino a «velar a que en la consideración de un comportamiento como tal no se vulneren los esenciales valores de seguridad jurídica, libertad, justicia y dignidad de la persona, ni los fundamentales principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad que encauzan esos valores»³.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS SOBRE EL JUICIO DE LOS AUDITORES DE LAS SOCIEDADES DE AUDITORÍA

1. Configuración legal del juicio profesional del auditor

La Exposición de Motivos de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (LAC), concibe la auditoría de cuentas como una actividad de interés público en atención a la existencia de un amplio conjunto de personas e instituciones que confían en la actuación del auditor de cuentas, toda vez que su correcta y adecuada ejecución contribuyen al correcto funcionamiento de los mercados.

Según el artículo 8 de la LAC, pueden realizar la actividad de auditoría de cuentas las personas físicas o jurídicas que, reuniendo determinadas condiciones, figuren inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC). En los casos en los que la auditoría de cuentas se realice por una sociedad de auditoría, ésta deberá designar uno o varios auditores principales responsables de realizarla. En tales supuestos, «la dirección y firma de los trabajos de auditoría» corresponderá al auditor, y no a la sociedad que lo haya designado, tal y como prevé el artículo 11 de la LAC.

En el ejercicio de su actividad, el auditor de cuentas está sometido a múltiples y complejas exigencias entre las cuales se encuentra, conforme al artículo 13 de la LAC, la consistente en «aplicar su juicio profesional», entendiendo por ello la aplicación competente, adecuada y congruente con las circunstancias que concurren de su formación práctica, conocimiento y expe-

² RODRÍGUEZ MOURULLO, 2002, p. 20, citando a SILVA SÁNCHEZ, 1991, p. 13.

³ RODRÍGUEZ MOURULLO, *ibidem*, p. 21.

riencia según las normas de auditoría, de ética y conforme al marco normativo de información financiera que resulten de aplicación para la toma de decisiones.

Precisamente como medida para garantizar el respeto a su juicio profesional, una de las obligaciones que con más intensidad se proyectan sobre los auditores de cuentas es la de mantener su independencia en relación con la revisión y verificación de las cuentas anuales, los estados financieros y otros documentos contables, hasta el punto de exigírseles abstenerse de actuar cuando la misma pueda verse comprometida, tal y como establece el artículo 14.1 de la LAC.

Como es evidente, esta exigencia de total independencia del auditor pasa por garantizar que el mismo pueda expresar libre y autónomamente su juicio profesional. De lo contrario, es decir, si una sociedad de auditoría que designa a un auditor y le atribuye la dirección y firma de los trabajos pudiera de algún modo condicionar su opinión, el principio general de independencia, que, en palabras de la Exposición de Motivos de la LAC, «constituye el pilar fundamental en el que reside la confianza que se deposita en el informe de auditoría», decaería automáticamente.

Tanto es así que, de hecho, ya en su día el artículo 24 de la Directiva 2006/43/CE, quiso proteger la independencia de los auditores respecto de las sociedades de auditoría al prohibir que los propietarios o accionistas de éstas, así como los miembros de sus órganos de administración, gestión o de supervisión, intervinieran en la realización de una auditoría legal de cualquier forma que pudiera comprometer la independencia y objetividad del auditor encargado de realizar la auditoría legal en nombre de la sociedad de auditoría. Esta prohibición se encuentra incluida de forma prácticamente idéntica en el artículo 28.2.a) de la LAC.

En definitiva, tanto la sociedad de auditoría como el auditor firmante del informe deben ser independientes y actuar con escepticismo profesionales, lo que supone un doble refuerzo en beneficio de la especial función de interés público que conlleva la auditoría legal de cuentas. De acuerdo con ello, y sin perjuicio de lo que seguidamente se expondrá, en el ejercicio de su actividad profesional el auditor de cuentas debe gozar de autonomía de juicio profesional, pues sólo de esa forma podrá ser independiente, de modo que no cabe que su criterio técnico se vea condicionado por factor externo alguno que afecte a su objetividad.

2. El contrapunto del control de calidad de los encargos

La independencia o autonomía de criterio profesional a la que acabamos de referirnos no implica, sin embargo, que la sociedad de auditoría sea absolu-

tamente ajena al trabajo de auditoría del socio responsable, pues su trabajo debe someterse a la revisión de calidad del encargo prevista en la normativa aplicable. El artículo 28.2 de la LAC dispone que los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría: «(...) implantarán un sistema de control de calidad interno que garantice la calidad de la auditoría de cuentas de conformidad con lo establecido en las normas de control de calidad interno a las que se refiere el artículo 2».

Dicho sistema de control de calidad debe incluir, entre otros elementos, las políticas y procedimientos apropiados para la realización de los trabajos de auditoría de cuentas, así como su supervisión y revisión [apartado c)].

La revisión de calidad del encargo legalmente exigida (que habrá de llevarse a cabo a través del sistema de control de calidad de cada sociedad de auditoría y realizarse antes de la firma del correspondiente informe de auditoría) no implica que la autonomía e independencia de criterio profesional del socio auditor firmante, en tanto que «auditor principal responsable» del encargo de auditoría, se vea menoscabada.

Ello es así, en primer lugar, porque, como aclaran las normas de control de calidad aplicables, la revisión del control de calidad de un encargo no exige la supervisión de todos y cada uno de los procedimientos desarrollados en el trabajo de auditoría ni de cada decisión adoptada con arreglo al juicio profesional del equipo de auditoría del encargo. El punto 8 de la Norma Internacional de Gestión de la Calidad, sobre revisiones de la calidad de los encargos (NIGC 2-ES), adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del ICAC de 11 de abril de 2024, dispone a este respecto que «la revisión de la calidad del encargo es una evaluación objetiva de los juicios significativos aplicados por el equipo del encargo y de las conclusiones alcanzadas por éste. [...] Sin embargo, una revisión de la calidad del encargo no pretende ser una evaluación de si todo el encargo cumple las normas profesionales y los requerimientos legales y reglamentarios aplicables o las políticas o los procedimientos de la firma de auditoría.»

Por tanto, la revisión de calidad no abarca todos y cada uno de los procedimientos desarrollados por el equipo del encargo o las conclusiones alcanzadas, sino que se plasma sobre los juicios significativos del equipo del encargo en aplicación de su criterio profesional. El apartado 9 de la NIGC 2-ES realiza algunas aclaraciones adicionales que corroboran lo anterior: A) «El revisor de la calidad del encargo no es un miembro del equipo del encargo»; B) «La realización de una revisión de la calidad del encargo no cambia las responsabilidades del socio del encargo de gestionar y alcanzar la calidad del encargo o de dirigir y supervisar a los miembros del equipo del encargo y revisar su

trabajo»; y C) No se requiere que el revisor de la calidad del encargo obtenga evidencia para fundamentar la opinión o la conclusión del encargo.

En el supuesto de que, en el marco de dicha revisión, el revisor de calidad (cuya actuación también se rige por los principios de independencia y escepticismo profesional) mantuviera cualquier discrepancia, la misma deberá discutirse con el socio responsable del encargo a fin de que pueda resolverse, pero sin que en ningún caso resulte admisible cualquier injerencia en su criterio profesional o imposición coactiva para lograr variar dicho criterio.

El apartado 26 de la NIGC 2-ES aclara que, si tras notificar reservas acerca de los juicios significativos aplicados o las conclusiones alcanzadas por el equipo del encargo, las mismas no se resuelven, el revisor de la calidad «notificará a la persona o personas adecuadas de la firma de auditoría que no se puede finalizar la revisión de la calidad del encargo». Sin embargo, no establece mecanismo alguno para que pueda imponerse una modificación del juicio significativo aplicado por el equipo del encargo ni, por tanto, del juicio profesional del socio firmante. Es más: A) el apartado A82 de la NIGC 1-ES plantea como posible forma de resolver las diferencias de opinión la realización de «consultas a otro profesional ejerciente u a otra firma de auditoría, o a un organismo profesional o regulador» en algunas circunstancias; B) también la Norma Internacional de Auditoría NIA-ES 220 Revisada, sobre control de calidad de la auditoría de estados financieros, adoptada en España mediante Resolución del ICAC de 20 de abril de 2022, prevé en su apartado 37 que «si surgen diferencias de opinión dentro del equipo del encargo, o entre el equipo del encargo y el revisor de la calidad del encargo o las personas que realizan actividades dentro del sistema de gestión de la calidad de la firma de auditoría, incluidas las personas a las que se consulta, el equipo del encargo seguirá las políticas o los procedimientos de la firma de auditoría para tratar y resolver dichas diferencias de opinión».

IV. APLICACIÓN DE LA ESTRUCTURA Y NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES DE AUDITORÍA AL DELITO CORPORATIVO

La regulación normativa específica que acabamos de exponer y que determina el funcionamiento de las sociedades profesionales de auditoría, en especial con los socios de las mismas a los que se atribuyen funciones de elaboración de informes, obliga a examinar esa regulación normativa y ponderarla en relación con la construcción del delito corporativo tal y como lo hemos estudiado más arriba y, especialmente, con el nuclear elemento negativo del

mismo que se concreta en el denominado modelo de gestión, organización y control, tal y como lo exige el CP y la jurisprudencia atinente al mismo.

Si se es coherente con la construcción dogmática que la jurisprudencia ha venido construyendo mayoritariamente ex SSTS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, con la discrepancia de los votos particulares a las mismas y también la discrepancia, más o menos matizada, y propendida por la ausencia de una actividad probatoria de la persona jurídica respecto a la existencia y/o eficiencia de su plan de cumplimiento y control (expuesta por la STS 193/2024, de 8 de abril), debe sostenerse que hay que exigir el dolo de los vicarios de la sociedad que ejecutan la acción típica delictiva pero no extenderlo sin más a la sociedad. A ésta hay que exigirle, y coincido por completo con la tesis que ha expuesto de manera extensa el Profesor Sánchez-Vera, un dolo específico relativo a si ha implementado el debido plan de cumplimiento y control atinente a la naturaleza propia de esa persona jurídica y a sus circunstancias y si aquél ha sido eficiente respecto del delito ejecutado por los vicarios. Si no se estableciera ese doble dolo, creemos que se camina, ya lo hemos expuesto más arriba, hacia una odiosa concepción lindante con una imputación objetiva, bien alejada de una concepción constitucional y analítica del delito y, en definitiva, del propio sistema penal⁴.

En primer término hay que afirmar que no puede aplicarse cual una falsilla, ya lo advertíamos cuando analizábamos el delito corporativo, un modelo generalizado de modelo de cumplimiento que no tenga en cuenta la naturaleza específica de la persona jurídica en cuestión atendiendo a su específica naturaleza y a las circunstancias normativas y regulatorias que le pudieran ser exigibles⁵. Si así se hiciera, se comprometerían severamente conceptos y principios esenciales del derecho penal, que como hemos visto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la STS 514/2015, de 2 de septiembre), viene exigiendo al respecto, tales cuales son el principio de legalidad, un dolo específico y un examen de la antijuricidad de su conducta y, en definitiva, un juicio de culpabilidad. Amén de que supondría aislar el denominado delito corporativo ex. artículos 31 bis ss. CP del ordenamiento jurídico, tal y como hemos expuesto más arriba, queda desaconsejado por el Tribunal Constitucional en la mentada STC 111/1993. Como indica Jaén Vallejo, la responsabilidad penal de la persona jurídica debe nacer de que el delito cometido, «sea consecuencia del

⁴ SÁNCHEZ-VERA, 2025, pp. 289-324.

⁵ Algo que, a mi juicio y, equivocadamente, hace la STS 958/2023, de 21 de diciembre. Negando el dolo específico de la persona jurídica se compromete peligrosamente el juicio de culpabilidad se aproxima el modelo de la responsabilidad de la persona jurídica a una imputación objetiva.

incumplimiento de sus deberes de supervisión y control, siendo claramente garante de vigilancia de aquellas personas físicas»⁶.

Ignorar en la aplicación del elemento negativo del delito corporativo estas categorías y elementos estrictamente jurídico penales o despacharlas con insuficientes y vagas fórmulas, vacías de contenido, banales o estereotipadas, supone no sólo una posible quiebra del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ex artículo 24.1 CE, sino asimismo un atentado contra el contenido del principio de legalidad ex artículo 25.1 CE y los artículos 1.1, 5 y 10 CP.

En este sentido estimar que el diseño de un plan de cumplimiento en una sociedad profesional como la de auditoría pueda ignorar la realidad normativa y regulatoria que la afecta y que exige, de un lado, un escrupuloso respeto a la actuación independiente de los auditores perfectamente compatible con el desarrollo de políticas de control de la calidad de su trabajo, compromete gravemente la concurrencia exigida en el delito corporativo de aquellos elementos imprescindibles en la estructura penal de los delitos.

Privilegiar una idea generalista de la exigencia legal para los modelos de cumplimiento, ex artículos 31 bis 1, 2, 3, 4 y 5 y quater CP, sin someterla a una ponderación imprescindible de la naturaleza jurídica y regulación legal y estatutaria de la persona jurídica concreta, en este caso una sociedad profesional de auditoría, supone una interpretación extensiva del supuesto penal claramente *contra legem*, sin que, por el contrario, se pueda encontrar justificación alguna para tal proceder tan burdamente anti legalista, so pretexto de que de no hacerlo así quedaría burlada la eficiencia del modelo de cumplimiento, vaciándolo de contenido, en beneficio de la sociedad y creando una cierta patente de corso.

No hay tal. Como hemos examinado más arriba, la regulación legal de las sociedades de auditoría debe respetar escrupulosamente la independencia en el trabajo de los auditores, principio éste ni baladí ni puramente formal, sino enclavado en el núcleo de la naturaleza de la sociedad de auditoría, su credibilidad profesional, y, atinente, además, al carácter de función pública que se diseña en aquella naturaleza respecto de su labor. Ignorarlo, como hemos expresado más arriba, no puede ser de recibo. Pero es que queda claro, y es relevante cuando se trata de examinar un modelo de cumplimiento, especialmente en el orden penal, que el respeto a la independencia y autonomía de los auditores en su trabajo no es incompatible con todo un pormenorizado sistema de control de calidad de ese trabajo e incluso de las discrepancias que puedan

⁶ JAÉN VALLEJO, 2025, pp. 343-371. En contra y en esa misma obra colectiva, RODRÍGUEZ RAMOS, 2025, pp. 325-342.

surgir en su aplicación respecto del trabajo de aquellos auditores. Es, éste, un punto esencial en nuestras consideraciones para validar que una sociedad de auditoría pueda, y deba establecer, un plan de cumplimiento que equilibre proporcionalmente el respeto a la independencia y autonomía del trabajo de los auditores con la exigencia de un sistema de control de calidad de dicho trabajo. Si así se hace queda con ello cumplida la exigencia para el diseño de un plan de cumplimiento. Cómo se implemente éste en cada caso concreto y cómo funcione ese sistema de controles si se produce la producción de un resultado delictivo es cuestión que queda sometida a criterios de instrucción procesal y prueba que en nada afectan a la consideración de que una sociedad de auditoría ha diseñado un plan de cumplimiento que, a efectos penales, cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales respecto a la concurrencia de ese elemento negativo en la construcción de un delito corporativo.

BIBLIOGRAFÍA

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho Penal. Parte General, Las Rozas, 2025.
- Introducción, en *El Sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 13.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Delito y Pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: El dolo de la persona jurídica, en *La Imputación y la defensa de la persona jurídica*, Madrid, 2025, pp. 289-324.
- JAÉN VALLEJO, Manuel: Culpabilidad de la persona jurídica, en *La Imputación y la defensa de la persona jurídica*, Madrid, 2025, pp. 343-371.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas. Al hilo de las SSTs 514/2015 y 154 y 221 (2016), en *La Imputación y la defensa de la persona jurídica*, Madrid, 2025, pp. 325-342.

23. LA IGNORANCIA DELIBERADA: LÍMITES DE *LEGE LATA* Y UNA HIPÓTESIS DE *LEGE FERENDA*

VICENTE VALIENTE IVÁÑEZ
Profesor Agregado de Derecho penal
Universitat de Barcelona

La contribución que sigue en homenaje a Enrique Peñaranda quiere sumarse a este volumen colectivo como una muestra de reconocimiento y gratitud a una forma exigente y honesta de estudiar y pensar el derecho penal.

I. PLANTEAMIENTO

El problema de la ignorancia deliberada se articula en torno a una pregunta central: ¿en qué términos puede imputarse responsabilidad jurídico-penal a quien decide conscientemente permanecer en la ignorancia respecto de circunstancias relevantes de su propia actuación? La dificultad surge en la medida en que el «conocimiento» de tales circunstancias suele funcionar –en una variedad de sistemas jurídicos, entre los que se encuentra el español– como criterio de demarcación para la aplicación de los distintos títulos de imputación subjetiva y, por ende, como parámetro habitual de la magnitud del reproche penal y de la respuesta punitiva.

Desde una perspectiva *de lege lata*, el razonamiento podría formularse –y, en apariencia, agotarse– del modo siguiente: puesto que en los supuestos de ignorancia deliberada falta el elemento cognitivo, no cabría afirmar la concurrencia de dolo y, por tanto, tampoco procederían las consecuencias punitivas asociadas al correspondiente hecho doloso. En cambio, sí podría apreciar-

se un error de tipo vencible y, por ello, resultar aplicable la pena prevista para el delito imprudente correlativo. Con todo, el debate está lejos de concluir en este punto. Por un lado, un importante sector doctrinal sostiene que el Código penal español no queda comprometido con esa premisa conceptual y que, precisamente por la ausencia de una definición legal cerrada del dolo, cabe discutir el encaje dogmático de la ignorancia deliberada más allá del esquema tradicional conocimiento/error¹. Por el otro, en la doctrina se halla extendida la intuición de que la ignorancia deliberada merecería un reproche más severo que el propio de la responsabilidad por imprudencia.

Precisamente por ello, la discusión se desplaza a la determinación del título de imputación subjetiva aplicable y a la suficiencia del esquema binario dolo/imprudencia. De forma resumida, el debate puede ordenarse en torno a tres tesis. Una primera propone equiparar la ignorancia deliberada al dolo, sustituyendo el elemento cognitivo por criterios normativos que «compensen» su ausencia –como la indiferencia, los motivos reprochables, el desconocimiento inexcusable o la infracción de deberes epistémicos–, con la pretensión de reflejar un reproche superior al de la mera imprudencia. Una segunda tesis rechaza esa ampliación por razones de legalidad y garantías, y reconduce estos supuestos al error de tipo vencible y, por tanto, a la imprudencia, frecuentemente en forma de imprudencia cualificada para capturar el plus de desvalor del desconocimiento estratégico. La tercera diagnostica la insuficiencia del esquema binario dolo/imprudencia y defiende un *tertium datur* –sea como categoría intermedia de imputación o mediante otras técnicas normativas– que permita una respuesta punitiva más ajustada al merecimiento.

Por su parte, la práctica judicial no solo no ofrece claridad sobre la naturaleza de la ignorancia deliberada, sino que con frecuencia sus propuestas pueden conllevar una vulneración de los principios de legalidad y/o de presunción de inocencia². En ocasiones, la *doctrina ignorancia deliberada* es entendida –y aplicada– para especificar una cuarta clase de dolo (STS 695/2021), en

¹ RAGUÉS I VALLÈS, 2007, pp. 116 s., 193, 197; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2022. Esta interpretación no es posible en el contexto del StGB alemán, donde el § 16 (1) establece claramente que el dolo queda excluido cuando, al cometer el hecho, el agente desconoce una circunstancia que forma parte del tipo. De ahí que una propuesta de lege ferenda extendida consista en replicar la regla del error de prohibición (§ 17 StGB) para los casos de error de tipo (§ 16 StGB), es decir, en la asignación facultativa de relevancia al error o desconocimiento (JAKOBS, 2002; PAWLIK, 2012; PÉREZ BARBERÁ, En Letra: Derecho penal, 2021, p. 133). Como veremos, la misma propuesta sería razonable en el contexto del CP español si se aceptase como premisa el hecho de que el dolo queda excluido en los mismos términos que en el StGB alemán.

² Aunque no existe una revisión propiamente sistemática de la jurisprudencia española en esta materia, son varios los trabajos que se han ocupado de ofrecer una sistematización general de las diferentes líneas jurisprudenciales de la Sala Segunda (RAGUÉS I VALLÈS, 2007; 2024; FEJOO SÁNCHEZ, InDret Penal, 2015; RODRÍGUEZ MOURULLO, 2020).

otras como un supuesto específico de dolo eventual (STS 726/2020), o, finalmente, como una regla probatoria que hace pasar el desconocimiento deliberado como una presunción *iuris tantum* del dolo (STS 522/2023)³. Además, esta aplicación judicial suele dar muestras de una muy cuestionable comprensión teórica del dolo eventual. Como ha señalado recientemente Ragués i Vallès, la ignorancia deliberada se ha convertido, en manos de los jueces y tribunales, «en una suerte de vía rápida para condenar por dolo eludiendo las exigencias conceptuales y probatorias de esta modalidad de imputación subjetiva»⁴.

En el debate sobre la ignorancia deliberada, los argumentos suelen presentarse en dos modalidades. Por un lado, aparecen argumentos directos o afirmativos, que tratan de fundamentar la calificación dogmática por semejanza estructural o funcional: «es dolo porque reproduce la actitud característica del dolo» (p. ej., indiferencia frente a la realización del tipo) o «es imprudencia porque comparte la estructura propia de la imprudencia» (p. ej., déficit cognitivo atribuible a la infracción de un deber de cuidado). Por otro lado, son muy frecuentes los argumentos indirectos o por exclusión, en los que la conclusión se obtiene negando la alternativa: «es dolo porque no puede ser imprudencia» (por reflejar un desvalor superior al de la mera falta de cuidado) o «es imprudencia porque no puede ser dolo» (por exigencias de legalidad, problemas probatorios o riesgos para la presunción de inocencia). Una de las hipótesis que guían este trabajo es que, en esta materia, los argumentos decisivos tienden a ser los de segundo tipo: la controversia se mueve, en gran medida, por la fuerza de las razones que impiden aceptar una de las dos categorías disponibles.

Esta asimetría argumentativa se comprende mejor a la luz de la taxonomía binaria de la imputación subjetiva en el derecho penal vigente: el sistema opera con categorías mutuamente excluyentes (o dolo o imprudencia) y, al menos formalmente, pretende ser exhaustivo. En un marco así, mostrar que un caso no encaja en una categoría produce casi automáticamente presión para ubicarlo en la otra, salvo que se abra la posibilidad de un *tertium datur*. De ahí que sea habitual «empujar» la ignorancia deliberada hacia el dolo mediante argumentos axiológicos que la separan de la imprudencia, y, correlativamente, «empujarla» hacia la imprudencia mediante argumentos conceptuales y formales que la separan del dolo. Sin embargo, desde una perspectiva de *lege ferenda* conviene resistir el salto inferencial: que un supuesto quede excluido de una

³ La pista sobre estas sentencias se debe al trabajo de RAGUÉS I VALLÈS, 2024.

⁴ RAGUÉS I VALLÈS, 2024, p. 436.

categoría no implica que la otra lo abarque de manera justificada⁵. En otras palabras, el hecho de que el déficit cognitivo imputable sea provocado no determina automáticamente que deba serlo *a título de dolo*, porque no es evidente que «saber» y «no querer saber» merezcan siempre el mismo tratamiento.

II. LA SOLUCIÓN DE *LEGE LATA*

Con todo, dado el límite conceptual (y, por tanto, teórico) que impone el sistema de imputación legal, la estrategia favorable a la imprudencia aparece como la única correcta. Si el dolo exige, en términos legales, «conocimiento» —esto es, una representación del riesgo concreto— y el ignorante deliberado carece de tal representación, forzar su subsunción en el dolo vulneraría el principio de legalidad (prohibición de analogía *in malam partem*). En consecuencia, la calificación procedente sería, en su caso, la imprudencia, como título alternativo disponible. En este punto, el argumento formal (el elemento cognitivo del dolo está implícito en la ley) debe prevalecer sobre el argumento axiológico (la ignorancia deliberada es más grave que la imprudencia). Ahora bien, desde una perspectiva *de lege ferenda* se amplía el margen de lo susceptible de ser propuesto. Antes de esbozar una posible solución en estos términos, conviene dejar claramente perfilado el argumento formal que aquí sustenta la solución *de lege lata*.

En ocasiones se ha sostenido que «no puede errar aquel que no tiene interés en conocer»⁶ o se ha formulado la pregunta de si «realmente obra de manera contraria a cuidado quien, deliberadamente, ignora un hecho»⁷. La tesis según la cual no hay error allí donde el sujeto no quería o no estaba interesado en saber —y, por ende, el error de tipo en el contexto del derecho penal no podría equipararse, sin más, al desconocimiento de las circunstancias relevantes para el tipo— resulta problemática. Ciertamente, esta tesis no puede dirigirse a impugnar la equiparación legal implícita entre error y desconocimiento —tal como a veces se ha interpretado—⁸, sino la equiparación legal entre error y desconocimiento (ignorancia) deliberado. Ahora bien, al igual que en los supuestos de error de tipo vencible (esto es, de desconocimiento evitable), la cuestión acerca de la vencibilidad no debe anteceder la determinación misma del error. Lo contrario es precisamente el caso: la pre-

⁵ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret Penal*, 2015, pp. 3, 6.

⁶ RAGUÉS I VALLÈS, 2007; JAKOBS, *ZStW*, 2002.

⁷ GONZÁLEZ LILLO, *Polít. Crim*, 2024, p. 420.

⁸ RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 117.

gunta por la vencibilidad presupone haber establecido previamente la existencia del error; de lo contrario, la pregunta por la vencibilidad quedaría sin objeto. Del mismo modo, cuando estamos frente a un caso de ignorancia deliberada –subclase, en términos analíticos, del «error vencible»–, la pregunta acerca de si fue o no deliberada no puede más que presuponer la constatación de la ignorancia.

En relación con la eventual vulneración del principio de legalidad en el contexto del CP español, derivada de sostener un «dolo sin conocimiento» que abarque la ignorancia deliberada, se ha planteado si tal vulneración se produce efectivamente. Aunque la doctrina mayoritaria entiende que así es, un sector también relevante lo niega⁹. Aquí se parte de que, indirectamente, el CP español exige que el dolo descansa en el «conocimiento». Es cierto que en el ámbito jurídico los términos legales o bien se definen expresamente o bien permanecen sin definición legal. El «dolo» es un término legal no definido. Ahora bien, la ausencia de una definición legal expresa no impide explicitar su contenido a partir de una interpretación del propio texto legal. Así, cuando concurre un error de tipo –esto es, un desconocimiento o una representación equivocada de una circunstancia relevante para el tipo objetivo–, el ordenamiento excluye el dolo y, si el error es vencible, reconduce el caso a la imprudencia (art. 14.1 CP). De este régimen legal se sigue el siguiente razonamiento: (i) todo aquello cuya ausencia excluye el dolo constituye condición necesaria del dolo; (ii) la ausencia de conocimiento de los elementos del tipo –propia del error de tipo, incluso vencible– excluye el dolo y sitúa el caso en la imprudencia; (iii) por tanto, el conocimiento de los elementos del tipo es condición necesaria del dolo. En otras palabras: no es que el CP defina el dolo como «conocimiento»; es que impide tratar como dolosos supuestos en los que falta el presupuesto cognitivo que el propio sistema presupone al operar con el error.

Ello significa que la pretensión de ensanchar el concepto de dolo para abarcar los supuestos de ignorancia deliberada comporta, en rigor, una ampliación del ámbito de aplicación de los artículos 5 y 10 CP; esto es, una «interpretación» extensiva apoyada, en lo sustantivo, en un argumento de carácter analógico *in malam partem*. O, dicho de otro modo, supone sustraer determinados casos del radio de acción del artículo 14.1 CP mediante una excepción no prevista legalmente, es decir, una reducción teleológica. Incluso en el escenario –puramente hipotético– de una neutralidad legislativa respecto del concepto de dolo, o aun en el de una reforma que prescindiera del elemento cognitivo (en el sentido de una representación suficiente) como condición necesaria, la

⁹ RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 195.

renuncia a ese componente epistémico desdibujaría todavía más la frontera con la denominada «imprudencia consciente». Con ello no solo se agudizarían los problemas de subsunción y de aplicación práctica, sino que se ampliaría el margen de discrecionalidad judicial al afirmar o negar la concurrencia del dolo, con el consiguiente riesgo de decisiones más dependientes del caso y, en última instancia, más contingentes o arbitrarias.

III. LA HIPÓTESIS DE *LEGE FERENDA*

Cuestión enteramente distinta es si, en estos supuestos, el ignorante deliberado debe poder beneficiarse de una regla de efecto atenuante como la prevista en el artículo 14.1 CP. *De lege lata*, la respuesta es claramente afirmativa. Ahora bien, si se distingue analíticamente entre el supuesto de hecho (error de tipo vencible) y la consecuencia normativa (la respuesta jurídico-penal), se abre *de lege ferenda* una alternativa: cuando el desconocimiento sea deliberado, introducir una excepción al régimen del artículo 14 CP para impedir que opere de manera automática la degradación a la pena del delito imprudente por la sola concurrencia de un error de tipo vencible. Una solución análoga podría proyectarse, además, sobre el error de prohibición vencible. En otros términos, es conceptualmente posible prever que, en supuestos de desconocimiento deliberado, resulte aplicable la pena del delito doloso sin necesidad de asumir un concepto de dolo desprovisto de un componente cognitivo. Esta hipótesis sería funcionalmente comparable a ciertos regímenes excepcionales del propio CP (arts. 20.1 y 20.2) o al modelo del § 17 StGB alemán.

Esta proposición parte de la siguiente idea: no existe una relación necesaria entre una premisa conceptual –la concurrencia de dolo– y una consecuencia normativa –la determinación del régimen punitivo aplicable–. La vinculación ordinaria entre dolo y el marco penológico asignado al delito doloso es, en buena medida, el resultado de una decisión legislativa contingente sobre cómo opera el error de tipo y qué efectos produce. Así, *de lege ferenda*, el legislador podría introducir una excepción al régimen previsto para el error de tipo vencible en supuestos de desconocimiento deliberado, de modo que no se produzca automáticamente la degradación a la pena del delito imprudente. Con ello no se afirmarí­a que el hecho sea doloso ni se requerirí­a modificar el concepto de dolo: se tratarí­a, más bien, de una regla especial que mantiene, por excepción, el marco penológico del tipo doloso pese a la falta de conocimiento. El punto, en suma, es que el régimen punitivo que hoy asociamos al dolo

podría ser anudado a otros supuestos sin que ello obligue a «normativizar» el dolo ni a alterar su estructura conceptual.

Por consiguiente, en lo que concierne a las tesis que propugnan la equiparación de la ignorancia deliberada con el dolo, el principal escollo es, ante todo, *conceptual*. Ello no excluye que, desde una perspectiva normativa, criterios como la actitud expresada en el hecho, los motivos reprochables que subyacen al mantenimiento del desconocimiento o la infracción de deberes razonables de indagación –entre otros– puedan constituir razones atendibles para defender una equiparación *penológica* entre ignorancia deliberada y dolo. Lo que resulta difícilmente defendible, sin embargo, es que tales consideraciones normativas obliguen a reformular el propio concepto de dolo, prescindiendo del componente cognitivo como condición de su imputación.

IV. EL MARCO TEÓRICO

En este apartado se esbozan algunas pautas teóricas desde las que puede abordarse el estudio de la ignorancia deliberada en el derecho penal. Una primera pauta de carácter metodológico consiste en distinguir dos preguntas: una de índole conceptual (qué condiciones integran el dolo y si la ignorancia deliberada puede satisfacerlas) y otra de índole normativa o axiológica (qué tratamiento punitivo merece)¹⁰. No trazar con claridad esta línea puede conducir a inferencias dudosas, como la que sostiene que, puesto que la ignorancia deliberada merece la misma pena que el delito doloso, entonces la ignorancia deliberada constituye un caso de dolo. Aun cuando el resultado –la equiparación– pudiera ser el adecuado, el modo de alcanzarlo incurriría en una falacia naturalista.

1. El concepto de dolo como límite

En el plano conceptual, la propuesta toma el dolo como «umbral epistémico» de la imputación y distingue, a su vez, entre el concepto de dolo (volitivo/cognitivo) y su determinación o prueba (psicologismo/normativismo). Aquí se adopta un concepto representacional del dolo como atribución de un estado mental intencional (en sentido filosófico: capacidad de representar estados de cosas), mientras que la determinación de ese estado mental se concibe como una práctica inferencial y normativa basada en indicios conductuales.

¹⁰ En este sentido, MANRIQUE PÉREZ, Isonomía, 2014, pp. 163 s.

Con esa base, la frontera decisiva entre dolo (eventual) e imprudencia depende del contenido de la representación del riesgo; y, precisamente por carecer de esa representación mínima en el momento relevante, la ignorancia deliberada no puede reconducirse al dolo ni funcionar como método para «completar» o «compensar» su determinación.

2. La función de imputación subjetiva

En el plano funcional, dolo e imprudencia cumplen una misma función dentro del sistema de imputación: son títulos de imputación subjetiva cuya finalidad es adscribir la realización típica al ámbito de responsabilidad individual de un sujeto como hecho propio. La clave para cumplir esa función es reconstruir un criterio de evitabilidad individualizable. En el dolo, la imputación se apoya en una evitabilidad actual e intencional: en el momento típicamente relevante el sujeto disponía de capacidades suficientes para evitar el hecho mediante un control intencional de su conducta. Esas capacidades integran, al menos, una dimensión cognitiva (representación del riesgo o del resultado típico en el sentido relevante) y una dimensión físico-volitiva (capacidad de control o de ejecución/omisión). Si ambas capacidades estaban disponibles y, pese a ello, el hecho se realiza, el sistema está habilitado para afirmar que el sujeto no actuó con la intención de evitarlo, y ello funda la imputación dolosa.

La imprudencia opera, en cambio, como un criterio subsidiario y extraordinario respecto del dolo. Su estructura presupone, primero, la exclusión del dolo (presupuesto negativo: falta de evitabilidad actual en el sentido requerido por el dolo) y, segundo, la concurrencia de presupuestos positivos específicos: infracción imputable de un estándar de cuidado y conexión normativa con el resultado (relación de riesgo/contrariedad a deber). La evitabilidad aquí no es actual, sino potencial: la imputación por imprudencia se justifica porque el sujeto habría podido asegurar la capacidad de evitación intencional si hubiese observado la conducta debida con anterioridad. Por eso se describe como «evitabilidad de la inevitabilidad» o evitabilidad secundaria: el hecho ya no era evitable intencionalmente en el momento relevante, pero el déficit que lo hizo inevitable era evitable mediante cuidado debido.

Desde estas premisas, la ignorancia deliberada no puede desempeñar conceptualmente la función de imputación ordinaria propia del dolo, porque por definición no satisface el umbral cognitivo mínimo (representacional) que habilita afirmar la evitabilidad actual. En el plano conceptual, su lugar natural es el de una imputación extraordinaria; la categoría disponible en el sistema

vigente es la imprudencia. Ahora bien, esta conclusión conceptual no predetermina, *de lege ferenda*, el régimen de consecuencias: la calificación como imputación extraordinaria no excluye que, mediante reglas específicas, el legislador module la respuesta punitiva sin «normativizar» el concepto de dolo. De nuevo: que no se den los presupuestos del dolo no debería impedir asignar una consecuencia punitiva *como* la del dolo.

3. La estructura analítica de la ignorancia deliberada

La ignorancia deliberada se reconstruye como una estructura de imputación extraordinaria, emparentada con otras configuraciones dogmáticas que desplazan la fundamentación de la responsabilidad a un momento antecedente (p. ej., error de tipo vencible, error de prohibición vencible, la *actio libera in causa*, etc.). Para captar esta afinidad conviene distinguir dos niveles: estructura analítica y estructura de imputación. La estructura analítica describe la secuencia de momentos penalmente relevantes que componen el caso. En el esquema paradigmático (como el error de tipo vencible) pueden diferenciarse: (i) un momento subsecuente en el que el sujeto realiza el tipo bajo un déficit cognitivo (desconocimiento o representación errónea de un elemento relevante), lo que impide la imputación dolosa; y (ii) un momento antecedente en el que existía la posibilidad de evitar ese déficit mediante un comportamiento debido (indagación, verificación, atención a señales, etc.). En la ignorancia deliberada, el rasgo diferencial es que el déficit del momento subsecuente no es meramente accidental o descuidado, sino estratégicamente provocado o mantenido¹¹, de modo que la evitabilidad potencial del déficit adquiere un significado cualitativamente distinto.

La estructura de imputación se refiere al modo en que, pese a la ausencia del fundamento ordinario del dolo (representación suficiente), el sistema atribuye la realización típica mediante una regla adversativa o de excepción¹²: se imputa «a pesar de» faltar el elemento que normalmente fundamenta la imputación ordinaria, porque el déficit es atribuible al sujeto en virtud de un criterio de evitabilidad secundaria. Esta lógica «regla-excepción» es constitutiva de las imputaciones extraordinarias: el juicio de responsabilidad se apoya en la evitación omitida del supuesto que habría permitido evitar intencionalmente el hecho.

¹¹ MAÑALICH RAFFO, Revista de Ciencias Sociales, 2020, p. 62.

¹² SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2014.

V. EL PROBLEMA NORMATIVO DE LA IGNORANCIA DELIBERADA

En este punto, la pregunta crítica no afecta a la identificación estructural –la ignorancia deliberada comparte la secuencia y la lógica adversativa de la imprudencia–, sino a la calificación normativa del caso: si resulta adecuado tratar al ignorante deliberado como mero infractor de cuidado (incluso como imprudencia cualificada) o si el componente estratégico del desconocimiento exige un tratamiento diferenciado. En otras palabras, una vez fijada la estructura analítica y el mecanismo de imputación, el problema se traslada del «cómo se imputa» al «qué consecuencia punitiva es coherente con esa imputación».

La cuestión relativa a cómo debería responder el derecho penal frente al ignorante deliberado constituye, probablemente, el aspecto más complejo del tratamiento de la ignorancia deliberada. En el ámbito de la psicología moral experimental se han realizado estudios que miden, a nivel de intuición moral compartida, el merecimiento de pena en supuestos de ignorancia deliberada. En términos generales, los resultados indican que la ignorancia deliberada –operacionalizada de modo amplio, incluyendo escenarios asimilables al dolo eventual– genera reproche penal, aunque en menor grado que el conocimiento efectivo (asimilable al dolo directo de segundo grado). Dicho de otro modo: los participantes en tales estudios tienden a considerar culpable a quien evita informarse intencionalmente, pero lo juzgan menos culpable que a quien actúa con conocimiento cierto. Estos hallazgos cuestionan, al menos como tesis descriptiva sobre intuiciones compartidas, la equiparación plena entre ignorancia deliberada y conocimiento a efectos de reproche¹³.

Con todo, el valor de estos resultados para el razonamiento jurídico es limitado y debe ser cuidadosamente mediado. Por un lado, las intuiciones morales agregadas no ofrecen, por sí solas, un criterio de corrección normativa; por otro, la operacionalización amplia de «ignorancia deliberada» tiende a mezclar supuestos heterogéneos (incluidos casos en los que ya existe representación relevante del riesgo). Aun así, la evidencia empírica es útil como señal: por ejemplo, sugiere que el merecimiento de pena del ignorante deliberado no se percibe idéntico al del dolo directo, sin permitir concluir, sin embargo, que sea necesariamente superior al de la imprudencia ordinaria. La decisión normativa exige, por ello, construir criterios internos al sistema penal que eviten confundir la discusión conceptual (qué es dolo) con la axiológica (qué pena es apropiada).

¹³ KIRFEL y HANNIKAINEN, 2023, pp. 75 ss.

Para estructurar esa decisión conviene distinguir dos dimensiones. La primera se refiere a aquello que diferencia la ignorancia deliberada de la imprudencia: la especificidad no se encuentra en el momento subsecuente –realización típica bajo déficit cognitivo–, compartido con el error vencible, sino en el momento antecedente, donde el sujeto no solo omite indagar, sino que provoca o mantiene estratégicamente su déficit. La segunda dimensión concierne al fundamento por el que el delito doloso lleva aparejada, en general, una pena más elevada que el imprudente: si se entiende que ese mayor reproche se apoya exclusivamente en la representación actual del riesgo concreto como base de la evitabilidad, entonces la ignorancia deliberada difícilmente puede justificar una consecuencia punitiva equivalente al dolo sin introducir una tensión con el principio de culpabilidad. Si, por el contrario, se acepta que el mayor reproche del dolo no se agota en la representación (por ejemplo, porque incluye componentes de actitud frente a la norma o de instrumentalización de la ignorancia), entonces se abre espacio para aproximaciones normativas más flexibles.

Esta doble mirada permite precisar el punto decisivo: la provocación del desconocimiento constituye un dato normativamente relevante, pero su relevancia no se deja traducir de manera automática en el título de imputación dolosa sin erosionar el umbral cognitivo del dolo. El desafío consiste, por tanto, en diseñar una respuesta que (i) respete la estructura conceptual del dolo, (ii) preserve las garantías asociadas a su afirmación (especialmente en sede probatoria) y (iii) permita, al mismo tiempo, reaccionar frente al plus de desvalor que puede incorporar el desconocimiento estratégico.

Desde esa perspectiva, las soluciones disponibles *de lege ferenda* pueden ordenarse en tres grupos, no necesariamente excluyentes. La primera consiste en mantener la reconducción a imprudencia, pero dotarla de herramientas de graduación (imprudencia cualificada, agravantes específicas en tipos particularmente expuestos, u otras técnicas de determinación judicial) capaces de capturar el componente estratégico del déficit. La segunda consiste en introducir un título intermedio de imputación subjetiva, que reconozca una forma de responsabilidad más grave que la imprudencia y menos que el dolo, evitando forzar la subsunción en categorías que no se ajustan bien al fenómeno. La tercera –que conecta con la hipótesis defendida aquí– consiste en intervenir sobre el régimen de consecuencias de las reglas de error: conservar el supuesto de hecho (error vencible) pero excepcionar, en supuestos de desconocimiento deliberado, la degradación automática de pena prevista en el artículo 14.1 CP, manteniendo por excepción un marco punitivo más severo.

VI. CONCLUSIONES

Primera. La ignorancia deliberada plantea una tensión estructural entre el papel del «conocimiento» como umbral de imputación a título de dolo y la intuición –doctrinal y práctica– de que el desconocimiento estratégicamente mantenido puede merecer un reproche superior al de la mera imprudencia, tensión que la jurisprudencia no ha resuelto de forma estable y que, en ocasiones, ha abordado mediante atajos problemáticos desde la perspectiva de las garantías.

Segunda. Resulta metodológicamente decisivo separar el plano conceptual (condiciones del dolo) del plano normativo (magnitud del reproche): la eventual conveniencia de una respuesta punitiva severa no autoriza, sin más, a reformular el concepto de dolo ni a prescindir de su componente cognitivo.

Tercera. *De lege lata*, el artículo 14.1 CP ancla negativamente el dolo a un presupuesto de conocimiento de los elementos típicos: ante error de tipo se excluye el dolo y, si el error es vencible, el caso se reconduce a la imprudencia. En consecuencia, subsumir la ignorancia deliberada (en sentido estricto) en el dolo comporta una analogía *in malam partem* y aumenta la indeterminación en la frontera con la imprudencia consciente.

Cuarta. *De lege ferenda*, es conceptualmente posible modular el régimen de consecuencias sin «normativizar» el dolo: puede contemplarse una excepción a la degradación automática del artículo 14.1 CP cuando el desconocimiento sea deliberado (y, en su caso, proyectarla al error de prohibición vencible), de modo que se capture el plus de desvalor del desconocimiento estratégico sin convertirlo en un atajo probatorio del dolo.

BIBLIOGRAFÍA

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*. InDret Penal 3/2015.
- GONZÁLEZ LILLO, Diego, *La ignorancia deliberada frente al dolo y la imprudencia: una propuesta de delimitación conceptual*, Política Criminal, vol. 19 núm. 38 (diciembre), 2024, pp. 407-436.
- JAKOBS, Günther, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW, (114), 2002, pp. 584-599.
- KIRFEL, L. y HANNIKAINEN, I. R., *Why Blame the Ostrich? Understanding Culpability for Willful Ignorance*, Advances in Experimental Philosophy of Law, Bloomsbury, 2023, pp. 75-98.
- MANRIQUE PÉREZ, María Laura, *Ignorancia deliberada y responsabilidad penal*, Isonomía, (40), 2014, pp. 163-195.

- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *La responsabilidad del superior bajo la Ley 20.357*, Revista de Ciencias Sociales, núm. 76, 2020, pp. 49-66.
- PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2012.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», en *Letra: Derecho penal*, núm. 11, 2021, pp. 91-139.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.
- *Veinticinco años de ignorancia deliberada. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Díaz y García Conlledo et al. (dirs.), Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º Aniversario, 2024, pp. 425-436.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La doctrina de la ignorancia deliberada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, vol. 1, 2020, pp. 997-1009.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014.
- *El error sobre la capacidad de evitación: entre el dolo y la imprudencia*, Gómez Martín et al. (eds.), Un modelo integral de Derecho penal, BOE, 2024, pp. 909-920.

24. EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

ANA BELÉN VALVERDE-CANO ¹

Investigadora Ramón y Cajal del Área de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Sin ser (aún) inabarcable, existe hoy un corpus doctrinal notablemente desarrollado sobre teoría general de las circunstancias, donde los estudios sobre el error y la comunicabilidad ocupan un lugar preeminente². En ambas parcelas fueron decisivas las contribuciones de nuestro homenajeado Peñaranda Ramos, caracterizadas por su habilidad para identificar y deshacer nudos

¹ Contacto: anabeval@ucm.es. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto «Más allá del delito: la importancia del quién, el cómo, el cuándo y el porqué en la imposición del castigo. Un estudio sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad», referencia: SI4/PJI/2024-00146, dirigido por Marina Mínguez Rosique y Leopoldo Puente Rodríguez y financiado por la Comunidad de Madrid dentro de los Proyectos de I+D para doctores emergentes de la Universidad Autónoma de Madrid 2024.

² Es llamativo que, en la última parte del siglo pasado, fuera habitual comenzar los estudios sobre circunstancias modificativas indicando que a su análisis se había dedicado escasa atención en la doctrina española. De hecho, esta se había centrado casi exclusivamente en el tratamiento monográfico de algunas de las circunstancias, como CAMARGO HERNÁNDEZ, 1953 y 1958 (sobre alevosía y premeditación); BAJO FERNÁNDEZ, 1973 (parentesco) y MIR PUIG, 1974 (reincidencia). Tesis doctorales como la de ALONSO ÁLAMO, 1982; GONZÁLEZ CUSSAC, 1988; y luego las de BOLDOVA PASAMAR, 1995; y PÉREZ ALONSO, 1995, cambiaron esta tendencia y ahora puede decirse que existe una discusión bastante sofisticada sobre teoría general de circunstancias modificativas, que se vio sin duda beneficiada por los avances paralelos en materia de error, concursos y participación en el delito. Puesto que Peñaranda Ramos dedicó sus esfuerzos iniciales precisamente a estas materias, destacando especialmente sus monografías de 1990 y 1991, no es de extrañar la enorme influencia que tuvieron sus obras en los estudios sobre circunstancias.

gordianos, así como para proponer criterios que, *de lege lata*, permiten llegar a soluciones razonables, incluso aunque la ley no siempre lo ponga fácil³.

Mi contribución versa sobre uno de estos temas: en concreto, sobre el error acerca de los elementos que atenúan la responsabilidad, donde me valgo de algunos de los planteamientos del profesor Peñaranda Ramos para poner en cuestión la manera en la que actualmente se resuelven estos supuestos, proponiendo una alternativa sencilla y –creo– dogmáticamente asumible. Así, con los matices que se expondrán a continuación, la doctrina especializada mantiene casi unánimemente que el error directo sobre las circunstancias atenuantes de los tipos privilegiados no debe tomarse en consideración. Si una persona yerra sobre un elemento que permitiría aplicar el tipo atenuado –esto es, concurre sin que la persona sea consciente–, se dice que debe aplicarse el tipo básico, ya que este es el género del cual la atenuación es la especie⁴.

Para ilustrar lo razonable de esta conclusión, suele ponerse el ejemplo del sujeto que mata a otro sin saber que la propia víctima, harta de vivir, le había pedido por carta previamente que acabara con ella (art. 143.3 CP). En otras variantes, el sujeto activo mata a quien se lo había pedido de forma libre, responsable, expresa e inequívoca (art. 143.3 CP), aunque desconociendo un contexto de padecimientos permanentes e insoportables del sujeto pasivo que permitirían la aplicación del artículo 143.4 CP⁵. En estos casos se dice que no es posible castigar por el tipo atenuado doloso porque precisamente el dolo no está presente y porque, además, no está prevista su comisión en modalidad imprudente. En fin, puesto que el sujeto activo ha realizado dolosamente las vertientes objetiva y subjetiva del tipo básico (homicidio o cooperación ejecutiva en el suicidio, respectivamente), este es el que debe aplicarse y no el atenuado.

Me pregunto si se aceptará tan fácilmente esta conclusión en otros supuestos. Por ejemplo, en uno en el que la persona ve que otra se guarda lo que cree que son 100 euros en el bolsillo. Se acerca disimuladamente y se apodera

³ Así, sobre esta cualidad son ilustrativos sus trabajos sobre el alcance del artículo 65.3 CP (PEÑARANDA RAMOS, 2014a, pp. 1 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2014b, pp. 198 ss.); sobre el tratamiento de los concursos de delitos o de normas (PEÑARANDA RAMOS, 1991, *passim*; PEÑARANDA RAMOS, 2022, pp. 797 ss.); o sobre la circunstancia de la alevosía (PEÑARANDA RAMOS, 2014b, *passim*).

⁴ Entre otros: ARIAS EIBE, 2007, pp. 145 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, 1984, pp. 304-305; BUSTOS RAMÍREZ, ADPCP, 1985, pp. 706 ss.; (en relación con regulación tras la reforma del CP en 1983); Díez RIPOLLÉS, LL., 1993, p. 96 (aludiendo al proyecto de Código Penal); FLORES MENDOZA, 2004, pp. 78 ss.; MAQUEDA ABREU, 2002, pp. 854 ss.; MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, 125 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, 1986, p. 150 (también sobre la anterior regulación del artículo 6 bis a) CP/1983); SILVA SÁNCHEZ, 2025, 12/143-144; PÉREZ ALONSO, 2013, pp. 72-73.

⁵ Así, FLORES MENDOZA, 2004, p. 82; MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, p. 126; PÉREZ ALONSO, 2013, p. 72.

de ellos. Minutos después es detenido por la policía, y el ladrón comprueba apesadumbrado que, en realidad, lo que había hurtado eran 450 euros, bastante más de lo que pensaba, lo que sabe que dificultará su situación –arts. 234. 1 y 2 CP–. O en otro similar, donde una persona engaña a un anciano para que le dé el dinero suficiente para tomar un tren con destino a su ciudad (unos 120 euros), con la buena o mala fortuna de que este decide darle mucho más porque piensa, quizás con razón, que Renfe es un producto de lujo (600 euros) –art. 248, 1.º y 3.º párrafo–.

En ambos casos se da la circunstancia de que la modalidad básica del delito de hurto o estafa se construye como un apoderamiento superior a 400 euros, mientras que, para aplicar la modalidad atenuada, la cuantía debe ser inferior a esa cantidad. Llama la atención que este error sobre un elemento del tipo –aunque se trate de una modalidad privilegiada– deba considerarse irrelevante, sobre todo si tenemos en cuenta que el legislador bien podría haber empleado otra técnica distinta, por ejemplo, construyendo el tipo básico como la modalidad de apoderamiento inferior a 400 euros, y como agravadas las conductas que se apoderen de cuantías superiores⁶. Así, nadie duda de que debe tomarse en consideración el error sobre las características de la cosa hurtada cuando el individuo que sustrae un jarrón de la casa de un conocido no sabe que se trata de una pieza de extraordinario valor (art. 234 CP en relación con el art. 235.1.5.º).

Esta diferencia de tratamiento, basada en cuál es la modalidad que el legislador designa como tipo básico, no parece tener una justificación sólida, al menos en este grupo de casos. Como advierte Peñaranda Ramos, y antes Mir Puig, la razón por la que no convence la aplicación sin matices de esta máxima –la de que el error sobre las circunstancias atenuantes es irrelevante–, se debe a una simple constatación: que la no concurrencia de los requisitos privilegian-tes agrava la pena del mismo modo que la agrava la concurrencia del requisito cualificante⁷. De modo que negar la aplicación del tipo atenuado supone elevar

⁶ Esta técnica de «desmitificación» de las relaciones entre los tipos penales puede decirse que es muy *peñarandiana*, como puede observarse en PEÑARANDA RAMOS, 1991, y en 2014b.

⁷ PEÑARANDA RAMOS, 1991, pp. 98-100. En palabras de Mir Puig: «Cuando [los tipos privilegiados] requieran que el sujeto actúe impulsado por un determinado *motivo*, deberán conocerse sus presupuestos. En cambio, es discutible si es extensible el criterio del artículo 65.2 respecto de los elementos accidentales que rebajan la pena por disminución del injusto *objetivo*. Esta solución (no atenuación en caso de desconocimiento) no parece admisible en cuanto supondría aplicar lo dispuesto en aquel precepto más allá de su letra y, por tanto, analogía *in malam partem*, prohibida. Es preferible la solución contraria, en cuanto el desconocimiento de una circunstancia que rebaje la pena venga a constituir una situación análoga a la suposición de una circunstancia que la eleva, pues no atenuar en aquel caso vendría a contradecir el criterio sentado en éste otro, de no agravación»: MIR PUIG, 2016, p. 283 (estas palabras aparecen en ediciones muy anteriores).

la penalidad por un resultado más grave del que se pensaba que concurría. En fin, lo que se propone aquí es que el tratamiento aplicable debe ser el artículo 14.2 CP: al tratarse de elementos que cualifican la infracción (insisto, porque el tipo básico cualifica la infracción en relación con el atenuado⁸), debe impedirse su apreciación.

Y añadiré más: la máxima tampoco convence porque es incongruente con el tratamiento que la doctrina otorga a otros supuestos de estructura similar, como es el error directo sobre los elementos subjetivos de las causas de justificación (en el ejemplo clásico de Gimbernat Ordeig, un individuo rompe los cristales sin saber que así salva la vida de quien estaba a punto de perecer asfixiado por acumulación de gas tóxico en la habitación). Hasta donde alcanzo, en estos casos la doctrina mayoritaria se inclina por darle relevancia al error, bien castigando la conducta en grado de tentativa⁹ o bien aplicando la eximente incompleta¹⁰. Teniendo en cuenta que algunos elementos privilegiantes pueden reformularse como causas de justificación —como ocurre con las modalidades de cooperación ejecutiva al suicidio—, no se entiende que el error directo sobre este elemento que resignifica el resultado de la acción, disminuyendo el injusto objetivo, deba quedar sin efectos.

En las siguientes páginas me dedicaré a desarrollar estas ideas. Para ello, en primer lugar me haré cargo del estado de la cuestión, exponiendo los matices de las distintas posturas que se han mantenido sobre el efecto jurídico del error sobre las circunstancias atenuantes (apartado II). A continuación, trazaré una distinción fundamental entre tipos privilegiados «empobrecidos» y «enriquecidos» (apartado III) que permitirá afrontar mejor las críticas que pueden realizarse a las soluciones doctrinales propuestas (apartado IV). Concluiré con una propuesta de resolución (apartado V) y algunas reflexiones finales (apartado VI).

II. REGULACIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Podemos identificar seis grupos de casos sobre error en las circunstancias (atenuantes y agravantes referidas al injusto o a la culpabilidad) atendiendo a

⁸ Si se quiere, también podría sostenerse la aplicación del error de tipo del artículo 14.1 CP por tratarse igualmente de un hecho constitutivo de la infracción penal.

⁹ Por todos: MOLINA FERNÁNDEZ, 2024, núm. 1620; ÓCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, 1986, pp. 198 ss.; SANZ MORÁN, 1993, pp. 90 ss.

¹⁰ VALLE MUÑOZ, 1994, pp. 119 ss.

dos variables: suposición errónea o desconocimiento de su efectiva concurrencia. Vamos a verlo con ejemplos:

	Error que recae sobre elementos que atenúan la responsabilidad	Error que recae sobre elementos que cualifican la infracción	Error que recae sobre elementos que atenúan la culpabilidad
Suposición errónea de su concurrencia («error a revés»)	<i>Error de cálculo</i> : cree hurtar 100€ (tipo atenuado) pero en realidad hurta 450€ (tipo básico). Arts. 234.1 y 2 CP.	<i>Falso Ecce homo</i> : cree que ha hurtado una imagen Ecce Homo histórica (tipo agravado), pero se trata de una copia sin valor (tipo básico). Arts. 234 y 235.1.1.º CP.	<i>Placebo</i> : cree que sus amigos le han dado droga, lo que le anima a participar en una pelea. En realidad, era una sustancia inocua.
	<i>Eutanasia ilusoria</i> : acaba con la vida de alguien que cree que padece una enfermedad grave e incurable y graves sufrimientos (art. 143.4 CP), sin darse esta situación objetiva porque el individuo solo se quería suicidar (art. 143.3 CP).	<i>Desmayo</i> : una persona busca matar a otra entre graves sufrimientos (tipo agravado). Por suerte, esta se desmaya con el primer golpe y acaba falleciendo sin dolor (tipo básico). Arts. 138 y 139 CP.	<i>Minusvalía</i> : cree erróneamente que su minusvalía física (ceguera) conlleva automáticamente una atenuación de la pena por robo.
	En estas conductas se realiza un injusto más grave del representado	En estas conductas se realiza un injusto menos grave del representado	En estas conductas se realiza un injusto culpable
Desconocimiento sobre su concurrencia (realidad sin representación)	<i>Error de cálculo (variante)</i> : cree hurtar 450€ (tipo básico) pero en realidad hurta solo 100€ (tipo atenuado). Arts. 234.1 y 2 CP.	<i>Jarrón chino</i> : un estudiante sustrae un jarrón del despacho de un profesor, en venganza por un suspenso, sin saber que se trata de una pieza histórica de una dinastía china. Arts. 234 y 235.1.1.º CP.	<i>Sumisión inadvertida</i> : un individuo interviene en una pelea bajo los efectos de una droga que le anula, habiendo sido suministrada sin su conocimiento.
	<i>Eutanasia por accidente</i> : se acaba con la vida de alguien que se quería suicidar (art. 143.3 CP), sin saber que esta padecía una enfermedad grave e incurable, así como graves sufrimientos, ya que era demasiado orgullosa para contarle (art. 143.4 CP).	<i>Hemofílico</i> : una persona abofetea a otra (tipo básico). La víctima, que era hemofílica –dato desconocido por el agresor–, acaba con una deformidad (tipo agravado) Arts. 147.1 y 150 CP.	<i>Brote esquizofrénico</i> : un individuo actúa en un brote esquizofrénico pensando que actúa con plena lucidez.
	En estas conductas se realiza un injusto menos grave del representado	En estas conductas se realiza un injusto más grave del representado	En estas conductas se realiza un injusto con culpabilidad disminuida

Para afrontar todas estas constelaciones de casos, disponemos de la regulación del error sobre las circunstancias, que se encuentra perfilada en el artículo 14 CP. Esta alude al que recae sobre los hechos constitutivos de la infracción penal (apartado 1), sobre los elementos que cualifican la infracción o circunstancias agravantes (apartado 2), o sobre la ilicitud de los hechos (apartado 3). A diferencia de los apartados 1 y 3, en los errores sobre elementos agravantes la ley no distingue entre si son vencibles o invencibles, lo que parece apoyar la tesis de que incluso un desconocimiento parcial o potencial sobre la agravación hace que esta no produzca efectos jurídicos¹¹. Además, muchos autores complementan este régimen recurriendo al artículo 65 CP sobre comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes¹², ya que contiene la exigencia de conocimiento en el momento de la acción de cualquier elemento –agravante o atenuante– para poder imputarlo al partícipe, así como la necesidad de su concurrencia en el interviniente cuando este sea de naturaleza personal. En este caso, sin mencionar que sea necesario el conocimiento de esa circunstancia. Por último, este régimen se completa con la regulación de la tentativa del artículo 16 CP, donde pueden reconducirse algunos supuestos de errores inversos o representaciones erróneas de resultados que finalmente no se producen.

Este parco panorama, que aquí solo he podido esbozar de manera muy sucinta, dejó abiertos varios interrogantes –como no podía ser de otra manera, dada la diversidad de situaciones que debían afrontarse–. ¿Cuál es entonces el régimen aplicable a las atenuantes? ¿Debemos entender que el desconocimiento de los elementos genéricos y específicos de atenuación (al menos aquellos de carácter objetivo) impide su apreciación, tal y como indica el artículo 65.2 CP para los partícipes? ¿Cuáles son los efectos del error inverso o suposición errónea de agravantes y atenuantes? ¿Cómo se concilia el contenido del artículo 14.2 CP, que impide apreciar un error sobre elementos agravantes, con la punición *ex lege* de los tipos agravados que se castigan en su modalidad imprudente, como las lesiones agravadas cometidas por imprudencia del artículo 152 CP?

¹¹ Así, MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, p. 119; MOLINA FERNÁNDEZ, 2024, núm. 2480. Castro Moreno, en una convincente argumentación con la que concuerdo, defiende que este artículo se refiere únicamente a los casos de error directo, mientras que remite la resolución de los supuestos de error inverso a la regulación de la tentativa: CASTRO MORENO, 2003, p. 22 y *passim*.

¹² Por analogía o directamente. *Vid.*, sobre esta discusión antes de la entrada en vigor del CP/1995, ALONSO ÁLAMO, 1995, pp. 66 ss.; BOLDOVA PASAMAR, 1995, pp. 372 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, 1988, p. 194; PÉREZ ALONSO, 1995, p. 152 ss.; y con el CP actual, ARIAS EIBE, 2007, pp. 139 ss.; FLORES MENDOZA, 2004, pp. 78 ss.; PÉREZ ALONSO, 2013, pp. 22, 63 ss. Incluso con la regulación actual, algunos autores consideran la regulación del artículo 65 preferible: MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, *passim*. Excluye, en cambio, cualquier posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 65 en el ámbito del error sobre las circunstancias: CASTRO MORENO, 2003, pp. 38 ss., 56 y *passim*.

Muchas de estas preguntas fueron abordadas por la doctrina¹³. Yo me centraré en cuáles fueron las respuestas sobre el régimen aplicable a las circunstancias atenuantes, tanto si se suponen erróneamente como si existe error directo sobre ellas. Con carácter previo, es preciso indicar que la verdadera discusión sobre el efecto del error sobre las atenuantes siempre versó sobre aquellas referidas al injusto, no a la culpabilidad. Así, aunque el artículo 65 CP traza la línea entre las que son de naturaleza personal (apartado 1) y las que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla (apartado 2), requiriendo conocimiento en las segundas y no en las primeras, la doctrina trazó una distinción aún más fructífera entre las circunstancias referidas al injusto o a la culpabilidad¹⁴. En las primeras se considera a menudo indispensable el conocimiento para su apreciación; en las segundas, referidas a la imputabilidad o capacidad de motivación de un sujeto, lo importante es en cambio su concurrencia objetiva, con independencia de si el sujeto las percibe o no¹⁵.

Esta distinción elimina de un plumazo las posibles dudas acerca del error sobre algunas circunstancias atenuantes genéricas, en concreto las que afectan a la capacidad de imputabilidad o motivabilidad del agente (art. 21.1.^a, 2.^a y 3.^a CP). El error directo o indirecto sobre la existencia de estas circunstancias – también sobre los elementos que las provocan¹⁶ – es irrelevante, puesto que lo que nos interesa constatar en casos como *Placebo* o *Brote esquizofrénico* es si se dan o no. En cuanto a las restantes circunstancias genéricas, su naturaleza objetiva, relativamente ajena al conocimiento del individuo (dilaciones indebidas) o la *ratio* y el carácter intencional de las atenuantes de confesión y reparación, hace que no tenga sentido discutir los supuestos de desconocimiento de su concurrencia objetiva¹⁷ (acaso sí los de suposición errónea). En fin, la discusión realmente interesante ha versado sobre el error sobre las circunstancias

¹³ Como evidencian los exhaustivos trabajos de ARIAS EIBE, 2007; CASTRO MORENO, 2003; FLORES MENDOZA, 2004; MAQUEDA ABREU, 2002, pp. 849 ss.; PÉREZ ALONSO, 2013; PUENTE SEGURA, 1997; SALINERO ALONSO, 2000.

¹⁴ A esto debe añadirse las circunstancias que obedecen a otros fundamentos político-criminales. A modo de ejemplo: FLORES MENDOZA, 2004, pp. 80 ss.; PÉREZ ALONSO, 2013, pp. 64 ss.

¹⁵ De esta manera, se distingue adecuadamente entre planos que no han de confundirse. De un lado, la comunicabilidad, donde la clave reside en si las circunstancias son o no personales (el carácter personal no significa necesariamente que esté relacionado con la categoría culpabilidad, puede haber circunstancias personales referidas al injusto). De otro lado, el error, que está relacionado con los efectos de la falta de desconocimiento o el conocimiento parcial.

¹⁶ Con esto me refiero a que no importa que el autor o partícipe haya llegado a ese estado de alteración psicológica a causa de un error sobre los elementos determinantes de su acción, como sucede cuando el arrebató u obcecación surge por una interpretación errónea de las circunstancias. Por todos, CASTRO MORENO, 2003, p. 26.

¹⁷ De la misma opinión, BORJA JIMÉNEZ, 2015, pp. 90 ss.; MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, p. 131; PÉREZ ALONSO, 2013, p. 85. Puente Rodríguez defiende que estos elementos constituyen meras *expectativas* de menor castigo (como las causas de levantamiento de la punibilidad, que no las de exclusión de

privilegiantes que disminuyen el injusto¹⁸. Dado que en la doctrina se ha tendido a examinar ambos grupos de casos de manera separada, vamos a analizarlos también individualmente.

1. Error directo sobre las circunstancias que atenúan la responsabilidad

Mayoritariamente se mantiene que el error impide la apreciación de la circunstancia. En consecuencia, en casos como *Error de cálculo (inverso)*, explican autores como Pérez Alonso, «el autor deberá de responder en todo caso por el delito básico dolosamente cometido sin atenuar»¹⁹. El principal argumento que se esgrime lo derivan del principio de responsabilidad subjetiva, consagrado los artículos 5 y 10 CP, y supletoriamente el artículo 65.2 CP, que requiere conocimiento para comunicar las circunstancias atenuantes «objetivas»²⁰ a los partícipes. Así, al autor no se le puede atribuir subjetivamente el tipo privilegiado porque falta el conocimiento de sus elementos configuradores, pero sí el tipo básico, que se ha realizado objetiva y subjetivamente. Distinta es la conclusión si existe una relación de exclusión formal entre el tipo atenuado y el tipo básico, donde la realización de uno impide la del otro²¹.

Estas construcciones se hacen pensando sobre todo en casos como el de *Eutanasia por accidente* o similares, esto es, supuestos en los que la persona no es consciente de un determinado contexto (como una enfermedad grave y sufrimientos insoportables) que resignifican su acción²². En ellos, el problema de castigar por unos hechos que son objetivamente menos graves que los

punibilidad), por lo que el error sobre esas circunstancias debe considerarse irrelevante: PUENTE RODRÍGUEZ, 2023, pp. 234 ss., *passim*.

¹⁸ Aunque puede parecer que tiene una importancia muy limitada, podemos encontrar ejemplos en delitos que se aplican con mucha frecuencia, como el delito de lesiones (art. 147 CP); hurto (art. 234, así como la modalidad del artículo 236 CP), estafa (art. 248 CP), administración desleal (art. 252 CP); o daños (art. 263 CP).

¹⁹ PÉREZ ALONSO, 2013, p. 65.

²⁰ Lo entrecomillo porque, como advierte Díez Ripollés, no existe necesariamente una vinculación entre la naturaleza objetiva de una circunstancia y su comunicabilidad: DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP, 1977, pp. 598 ss.

²¹ PÉREZ ALONSO, 2013, p. 73, poniendo como ejemplos el aborto realizado con o sin consentimiento, o las amenazas e injurias graves al rey en relación con las menos graves. Este era el tipo de relación que constataban algunos autores entre los tipos de violación de menores de doce años y estupro de menores de entre doce y dieciocho años de edad (DE VICENTE REMESAL, CPC, 1986, pp. 75 ss.); o entre los delitos de homicidio y parricidio (GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1992, pp. 833 ss.).

²² Como muestra el hecho de que este caso se ponga como el ejemplo más recurrente: FLORES MENDOZA, 2004, p. 81 ss.; PÉREZ ALONSO, 2013, pp. 69, 72, 99, 102; MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, pp. 127, 129.

establecidos en la modalidad básica se resuelve partiendo de una concepción personal del injusto. En palabras de Maqueda Abreu: «El principio de responsabilidad subjetiva... no debe condicionar únicamente la relación del autor con los elementos esenciales de su infracción, ni sólo con los que la agravan, como en ocasiones se afirma, sino que rige también para los que aminoran su responsabilidad por la concurrencia de una atenuación penal, sea ésta de carácter general o vaya referida a tipos particulares de la Parte especial»²³. Como se aprecia, lo que se postula es la necesidad de atenerse estrictamente a la regla de congruencia entre los hechos objetivos y lo que el sujeto se representa²⁴.

Por último, Maqueda Abreu añade otro argumento favorable a esta tesis. Sostiene que, puesto que el artículo 65.2 CP requiere conocimiento sobre las circunstancias atenuantes para que ejerzan su efecto beneficioso sobre el partícipe, no exigir lo mismo al autor tendría la «inevitable consecuencia de hacer de peor condición a este último [el partícipe] admitiendo, además, una desarmonía inexplicable en el ámbito de los elementos accidentales»²⁵.

Frente a esta solución se han propuesto otras alternativas que siguen siendo minoritarias. Algunas llaman la atención sobre que solo se ha cometido el tipo objetivo del tipo atenuado, por lo que debe aplicarse preferentemente este último²⁶, si se quiere en concurso ideal con la tentativa del delito básico para hacerse cargo del plus representado por el mayor desvalor de acción

²³ MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, p. 126.

²⁴ Así también CEREZO MIR, 1998, pp. 314 ss.; Díez RIPOLLÉS, LL, 1993, p. 96 (donde indica que el tipo básico consumado consume al tipo privilegiado); FLORES MENDOZA, 2004, p. 81; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO/HUERTA TOCILDO, 1986, pp. 150-151; PÉREZ ALONSO, 2013, pp. 74 ss., 100 ss.

²⁵ MAQUEDA ABREU, RPCP, 2023, p. 129 ss. Este argumento se enmarca en una crítica a los autores que, o bien quieren limitar la aplicabilidad del artículo 65.2 CP a las circunstancias genéricas, o bien lo limitan únicamente a los partícipes. Para justificar su crítica, pone varios ejemplos, como el autor de eutanasia que desconoce el consentimiento de la víctima, o el cooperador que proporciona el producto letal no sabe que el homicidio es a petición de un enfermo incurable, o que uno u otro ignoren la relación de parentesco atenuatoria (art. 23 CP) que les une a él. «Lo que aquí se mantiene, de acuerdo con el artículo 65 CP, es la relevancia de esos errores y, por tanto la no apreciación de la circunstancia o elemento típico de atenuación en cualquiera que los desconozca, sea autor o partícipe. Si, a cambio, se toma una decisión selectiva como la de las últimas propuestas examinadas que, o bien beneficie sólo al régimen de las atenuantes típicas –aquí el consentimiento– para ambos, o bien se limite a privilegiar únicamente al autor en esos casos o sólo en el de las circunstancias genéricas –respecto de las que el artículo 65 CP impone el conocimiento al partícipe (por lo menos, de entre las personales, al parentesco)–, habrá que concluir en la existencia de un régimen disfuncional –por inseguro– entre los elementos accidentales y de una verdadera discriminación a los partícipes en cuanto a los efectos beneficiosos que estas últimas teorías asignan a esa clase de error para los autores de circunstancias específicas del injusto».

²⁶ Castro Moreno realiza una interpretación *a contrario sensu* del artículo 14.2 CP para sostener esto, en CASTRO MORENO, 2003, p. 23.

de estas conductas²⁷. Otra propuesta, de la que Peñaranda Ramos parece ser partidario, sugiere hacer prevalecer la calificación del tipo atenuado consumado, «siempre que el desconocimiento de la circunstancia que rebaje la pena venga a constituir una situación análoga a la suposición de una circunstancia que la eleva, pues no atenuar en aquel caso vendría a contradecir el criterio sentado en éste otro, de no agravación»²⁸. Sería un tratamiento analógico favorable al reo que impide la apreciación del tipo básico, de la misma manera en la que no se aprecia una circunstancia agravante cuando se supone erróneamente. En fin, lo que se busca es establecer un correlato entre las relaciones tipo básico-tipo cualificado y tipo privilegiado-tipo básico que permita justificar la identidad de razón entre la no aplicación de la cualificación y la aplicación del privilegio²⁹.

2. Suposición errónea de circunstancias atenuantes

En los casos de error inverso se esgrime también la irrelevancia del error, aunque quizás no tan mayoritariamente. Así, si alguien se representa erróneamente una situación de incurable enfermedad y graves padecimientos (art. 143.4 CP), como en *Eutanasia ilusoria*, debe castigarse por el delito doloso básico consumado (cooperación ejecutiva al suicidio, art. 143.3 CP), que consume al privilegiado intentado, pues se sostiene que la aplicación de la atenuante o el tipo privilegiado requiere que concurra en realidad³⁰. Como solución de compromiso, para suavizar la respuesta penal en estos casos de incongruencia objetivo-subjetiva –que ahora, sorprendentemente, parece no importar tanto–, se remiten a las reglas de medición de la pena del artículo 66.1 CP, para así valorar adecuadamente el menor injusto derivado de un juicio erróneo sobre la gravedad del hecho³¹.

Otros rechazan esta conclusión, manteniendo que «no puede decirse que actuó con dolo de un tipo básico más grave que quien creyó que concurría la

²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, 1997, p. 240.

²⁸ Así lo ha sostenido Mir Puig de manera inalterada desde 1983 hasta la última versión de su manual: MIR PUIG, 2016, p. 283.

²⁹ Así, PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 99. Lo cierto es que en este fragmento este autor expresa sus dudas y lo discutible de esta solución –en algún momento incluso llega a decir que debe recurrirse a la ficción de dolo–, pero acepta sus resultados.

³⁰ PÉREZ ALONSO, 2013, pp. 101 ss.; PÉREZ ALONSO, 1995, pp. 177-178 (aunque reserva la posibilidad de aplicar atenuantes que no concurren realmente cuando tienen un componente altamente personal o subjetivo, referidas a la motivación o a ciertos estímulos del sujeto activo); OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO/HUERTA TOCILDO, 1986, p. 151.

³¹ MAQUEDA ABREU, 2023, p. 136.

circunstancia privilegiante, por errónea (aunque existente) que fuese esa creencia», proponiendo que sea ese conocimiento erróneo del tipo privilegiado el que rijan las consecuencias penales³². De manera similar se sostiene que, la condena al autor por la dolosa consumación del tipo cualificado, cuando desconoce la concurrencia del presupuesto objetivo, implicaría una aplicación analógica *in malam partem* del tipo cualificado³³. Por último, también se ha propuesto la aplicación del tipo atenuado por analogía (ahora pretendidamente *bonam partem*), haciéndose cargo del menor desvalor de acción³⁴; o la solución concursal entre el tipo privilegiado, al que va referido el dolo del autor, y el tipo básico consumado realizado de forma imprudente³⁵.

III. UNA DISTINCIÓN CLAVE

Hasta ahora he tratado de exponer de la manera más ajustada posible la mirada de posiciones doctrinales existentes y los argumentos que las respaldan. Tras examinarlos, aparece un aspecto que se ha pasado por alto y que conviene exponer para arrojar algo de luz en la cuestión que nos ocupa.

Y es que podemos identificar al menos dos tipos de relaciones que se pueden establecer entre los tipos atenuados y los básicos. La primera es una relación de inclusión –todos los ejemplos de tipo atenuado son modalidades del básico, aunque no ocurre del mismo modo al contrario–: el tipo atenuado es conformado por elementos englobados por completo en el tipo básico³⁶.

³² Así, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pp. 224-225. Esta es, por cierto, la solución que recoge expresamente el § 16 II StGB alemán, que dispone que «quien al cometer el hecho supone erróneamente circunstancias que darían lugar a la realización del tipo de una ley más benigna, solo puede ser castigado a título de comisión dolosa de acuerdo con la ley más benigna». De modo similar, también el artículo 60 del CP italiano, para los casos de error en la persona, donde señala que las circunstancias atenuantes específicas erróneamente supuestas relativas a la condición, la cualidad del sujeto pasivo o las relaciones entre este y el culpable serán valoradas a favor de reo, salvo que dichas cualidades se refieran a la edad u otra condición física o psíquica de la víctima.

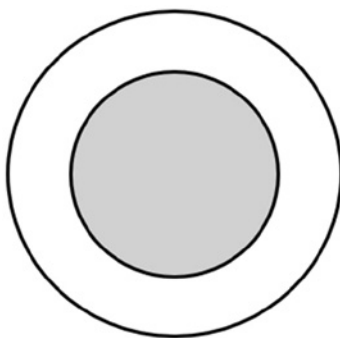
³³ PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 96.

³⁴ Díez RIPOLLÉS, LL, 1993, p. 96; MOLINA FERNÁNDEZ, núm. 2480; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUTS, 2002, p. 446; SALINERO ALONSO, 2000, p. 119.

³⁵ BACIGALUPO ZAPATER, 1997, p. 239. Esta solución parece aceptable para defensores paradigmáticos de la primera visión, como Pérez Alonso, pero siempre que el tipo privilegiado se estime en grado de tentativa y se trate de tipos atenuados en relación de inclusión con el tipo básico –no cuando exista una relación de exclusión formal entre los tipos en conflicto–: PÉREZ ALONSO, 2013, p. 102.

³⁶ Sobre estas relaciones (de inclusión, subordinación o especialidad en sentido lógico-formal), *vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2014b, pp. 84 ss. Aunque la considera una distinción irrelevante, García Albero diferencia entre los elementos adicionales del tipo que constituyan «especiales concreciones de elementos presentes en el tipo genérico», o «elementos añadidos al tipo genérico», de imposible confrontación con este último por exceder de su tenor: GARCÍA ALBERO, 1995, p. 322. Esta situación está en la base de la distinción que realiza la doctrina italiana y chilena entre «especialidad por especificación» y «especialidad

Esta relación se puede representar como dos círculos concéntricos: el tipo atenuado no se ve complementado por un elemento distinto, como el consentimiento del sujeto pasivo, que disminuya la gravedad del delito o la necesidad de pena.

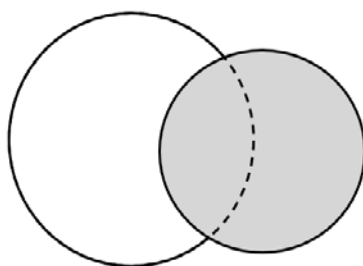


Así, puede definirse como un tipo «empobrecido»: todas las circunstancias que concurren en el tipo básico se dan en el atenuado, pero en menor medida y sin que haya ningún elemento de injusto adicional. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos de hurto, estafa o daños en sus modalidades básica y atenuada; o con el delito de maltrato de obra en relación con el tipo básico de lesiones. En estos casos cobran plena vigencia las observaciones de Mir Puig, o de Castro Moreno, de que es artificioso establecer una asimetría de tratamiento entre el tipo básico y sus modalidades agravadas o atenuadas³⁷.

por adición», DE FRANCESCO, 1980, pp. 61 ss.; MATUS ACUÑA, *Ius et Praxis*, 1999, p. 71, nota 15. Este último autor, no obstante considera la relación entre los artículos 143.3 y 143.4 del CP español un ejemplo de especialidad por especificación. García Albero considera que, en cualquier caso, la relación de especialidad existe sin excepción en ambos grupos, pues «la denominada especialidad por especificación puede describirse analíticamente como una hipótesis de especialidad por adición»: GARCÍA ALBERO, 1995, p. 323, nota 8.

³⁷ CASTRO MORENO, 2003, pp. 49 ss. No me resisto a compartir sus incisivas reflexiones: «si el autor de detenciones ilegales que deja en libertad a la víctima creyendo que se habían cumplido ya 15 días desde la privación de libertad, cuando en realidad todavía se encontraba en el día 14, no puede aplicársele el tipo agravado consumado por la sencilla razón de que éste no existe por no concurrir objetivamente el elemento cualificante. En tal caso, podremos afirmar que el sujeto ¡ha tenido suerte! Y que se beneficiará de la inconcurrencia objetiva de una circunstancia agravante que él creía inexistente. Si, en cambio, el sujeto creyó que habían pasado ya tres días, cuando en realidad aún se encontraba en el segundo en el momento en que puso en libertad a la víctima sin haber alcanzado el objetivo que se había propuesto, según este sector doctrinal, deberíamos afirmar ¡vaya faena!, no se podrá beneficiar de su error. Esto... supone conceder relevancia distinta, sin que exista alguna justificación de justicia material, a idéntico error» (pp. 48-49). Es un ejemplo muy parecido al que utiliza Mir Puig, que le sirve para enfatizar la idea de que «negar la aplicación del tipo atenuado del núm. 2 del artículo 163 supondría, pues, elevar la penalidad por la suposición errónea del tipo descrito en el núm. 1 del mismo artículo, lo que ya se dijo que no era lícito»: MIR PUIG, 2016, p. 283.

Una relación distinta se constata entre tipos básicos y atenuados cuando el elemento privilegiante añade algo que «enriquece» el supuesto de hecho, aportando razones de peso que obligan a reconfigurar la respuesta penal ante el suceso. En este caso, la relación es de interferencia y puede representarse mediante dos círculos secantes. Esta circunstancia que obliga a una nueva ponderación de intereses, típica de las causas de justificación, puede ser el consentimiento o una situación objetivamente disculpante, como la presencia de una enfermedad incurable y graves sufrimientos físicos o psíquicos. De hecho, si no estuvieran contemplados expresamente, seguramente en algunos casos podría acudir a las reglas generales de justificación legal o supralegalmente constituidas (como ocurre en algunos casos con el consentimiento de la víctima)³⁸. Así, ejemplos de tipos atenuados «enriquecidos» serían el de lesiones con el consentimiento del lesionado, el aborto fuera de los casos previstos en la ley con el consentimiento de la embarazada, o el de ejecutar directamente una muerte consentida, sin saber que esta se producía en un contexto eutánico punible del artículo 143.4 CP.



La posibilidad de concebir estas relaciones como círculos concéntricos (relación de especialidad) o como círculos secantes (relación de exclusión) ya había sido apuntada por algunos autores³⁹. Entre ellos, y muy recientemente, Silva Sánchez, que se inclina por entender que «la dependencia del tipo privilegiado con respecto al tipo básico se refleja mejor mediante la estructura de círculos concéntricos». Por eso, en casos de error, tanto directo como inverso, procede aplicar el tipo básico⁴⁰. Sostiene que entender la relación de otra ma-

³⁸ *Vid.*, al respecto, las recientes consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, 2025, 22/20 ss.

³⁹ Por todos: SÁNCHEZ TOMÁS, ADPCP, 1993, pp. 681 ss.

⁴⁰ Admite, eso sí, que en la individualización judicial de la pena se tenga en cuenta la concurrencia objetiva de la situación desconocida para el sujeto, como un supuesto de «menor gravedad del hecho» (art. 66.1.6.ª CP) —en los casos de error directo—; y teniendo en cuenta la vencibilidad o invencibilidad del error —en supuestos de suposición errónea—: SILVA SÁNCHEZ, 2025, 12/143-144.

nera conduciría a apreciar una tentativa del tipo básico con la concurrencia adicional de la situación objetiva del tipo privilegiado⁴¹. Lo que sostengo aquí es que, en realidad, entre los tipos básicos y privilegiados se dan los dos tipos de relaciones y que esto tiene como consecuencia la necesidad de un tratamiento diferenciado en materia de error.

Seguramente, el hecho de pasar por alto estas diferencias ha provocado que la discusión doctrinal no haya sido siempre tan fructífera como debiera. Simplemente se estaban discutiendo cuestiones que no eran comparables. Además, se ha dado la circunstancia de que se ha tendido a utilizar los (más escasos) tipos privilegiados «enriquecidos» como modelo o como banco de pruebas básico para crear una regla general aplicable a todos los errores sobre circunstancias atenuantes, tomando así la parte por el todo. Como indiqué anteriormente, los textos que se ocupan monográficamente sobre este tema siempre parten de variantes de casos de homicidio-cooperación ejecutiva al suicidio-eutanasia, donde un individuo desconoce, o supone erróneamente, un determinado contexto que hace más grave o más disculpable la producción de la muerte de otro.

Estos no son buenos casos para testar las bondades de los razonamientos⁴² por dos motivos: primero, porque en algunos de ellos (art. 138 en relación con art. 143 CP) la relación de tipo básico/atenuado no es evidente, sino que, más bien, parece que entre ellos existe una relación de exclusión: el suicidio es un *aliud*, y no un *minus*, respecto del homicidio⁴³. Tal y como expusieran entre otros Gimbernat Ordeig y Peñaranda Ramos, la participación en el suicidio ha de punirse expresamente porque, de no ser así, se trataría de la participación en un hecho no punible (el suicidio), y por tanto, necesariamente impune⁴⁴. En segundo lugar, incluso aunque aceptemos que en algunos casos sí se constata una relación de tipo básico-tipo privilegiado, como aquellas variantes donde el vínculo se establece entre apartados del artículo 143 CP –*Eutanasia ilusoria* o *Eutanasia por accidente* son ejemplos de esto⁴⁵– debe reconocerse que presen-

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, 12/143.

⁴² Como indica también TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, p. 78, en relación con el efecto distorsionador de los casos de aborto en la discusión sobre el efecto oclusivo de las causas de justificación, cuando señala «el pernicioso efecto que el protagonismo del concreto caso del aborto ha ejercido sobre el desarrollo de la investigación del tema objeto de este estudio».

⁴³ MARTÍNEZ SANROMÀ, InDret, 2025, p. 332.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, RDPC, 2004, pp. 86 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, p. 276; PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 200 ss. Este último autor precisa que el artículo 143.3 CP sería, en realidad, una modalidad atenuada del homicidio cometido por una tercera persona, contando con la voluntad de la víctima: PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 6920. También FELIP I SABORIT, 2025, p. 57.

⁴⁵ Aunque no debe olvidarse que estos delitos contienen elementos que hacen difícil que se pueda alegar error, ya que se requiere no solo el contexto objetivo, sino «la petición expresa, seria e inequívoca» de la víctima.

tan una morfología peculiar, distinta a otros supuestos de circunstancias atenuantes, lo que impide que las soluciones dogmáticas allí alcanzadas puedan elevarse automáticamente a la categoría de regla general para el resto de casos.

Tras haber hecho esta precisión, estamos en mejores condiciones para abordar de forma más certera las propuestas de tratamiento doctrinal del error sobre las atenuantes.

IV. CRÍTICA

Un argumento mollar en contra de la apreciación del elemento privilegiante es la regla de congruencia entre los hechos objetivos y lo que el sujeto se representa: una persona que libera a un privado de libertad al tercer día, creyendo que era ya el cuarto, cumple los requisitos objetivos y subjetivos del tipo básico de privación de libertad, que se limita a castigar el particular que encierre o detenga a otro. Por tanto, sostienen, este es el que ha de aplicarse. Mantienen exactamente lo mismo en el ejemplo inverso, aquel en el que la persona pretende liberar a la víctima el tercer día y acaba haciéndolo por error el cuarto.

A mi juicio, esta postura no se hace cargo de que sí hay una incongruencia: en el primer ejemplo, la persona ha permanecido objetivamente bajo custodia durante tres días, aunque subjetivamente se pretendieran cuatro. En el segundo, ocurre exactamente lo contrario: el dolo no abarca el resultado que se materializa, más grave del pretendido. Y estas incongruencias algo deben de importar porque hay un dato (el paso del tercer al cuarto día) que normativamente tiene valor, igual que lo tiene el paso del día 15.º al 16.º a efectos de aplicar la agravación del artículo 163.3 CP. En fin, ignorar que los hechos fueron objetiva o subjetivamente menos graves –porque el legislador así lo ha decidido, no porque necesariamente sea así–, supone agravar la responsabilidad, bien por lo que el individuo se representaba (algo que rechazaríamos si se tratara del art. 163.3 CP), o bien por lo que acaba pasando sin su previsión (algo demasiado parecido a los delitos cualificados por el resultado, erradicados por regla general de nuestro CP).

Además, hay un poderoso argumento de *lege lata* que viene a apuntalar lo que aquí se dice. Y es que, cuando el legislador quiere castigar estos excesos objetivos realizados por imprudencia (como en *Hemofilico*), lo hace expresamente. Así ocurre con los delitos de lesiones agravadas imprudentes del artículo 152 CP, o el de homicidio imprudente cuando el hecho reviste notoria gravedad del artículo 142 bis CP⁴⁶. En ellos, a pesar del tenor literal del artículo 14.2

⁴⁶ Se pueden indicar otros, como los artículos 324 (daños), 331 (delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales), 358 (incendio) y 367 (salud pública).

CP –que impide apreciar cualificaciones o agravantes sobre las que recaiga error– se castigan los resultados más graves que los que el sujeto se representó⁴⁷. En definitiva: no se puede fingir lícitamente la existencia de dolo sobre el exceso objetivo. En su caso, y solo cuando esté previsto, podrá punirse por imprudencia.

Esto, además, no propicia –al menos, en ninguna forma que yo atisbe– un régimen disfuncional o discriminatorio para los partícipes, frente a lo que señala Maqueda Abreu. Para empezar, porque el artículo 65 CP no se aplica solo a los partícipes, sino a cualquier interviniente, ya que el principio básico que establece no es privativo de la participación, sino que lo es de la responsabilidad penal en general⁴⁸. Si a nuestro ejemplo de la detención ilegal que concluye un día antes de lo proyectado le añadimos un cooperador necesario, ambos serán responsables de la modalidad privilegiada consumada (si se quiere, en concurso ideal con una tentativa de delito básico). Veamos otro ejemplo más parecido a lo que seguramente está pensando Maqueda Abreu. En esta variante, un inductor pretende que el autor detenga a la víctima al menos seis días, y el autor la libera al tercero. El autor se beneficiaría de la atenuación –sobre esto no cabe duda–, pero en alguna medida también el inductor, ya que el principio de accesoriedad determina que la calificación del partícipe se vea influida por el hecho que finalmente tiene lugar⁴⁹. En fin, incluso aunque haya variaciones en la respuesta penal para ajustar la responsabilidad al auténtico dolo del inductor (cuestión que, por razones de extensión, no puedo tratar aquí⁵⁰), creo que es precipitada la afirmación que estas variaciones serán siempre injustificadas, ya que dependerá de los elementos subjetivos y objetivos, personales y no personales, que se den en el caso concreto. Lo que se dice en este trabajo es, simplemente, que es necesario considerar estos elementos para garantizar que cualquier diferencia de trato responda a una justificación razonable.

Todas estas observaciones son difícilmente rebatibles en los supuestos de tipos privilegiados «empobrecidos», como el de *Error de cálculo*, los mencionados de detenciones ilegales o similares, pero quizás pueden parecer menos satisfactorias en relación con los tipos privilegiados «enriquecidos». Por

⁴⁷ Esto lo apunta también Peñaranda Ramos: «aunque el artículo 14.2 establezca que “el error sobre un hecho que cualifique la infracción... impedirá su apreciación”, ello no se podía interpretar en el sentido de que la concurrencia del dolo de ocasionar alguna lesión de menor importancia neutralice lo dispuesto en los artículos 152 o 621.3 para la producción imprudente de las lesiones más graves. A lo sumo, cabría extraer de la letra del artículo 14 CP un motivo para intentar formular el concepto de “hecho constitutivo de la infracción” de un modo que abarque también los elementos particulares de esas distintas modalidades de lesiones»: PEÑARANDA RAMOS, 2014b, pp. 135-136.

⁴⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, 2024, núm. 2996.

⁴⁹ *Vid.*, PEÑARANDA RAMOS, 2014b, pp. 182 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 326 ss.

⁵⁰ Como muestra de la complejidad del asunto, me remito al comentario de nuestro homenajeado sobre el caso Rose-Rosahl en PEÑARANDA RAMOS, 2011, pp. 61 ss.

ejemplo, en un caso en el que se yerra sobre el consentimiento de las lesiones graves (se lesiona a alguien sin saber que anteriormente había dejado escrito en una carta que aceptaba tales daños); o en *Eutanasia por accidente*⁵¹. La razón seguramente proceda del parentesco de estos tipos «enriquecidos» con las causas de justificación⁵² y del hecho de que siempre han existido voces que consideran imprescindible para aplicarlas el elemento subjetivo —la persona tenía que saber que su conducta estaba justificada, si no, lo propio es condenar por delito doloso consumado—⁵³. Aunque las razones no convencen, ha de reconocerse que al menos resulta congruente con estos planteamientos.

Con independencia de esta posible explicación, lo cierto es que el resultado de este razonamiento es que se ignora un dato normativo que aparece en el tipo, que debe concurrir y sobre el cual el conocimiento debe recaer para castigar la conducta como dolosa. Imaginemos que, en el ejemplo de *Eutanasia ilusoria*, hay un inductor que influye en otro para que ayude a suicidarse a la víctima (art. 143.3 CP). Cuando va a hacerlo, descubre se da el contexto especial que relata el artículo 143.4. O, incluso, uno en el que la conducta está completamente justificada porque cumple con el procedimiento establecido en la normativa reguladora de la eutanasia *ex* artículo 143.5 CP. ¿Cómo ignorar ese dato cuando decidimos sobre el castigo del inductor?

V. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

En realidad, mi propuesta no difiere mucho de lo que han sostenido otros autores: básicamente, que la congruencia objetivo-subjetiva impide ignorar datos normativos relevantes que el sujeto se representa o que concurren en realidad. Quizás el lector se pregunte qué añade entonces la distinción entre

⁵¹ En este ejemplo, recordemos, se acaba con la vida de alguien que se quería suicidar (art. 143.3 CP), sin saber que esta padecía una enfermedad grave e incurable, así como graves sufrimientos, ya que era demasiado orgullosa para contarlos (art. 143.4 CP).

⁵² Como apunta también Tomás-Valiente Lanuza (como mínimo) en relación con los artículos 143.4 y 5 CP: «La LORE [Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia] se constituye, así, en una causa de justificación específica de las conductas tipificadas en el artículo 143.4 CP, por expresa remisión al Código Penal, siempre que satisfagan los requisitos en ella previstos; cuando ello no suceda, será de aplicación el propio 143.4 CP o, en su caso, los apartados precedentes». *Vid.*, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, TyD, 2021a, pp. 118, 119; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2021b, p. 22. Cfr., sin embargo, MARTÍNEZ SANROMÀ, In-Dret, 2025, p. 348, que se posiciona en contra de esta idea al entender que nos encontramos directamente ante conductas atípicas que no deben vincularse al ámbito de la justificación.

⁵³ *Vid.*, sobre la discusión acerca de estas posturas que se centran en el desvalor de acción, SANZ MORÁN, 1993, *passim*. Seguramente, también valga cuando se trate de la aplicación de un elemento privilegiante que dependa de la presencia de elementos subjetivos específicos, como el aprehender a una persona «para presentarla inmediatamente a la autoridad» que detalla el artículo 163.4 CP.

tipos privilegiados «enriquecidos» y «empobrecidos». ¿Para este viaje hacían falta estas alforjas?

Pues bien, esta distinción es útil para entender por qué debe darse un tratamiento distinto en los casos de error. Se ve mejor con los dos ejemplos mencionados de *Error de cálculo*, donde se cree hurtar 100€ (tipo atenuado), pero en realidad hurta 450€ (tipo básico); y *Eutanasia ilusoria*, donde se acaba con la vida del que se cree que padece graves sufrimientos (tipo atenuado), pero en realidad simplemente se quería suicidar. En el primer escenario, debería condenarse por el tipo privilegiado consumado (se ha consumado eso y más, pero el dolo no cubre ese más y no hay modalidad imprudente). En el segundo, lo correcto sería en cambio castigar por la tentativa del artículo 143.4 CP en concurso con la modalidad imprudente del delito materializado –si cabe–.

Así, en los delitos atenuados «empobrecidos» no hay elementos subjetivos adicionales que conformen una conducta distinta a la del tipo básico. La relación es de total inclusión, por lo que, aunque en *Error de cálculo* el elemento subjetivo no alcance la cuantía total, sí que cubre como mínimo la del tipo privilegiado. En los tipos «enriquecidos», en cambio, estos elementos subjetivos añadidos configuran una conducta distinta. Esto impide establecer una relación de progresión entre ambos: el elemento subjetivo del tipo privilegiado abarca elementos especiales distintos a los que se encuentran ínsitos en el tipo básico, por lo que la concurrencia del dolo sobre el tipo atenuado excluye el del tipo básico, y viceversa. El delito de lesiones no lleva implícito el castigo de las lesiones consentidas, a diferencia del tipo de hurto básico (si quiero hurtar 450, necesariamente quiero hurtar 100). Si alguien cree que las lesiones que está infligiendo habían sido aceptadas válidamente, necesariamente rechaza que sean no consentidas.

Una vez sentada esta distinción, decidir cómo abordar el exceso, bien mediante la aplicación de la tentativa (cuando el exceso sea subjetivo), bien mediante tipos imprudentes (cuando el exceso sea objetivo y estén expresamente previstos), es algo que seguramente dependa del caso concreto y de las consecuencias penológicas previstas.

VI. CONCLUSIÓN

Soy consciente de que mi aportación es más bien modesta y que asume el riesgo de premiar la «suerte» del individuo, pero creo que la alternativa (fingir el dolo) es un mal aún mayor. La distinción entre tipos «empobreci-

dos» y «enriquecidos» ayuda a explicar las razones por las que se aceptó con tanta facilidad el castigo por hechos más graves que los producidos. Mi hipótesis es que, al esbozarse el régimen de tratamiento de error sobre las atenuantes pensando en supuestos de tipos atenuados «enriquecidos», se trasladaron las mismas conclusiones extraídas para los casos de justificación donde no se constataba el elemento subjetivo: puesto que este se consideraba en ocasiones un elemento esencial, su ausencia determinaba la aplicación del tipo doloso consumado.

Esta lógica, en cambio, contradice por completo nuestras intuiciones cuando nos referimos a los tipos «empobrecidos»: ¿por qué ha de ignorarse un dato fáctico clave como es el maltrato de obra (art. 147.3 CP)? ¿No importa si se produce o no una lesión sin menoscabo de la integridad corporal, siempre que el sujeto se represente lo primero? ¿Y por qué la respuesta ha de depender de cuál es el tipo que el legislador erige como tipo básico? Estoy convencida de que, en estos casos, las respuestas se inclinarían con más facilidad por darle relevancia al error.

Por último, la distinción entre tipos «empobrecidos» y «enriquecidos» también sirve para explicar por qué dar un tratamiento diferenciado en algunos casos de error: mientras que en los tipos «empobrecidos» el error no debería impedir la aplicación de la atenuante —pues el tipo básico funciona estructuralmente como una agravación—, en los enriquecidos la solución debe atender a la incorporación de elementos ajenos que resignifican la acción y configuran un delito distinto, lo que nos obliga a castigar por tentativa de delito básico o privilegiada, si se quiere en concurso con el delito imprudente finalmente materializado.

En fin, ni confirmo ni desmiento que es una coincidencia feliz que la clasificación contenga —aunque parezca difícil de creer, de una manera no forzada— el nombre de nuestro homenajeado Peñaranda Ramos (tipos *enriquecidos*). Sea o no casualidad, sirva esta categoría para simbolizar lo que, en definitiva, celebramos en esta obra: lo mucho que su magisterio ha enriquecido, y sigue enriqueciendo, nuestro Derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *Circunstancias del delito e inseguridad jurídica*, en Cuadernos de Derecho judicial. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Madrid, 1995, pp. 43-68.
- El sistema de las circunstancias del delito: estudio general, Valladolid, 1982.

- ARIAS EIBE, Manuel: El error en Derecho penal en el Código de 1995, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Principios de Derecho penal. Parte General, 4.^a ed., Madrid, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: El parentesco en el Derecho penal, Barcelona, 1973.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Madrid, 1995.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: La aplicación de las circunstancias del delito, Valencia, 2015.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *El tratamiento del error en la reforma de 1983: artículo 6 bis a*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 38, 1985, pp. 703-720.
- Manual de Derecho Penal español. Parte general, Barcelona, 1984.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César: La premeditación, Barcelona, 1958.
- La alevosía, Barcelona, 1953.
- CASTRO MORENO, Abraham: El error sobre las circunstancias atenuantes, Valencia, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el proyecto de Código Penal*, La Ley, núm. 2, 1993, pp. 899-909.
- *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 30, 1977, pp. 597-650.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo: Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali, Milán, 1980.
- DE VICENTE REMESAL, Francisco Javier: *Violación-estupro: error sobre la edad de doce años*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 28, 1986, pp. 75-122.
- FELIP I SABORIT, David: *Tema 1. El homicidio y sus formas*, en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Barcelona, 2025, pp. 31-31.
- FLORES MENDOZA, Fátima: El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español, Granada, 2004.
- GARCÍA ALBERO, Ramón: *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época, núm. extraordinario 2, 2004, pp. 75-100.
- *Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 45, 1992, pp. 833-854.
- Estudios de Derecho Penal, 3.^a ed., Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Valencia, 1988.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: Teoría jurídica del delito. Derecho penal parte general, Madrid, 1984.

- MAQUEDA ABREU, María Luisa: *El error sobre las circunstancias: insuficiencias de una regulación desafortunada*, Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 37, 2023, pp. 117-139.
- *De nuevo acerca de las circunstancias*, en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002, pp. 849-863.
- *El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 21, 1983, pp. 699-718.
- MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol: *La inducción al suicidio. En defensa de una interpretación realista del artículo 143.1 CP*, InDret, núm. 3, 2025, pp. 317-366.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre: *Aportando a la reforma penal chilena. Algunos problemas derivados de la técnica legislativa en la construcción de delitos improprios: el error y el concurso*, Ius et Praxis, vol. 5, 1999, pp. 63-113.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal Parte General, 10.^a ed., 2.^a reimpresión corregida, Barcelona, 2016.
- La reincidencia en el Código Penal, Barcelona, 1974.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Causas de justificación, Dolo, imprudencia y error, Autoría y participación delictiva*, en Memento Práctico Penal 2025, 2024, núm. 1560-2000, 2430-2508, 2905-3106.
- OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana: Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito, 2.^a ed., Madrid, 1986.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Homicidio*, en Memento Práctico Penal 2025, Madrid, 2024, núms. 6902-7024.
- *¿Unidad o pluralidad de «hechos» en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola “acción”? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía*, en Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento, Colombia, 2022, pp. 797-837.
- *Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros*, en La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, Madrid, 2021, pp. 199-242.
- *Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, en La responsabilidad en los delitos especiales, Buenos Aires, Montevideo, 2014a, pp. 1-58.
- Estudios sobre el delito de asesinato, Buenos Aires, 2014b.
- *Caso Rose-Rosahl*, en Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal, Madrid, 2011, pp. 61-79.
- Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación, Madrid, 1991.
- La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, 1990.
- PÉREZ ALONSO, Esteban: El error sobre las circunstancias del delito, Valencia, 2013.

- Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes *indeterminadas* en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, Barcelona, 1995.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: El error de prohibición en el Derecho penal económico, Barcelona, 2023.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo: Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, A Coruña, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín/PRATS CANUT, José Miguel: Manual de Derecho Penal, 3.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2002.
- SALINERO ALONSO, Carmen: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, Granada, 2000.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José M.: *Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 46, 1993, pp. 679-695.
- SANZ MORÁN, Ángel: Elementos subjetivos de justificación, Barcelona, 1993.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *La Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas*, Teoría y Derecho, núm. 29, 2021a, pp. 98-127.
- *Prólogo*, en La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, Madrid, 2021b, pp. 13-23.
- El efecto oclusivo entre causas de justificación, Granada, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Derecho penal. Parte general, Las Rozas (Madrid), 2025.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: El elemento subjetivo de justificación y graduación del injusto penal, Barcelona, 1994.

25. LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL DELITO

DR. EZEQUIEL VACCHELLI
Universidad Nacional de Cuyo

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Cuando comencé a estudiar intervención delictiva en el marco de mi doctorado¹, hubieron algunas obras imprescindibles que alumbraron el camino a seguir; una de ellas fue *La participación en el delito y el principio de accesoriedad* del Prof. Peñaranda Ramos². Un trabajo con diversas virtudes, entre las que destacan la profundidad del estudio histórico que precede a la labor sistemática y un diagnóstico preciso de los problemas que plantea el principio de accesoriedad, los cuales son respondidos con rigurosidad dogmática. La siguiente contribución toma como excusa el tema de los actos preparatorios del delito con el fin de desplegar un enfoque singular sobre el principio de accesoriedad de la participación en un diálogo con el pensamiento de nuestro homenajeado.

II. PREPARACIÓN E INTERVENCIÓN

No ha de valorarse del mismo modo la adquisición de un arma de fuego para la práctica deportiva o su compra con la finalidad de cometer un homici-

¹ Mi tesis trató sobre el principio de accesoriedad de la participación y fue dirigida por los Profs. Ricardo Robles Planas y Omar Palermo con la máxima calificación en la Universidad Pompeu Fabra el 14 de diciembre de 2018. El tribunal estuvo integrado por el Prof. Jesús-María Silva Sánchez, el Prof. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro y nuestro homenajeado, el Prof. Enrique Peñaranda Ramos. Este trabajo se publicó bajo el título *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad* en Atelier (2020).

² PEÑARANDA RAMOS, 2015 (reimpr.).

dio. Sin embargo, el problema no reside allí, sino en determinar a partir de qué momento una conducta que impulsa el delito se considera prohibida y cuáles son sus consecuencias sistemáticas previo a ser refutada con pena. Comprar un arma de fuego para matar al vecino no es equivalente a comprarla para probar puntería en una silueta metálica, pero ¿conseguir el dinero para comprar el arma de fuego para matar? o antes todavía ¿iniciar los trámites para obtener el permiso o consultar precios en las armerías? Podríamos avanzar con más preguntas hasta llegar al momento mismo de la ideación, pero ya ha quedado claro el argumento. Como desarrollaré a continuación, lo que diferencia a un acto preparatorio del delito de un comportamiento de intervención delictiva no es su función, es decir, impulsar el delito, sino la forma de su expresión: mientras uno se mantiene dentro del perímetro de libertad primordial del ciudadano, el otro lo desborda.

En doctrina se le suele llamar actos preparatorios del delito a todo aquello que, en el marco del *iter criminis*, sucede antes del comienzo de ejecución. La oscuridad en este tema es particularmente asombrosa y ello se debe a dos razones. Por un lado, porque en su tratamiento no se distinguen con claridad los niveles de la antinormatividad y la punibilidad del delito. Por otro lado, porque se postula una explicación común que no se aproxima a la específica forma de aparición del hecho punible discriminando según se trate de hipótesis de autoría individual o hipótesis de co-delincuencia. En la teoría de la autoría y la participación, el trabajar al margen de los niveles de la antinormatividad y la punibilidad conduce a confundir comportamientos prohibidos a los que todavía no se les aplica la norma de sanción con comportamientos permitidos que tienen la misma consecuencia, es decir, que no se castigan. Así, Roxin insinuaba que los actos preparatorios del delito estaban prohibidos, pero sin afirmarlo categóricamente y, desde luego, sin precisar cuáles eran sus consecuencias sistemáticas³.

Las implicaciones de la determinación del carácter de los actos preparatorios como permitidos o prohibidos –cuestión metodológicamente previa a la discusión sobre su punibilidad– no es un mero ejercicio académico, puesto que de la respuesta a esta cuestión depende, por ejemplo, la admisión del derecho de la víctima o de la autoridad estatal a reaccionar justificadamente contra quien ayuda o induce al ejecutor. Formulado con otras palabras, si no se tiene en claro el status normológico del comportamiento que impulsa el delito, entonces tampoco se puede establecer con precisión si el Estado o la víctima tendrían que esperar hasta que el ejecutor comenzase a realizar el delito a los

³ Véase, por ejemplo, ROXIN, 2006, § 29/93 aunque refiriéndose a supuestos de autoría individual.

efectos de impedir la actualización típica del proceso ejecutivo⁴. De este modo, la infracción de la norma de comportamiento de la participación no debe ser asimilada a un acto preparatorio por el solo hecho de que acarrea, antes del comienzo de ejecución del hecho principal a manos del ejecutor, su misma consecuencia, a saber, la impunidad⁵. Por otra parte, considerar permitido a todo aquello que sucede antes de la tentativa punible implica asumir, para explicar la intervención punible en la fase previa, una antijuridicidad sometida a condición.

El Prof. Peñaranda Ramos advierte con razón que la idea de que los actos preparatorios no estarían prohibidos y terminarían siéndolo en virtud del acto sucesivo de otro agente «es simplemente insostenible»⁶. Aunque sería posible que la punibilidad de una conducta quede condicionada a que se produzca un acontecimiento posterior no tendría sentido una prohibición sometida a condición⁷. Es «inimaginable que una conducta jurídico-penalmente indiferente se convierta en punible por la posterior producción de un acontecimiento»⁸. Pero, al mismo tiempo, nuestro homenajeado rechaza que pueda prohibirse cualquier conducta que pueda presentarse como un estadio previo a la realización de un tipo penal⁹. Se revela nuevamente el núcleo del problema: ¿cuál es la materia prohibida antes de la ejecución?

III. EL PERÍMETRO DE LIBERTAD PRIMORDIAL DEL CIUDADANO

El perímetro de libertad primordial del ciudadano comprende un ámbito interno de derechos que no debe ser restringido¹⁰. Se trata de un desprendimiento necesario del Derecho penal de acto en tanto límite a la injerencia es-

⁴ En general, con argumentos dogmáticos y político-criminales de distinta índole se admite la reacción justificada en estado de necesidad defensivo contra el partícipe que, en caso de salirse con la suya, frustraría luego una defensa eficaz para repeler la agresión del autor. Así, JAKOBS, 2014, p. 17.

⁵ Comete este error también KINDHÄUSER, 1984, pp. 64 s.; el mismo, NStZ (1997) p. 274: «Der deliktsfördernde Beitrag des A ist sub specie Tatbestand so wenig verboten wie es eine entsprechende Vorbereitungshandlung des Täters selbst wäre».

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2015 (reimpr.) p. 452. También lo aprecian así JAKOBS, 2014, pp. 19 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 2014, § 50/24; SANCINETTI, 1997, p. 80.

⁷ Así, PEÑARANDA RAMOS, 2015, (reimpr.) p. 452.

⁸ HÖPFNER, ZStW, 1906, p. 585.

⁹ «Ya que entonces no quedaría mucho espacio para las conductas humanas permitidas. Pero la acción del estadio previo si está prohibida en su cualidad precisamente de acto preparatorio. Comprar un revolver no está prohibido; pero lo está como preparación de un asesinato. Aunque la antijuridicidad de la acción preparatoria sea de un carácter secundario y no constituya, allí donde no se añade ninguna ejecución, una antijuridicidad que la ley penal tome en cuenta, se trata en cualquier caso de una antijuridicidad», PEÑARANDA RAMOS, 2015, (reimpr.) p. 452 con cita a BELING, 1906, pp. 346 s.

¹⁰ Véase también VACCHELLI, 2021, *InDret*, pp. 5 ss.

tatal en la prevención y sanción del delito¹¹. Este ámbito abarca los actos preparatorios del delito constituidos, en primer lugar, por los pensamientos, deseos e intenciones delictivas, esto es, la llamada etapa de la ideación. Por ejemplo, el ciudadano es libre para garabatear en un borrador un proyecto delictivo, siempre que éste no desborde su esfera íntima. Existe en la doctrina un acuerdo general en relación con su impunidad¹². En segundo lugar, los actos preparatorios incluyen las manifestaciones de esta subjetividad que se concretan en interacciones estereotipadas¹³. Estos *outputs* pueden definirse provisionalmente como exteriorizaciones que todavía no significan una infracción de la norma de comportamiento. En este punto, sin embargo, la doctrina oscila entre tolerarlas o considerarlas prohibidas. Según entiendo, se trata de interacciones *permitidas* que deben valorarse análogamente a aquellas que se producen en el ámbito de las conductas neutrales (por ejemplo, comprar legalmente un arma de fuego). Ahora bien, es necesario realizar precisiones según nos encontremos frente a delitos realizados por un único autor o frente a proyectos delictivos emprendidos por varios. En una hipótesis de autoría individual el comprar legalmente un arma de fuego no es una conducta antinormativa, incluso cuando en su fuero íntimo el agente pensase en hacerse con ella para lesionar a su vecino. Por su parte, en los casos de co-delincuencia, debido a las particularidades del delito realizado en división de tareas en tanto manifestación fenomenológica, acciones de esta índole no habrán de ser consideradas prohibidas *sí y sólo sí* permanecen dentro de la esfera de control del intervi-

¹¹ En profundidad, HIRSCH, FS-Lüderssen, 2002, p. 254; JAKOBS, ZStW, 1985, pp. 762 ss. Según WELZEL, 1967, § 8 I 1 b, los procesos mentales que solo tienen lugar en la mente del sujeto como el cálculo mental, la reflexión, imaginación o planeamiento del hecho también son acciones. Sin embargo, con base en el principio del hecho las mismas no están prohibidas si no se objetivan externamente. El principio del hecho como tal es una de las bases fundamentales del Derecho penal moderno, según el cual se responde por lo que se hace y no por lo que se piensa. «En su sentido más elemental se trata de un principio garantístico que trata de evitar la indagación en la esfera íntima del sujeto. Ello enlaza con el clásico aforismo de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur*. Pero, además, el principio del hecho suele tener un contenido material que se relaciona con el principio de lesividad, y que adquirió especial protagonismo entre los autores de la ilustración. No se castigarán los pensamientos sólo porque no pueden ser probados, sino porque desde la perspectiva jurídica sólo son punibles los hechos que interfieren en la esfera de libertad ajena lesionando sus derechos. Aunque pudiera probarse la mala intención del autor, ella por sí misma no tendría trascendencia mientras no se traduzca en la comisión de hechos lesivos», MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 744. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 1092 ss.

¹² Así, SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1096. Las opiniones, sin embargo, no son categóricas cuando se trata de la prevención de delitos de terrorismo o de aquellos que ponen en peligro la existencia misma del Estado de derecho. «Así se habla incluso de “delitos protopreparatorios”, como por ejemplo, los que se fundamentan en la “finalidad de capacitarse para cometer delitos de terrorismo”», SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1107.

¹³ «En aquellos casos en los que la actuación no constituye una “conducta neutra”, los actos preparatorios de una futura ejecución delictiva no se integran en la propia esfera de libertad», SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1098.

niente. Continuando con el ejemplo: en la etapa pre-ejecutiva de un homicidio en el que uno de los co-intervinientes compra legalmente un arma de fuego, pero la envía a casa del otro co-interviniente a cargo de dispararle al vecino, ya no estaremos en presencia de un acto preparatorio permitido, sino de una conducta de participación y, por lo tanto, prohibida.

El trazado de un perímetro de libertad primordial que comprenda los actos preparatorios del delito es el anverso de asumir el criterio de la pérdida del control del riesgo para determinar el momento de la infracción de la norma de comportamiento¹⁴. En el caso anterior, el interviniente inicialmente ha interactuado en el plano de las conductas neutrales, pero ha perdido el control del curso causal a manos de un tercero: comprar un arma de fuego no está prohibido, pero sí lo está ponerla a disposición del ejecutor, desentendiéndose de lo que pueda ocurrir con ella. A esta regla general ha de realizársele un matiz. Si el agente no ha perdido el control material de la intervención, pero existen indicios vehementes de la utilización de la prestación con fines delictivos, entonces debe equipararse tal actuación con la de quien ha dejado pasar la última oportunidad de revocar en forma segura su intervención. Esto vale tanto para la autoría individual como para los supuestos de co-delincuencia.

Vamos con otro ejemplo: cuando el marido se dirige a comprar un arma de fuego fantaseando con la muerte de su mujer, pero a ello le anteceden cartas amenazantes que han llevado a la víctima y a la autoridad estatal a tomar determinadas medidas de precaución, no puede apreciarse un acto preparatorio. Aquí es el sentido comunicativo delictivo de su conducta el que ha abandonado su esfera interna, a pesar de que el agente todavía tenga en sus manos el control del curso causal¹⁵. En rigor, el criterio continúa siendo el mismo, un *output* peligroso que desborda la esfera de control del partícipe/autor, en un caso de manera material –primer ejemplo– en otro caso, de manera simbólico-comunicativa –segundo ejemplo–. De este modo, el *output* en tanto déficit de motivación jurídica relevante que debe ser tenido en cuenta como regla general es aquel que recae sobre el devenir material del curso causal, aunque en determinados casos frente a conductas que parecen mantenerse dentro de un ámbito neutral de interacción, la intención delictiva objetivada le quitará su carácter ubicuo y le imprimirá un significado delictivo. Así, en el marco del ejemplo

¹⁴ «El ámbito interno termina cuando lo abandona su titular, pues a partir de este momento ya no realiza la contraprestación (*Synallagma*) que ha de aportarse para que lo interno esté libre de controles: el cuidado por la no peligrosidad externa de la organización interna», JAKOBS, 1991, 25/1b. En la misma línea, SANCINETTI, 1997, p. 75.

¹⁵ Se pronuncia de manera similar, JAKOBS, GS-Kaufmann, 1989, p. 277, aunque refiriéndose a la tentativa acabada del autor individual.

anterior, la autoridad estatal tiene derecho a truncar el avance del proyecto delictivo, esto es, impedir la compra del arma de fuego a quien lleva meses amenazando de muerte a su pareja. Para que las fantasías permanezcan amparadas por el perímetro de libertad primordial del ciudadano no debe intervenir en absoluto la comunicación.

A efectos de hacer más clara mi posición en este tema, la distinción entre lo *íntimo* y lo *éxtimo* puede ser útil¹⁶. Lo *éxtimo* hace referencia a aquello que está muy próximo a lo más interior del sujeto sin dejar de ser exterior. Este neologismo, desde luego, tiene implicaciones precisas en el dominio de la psicología que no me interesa desarrollar. Lo que pretendo poner de relieve es su potencial didáctico para advertir que un acto externalizado puede continuar dentro del perímetro de libertad primordial por su localización normativa todavía interna en lo que respecta a la relación del agente con la norma de comportamiento¹⁷. Sería una manifestación externa de lo que los escolásticos llamaban tentación. La contraposición entre lo interno y lo externo no es más que un naturalismo que nada nos dice si no lo interpretamos normativamente. Los actos preparatorios pueden ser «íntimos» [ideación] o *éxtimos* [conductas estereotipadas] y ambos están permitidos mientras no se externalicen normativamente de manera relevante. Esto es, mientras no se enfrenten a la norma de comportamiento, acontecimiento que se produce cuando el agente pierde la posibilidad de revocar de modo seguro su intervención. Lo *éxtimo* no se opone a lo íntimo, sino que debe asimilarse a ello y, a la inversa, lo *éxtimo* no debe identificarse automáticamente con un déficit de motivación jurídica relevante, si no existe una regla jurídica especial que así lo establezca, en tanto adaptación peligrosa. Cuando una conducta no puede referirse a un motivo en el mundo exterior que interesa al Derecho penal, entonces ha de suponerse que se trata de una representación de un motivo del agente en su mundo interior.

Los actos preparatorios del delito –tanto en supuestos de codeinlucencia como en supuestos de autoría individual– no están prohibidos. En los casos de intervenciones pre-ejecutivas, se prohíbe realizar *Y* cuando su valor se corresponde con una colaboración o una motivación que infringe las normas de la participación, aunque *Y* todavía no se integre en *Z* [que significa al menos una tentativa punible], no cumpliéndose, por lo tanto, todos los requisitos necesarios para sancionar. Esto significa, a su vez, que no se prohíbe realizar *X*, aun

¹⁶ El término extimidad (del francés extimité) fue utilizado por Lacán inicialmente en su Seminario sobre la ética del psicoanálisis modificando la palabra intimidad (intimité) a través del prefijo ex.

¹⁷ «El principio del hecho no debería conducir a la interpretación, ciertamente “naturalista”, de que la existencia de algo “externo” al autor –traducido hasta el momento en el presupuesto mínimo de un “movimiento corporal”– sea una condición definitoria para la imputación penal», SANCINETTI, 1995, p. 13.

cuando pueda apreciarse materialmente que el agente ya comienza a coquetear con el proyecto delictivo. *X* no es equivalente a *Y*, es decir, no es un comportamiento antinormativo (aún) y, por lo tanto, está permitido. El agente puede fantasear, idear [*intimidad*], incluso exteriorizar tramos iniciales de su plan delictivo en el ámbito de interacciones estereotipadas [*extimidad*] y, mientras no pierda el control sobre el devenir del hecho en el plano material o comunicativo, su actividad quedará amparada por el perímetro de libertad primordial del ciudadano. Que los actos preparatorios permanezcan en la esfera privada del individuo es un coste que ha de pagarse por vivir en un Estado de derecho¹⁸. Una sociedad de libertades debe asumir el riesgo de que sus ciudadanos coqueteen con proyectos delictivos.

IV. INTERVENIR EN LA ETAPA PREVIA A LA EJECUCIÓN

En la codelinquencia, lo que la doctrina dominante a menudo considera un acto preparatorio prohibido, en rigor es una infracción de la norma que prohíbe impulsar proyectos delictivos por mano ajena, cuando aquel comportamiento desborda el propio ámbito de control. En la tentativa acabada de intervención existe una resolución, un acto de decisión y desprecio por el orden jurídico que ya no es íntimo y de allí ha de tomarse el contenido de injusto de la participación. Esta carga simbólica no está presente en el acto preparatorio que permanece normativamente dentro de la esfera de control del agente. Quien abandona el control del curso causal de su intervención en manos de un tercero le da un giro a la ruleta que el Derecho no tolera; por el contrario, quien solamente compra las fichas, elige un número, se acerca a la rueda, la imagina girar, pero no apuesta, todavía no juega, es decir, no infringe norma alguna. Antes de la tentativa acabada de intervención hay una indiferencia abstracta, un abismo de libertad del que todavía nada puede predicarse. Se trata de una intención no objetivable que [normativamente] nada quiere y, en consecuencia, a la que el Derecho no puede acceder¹⁹.

Este planteamiento no se ve conmovido, como ya puse de relieve, por las asimetrías que pueden apreciarse con los supuestos de autoría individual, puesto que el interviniente —con la misma acción— infringiría la norma de comportamiento antes que en una hipótesis de actuación en solitario. Frente a ello

¹⁸ Advierte PALERMO, FS-Sancinetti, 2021, pp. 583 ss. sobre la inconveniencia político-criminal y dogmática del adelantamiento de punibilidad a estadios previos a la exteriorización de la conducta.

¹⁹ En profundidad VACCHELI, 2020, pp. 108 ss.

cabe oponer que un mismo acto preparatorio como manifestación fenomenológica no debe interpretarse obligatoriamente de la misma manera en la autoría en solitario o en la realización del delito por varios. El ejecutor en solitario, a diferencia del interviniente, mantiene en su poder la posibilidad segura de frustrar el hecho, por lo tanto, es precisamente el criterio de la pérdida del control del riesgo el que resuelve de manera armónica los casos de *iter criminis* dilatados en el tiempo, tanto en los procesos ejecutivos individuales como en los colectivos²⁰. La doctrina mayoritaria a menudo identifica la preparación del delito en la co-delincuencia con lo que hace el autor único antes de la ejecución, y en esto precisamente consiste su error: equiparar el sentido de la actividad pre-ejecutiva en ambos supuestos. La permisón o prohibición de la preparación del delito según sea o no mantenida dentro de la propia esfera de control es relativa a cada interviniente [solución individual de la tentativa en la norma de comportamiento]. Por ello, en un proceso ejecutivo de varios, la actuación prohibida de quien en la trastienda impulsa o facilita la realización del delito es, para el ejecutor, un acto preparatorio permitido²¹.

V. LOS DOMINIOS DE LO TÍPICO, LO NO TÍPICO Y LO ATÍPICO

En el final de esta contribución realizaré una breve presentación de un principio de accesoriedad normológicamente acuñado con dos dimensiones que operan en los niveles de la antinormatividad y la punibilidad, respectivamente. De momento, basta con anticipar que la función prospectiva de la accesoriedad presenta sus mayores prestaciones en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo y en el dominio de lo *no-típico*. Es allí donde se verifica una infracción de la norma primaria de la participación, pero que aún no alcanza el umbral de lesividad relevante que fundamenta su refutación mediante pena. Se trata de una actividad antinormativa contingente en orden a la aplicación de la norma secundaria. Cuando un agente interviene en la trastienda, es decir, con anterioridad al momento de la tentativa punible, puede que esta no se actualice. Mientras que el interviniente que coopera una vez que la escena típica se está actuando, al menos será castigado por intervención en un hecho en grado de tentativa. Por ejemplo, si el arma de fuego facilitada no es utilizada por el

²⁰ La prohibición se adelanta en los casos de participación porque, desde un punto de vista normativo, el agente demuestra el déficit de lealtad al Derecho en un momento anterior.

²¹ Siempre que el control del riesgo de la aportación o motivación se transfiera del interviniente al ejecutor. Pues, en caso contrario, esa actuación, con base en la división de tareas que lo vincula, también sería prohibida para él.

ejecutor, tendremos entonces una tentativa acabada de intervención [infracción de la norma de comportamiento] y este *iter criminis* frustrado, a pesar de evidenciar un déficit de motivación jurídica, permanecerá impune [regla de la accesoriedad externa en el nivel de la norma de sanción]. Frente a los casos intervención en el estadio previo, para no caer en la trampa irreductible entre la prédica de su atipicidad (equiparación con los actos preparatorios) y su tipicidad (asimilación con la estructura de un delito de la Parte especial), debemos pensar en una tercera vía que fracture este contrapunto. Entonces, si la conducta del partícipe no es *atípica* –es algo más– pero tampoco es *típica* –es algo menos que una infracción típica punible de los tipos de la Parte especial del Código penal– quizá la solución sea entenderla como «no-típica». Pero ¿qué es una conducta *no-típica* y cuál es la diferencia entre predicar la *a-tipicidad* de una conducta o predicar su *no-tipicidad*?

De las dos decisiones político-criminales básicas que vinculan al legislador, determinar el ámbito de lo prohibido y determinar el ámbito de lo punible, puede obtenerse una clasificación básica pero esencial de las conductas que le interesan al Derecho penal. Así, hay conductas no prohibidas; prohibidas, pero no (todavía) punibles y, en fin, prohibidas y punibles²². En teoría de la intervención delictiva, calificar una conducta como *no-típica* significa que esta no se opone a la tipicidad como algo permitido, sino que se presenta como una diferencia dentro del dominio de la antinormatividad, si el *iter criminis* se ha extendido en el tiempo y algunos de los agentes ha exteriorizado de modo relevante una actividad dirigida a favorecer o motivar la comisión de un hecho delictivo. La predicación negativa *no* implica algo diferente de la tipicidad, pero no su rechazo [«a-»]. Cuando afirmamos que la conducta previa al inicio de ejecución es *no-típica* estamos implicando que aún no es típica de una figura de la Parte especial del Código penal –lesión típica de la posición jurídica– pero, no por ello necesariamente atípica en el sentido de una acción de la que no se sigue nada jurídico-penalmente²³. Solo los actos preparatorios y los comportamientos neutrales son atípicos y, como tales,

²² Tomo esta clasificación de SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 582. Si bien es cierto que cuando el profesor español hace referencia a conductas «prohibidas, pero no punibles (no sancionables)» no está pensando en las intervenciones pre-ejecutivas, sino en infracciones no culpables, me parece que la clasificación tolera una lectura acorde a mi planteamiento.

²³ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1099 les llama «actos preparatorios condicionadamente típicos». «En general, las conductas preparatorias son solo condicionadamente típicas. Sin embargo, también existen actos preparatorios incondicionalmente típicos. Estos últimos, a su vez, pueden ser de dos clases. Por un lado, cabe que hayan sido tipificados por el legislador como delitos autónomos en la Parte especial. Por otro lado, pueden haber sido definidos por el mismo legislador como conductas punibles en la Parte general, en relación con todos los delitos o con algunos, especialmente graves, en particular», SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1100.

frente a ellos no es posible predicar un sentido de continuación delictiva si no sucede algo más que revierta su significado. «El injusto no, pero sí su tipicidad penal está condicionada retroactiva y retardatariamente, cuando el comportamiento debe omitirse también sin atender a la materialización del resultado, pero solo se ha de tratar como típica si sobreviene el resultado. No es que el comportamiento se tolere en este caso, sino que su peligrosidad abstracta debe quedar demostrada por el resultado para poder ser suficientemente ‘anómala’ a efectos de una reacción penal»²⁴.

Para entender mejor esta idea, debemos hacer un ejercicio mental que consiste en relativizar lo *no-típico* como susceptible de ser antinormativo con consecuencias precisas, no considerándolo una negación absoluta de la tipicidad (atipicidad) en tanto negación actual, pero pendiente de la totalización de su significado en el *porvenir*²⁵ del plan delictivo. El interviniente se aleja de aquella esfera de libertad primordial que comprende a los actos preparatorios y al mismo tiempo cruza la frontera de la tentativa acabada de intervención. Con su actividad dolosa o imprudente el agente se liga a la actuación auto-responsable de quien obrará último, unión de sentido que se puede explicar gracias al registro prospectivo de la accesoriedad, aunque el hecho principal no se ejecute. Quien ha dejado salir de su ámbito de control un curso causal peligroso que se dirige a insertarse en un proyecto delictivo que todavía no se concreta, se encuentra justo en un punto medio entre lo típico y lo atípico: no puede afirmar que su conducta carece de significado delictivo, pues ya es antinormativa, pero tampoco su cuestionamiento es una infracción que merezca sanción. Este es el punto crítico que no es correcto desplazar a ninguno de sus extremos²⁶.

La solución del legislador es correcta pues, si bien el agente ha exteriorizado su voluntad hostil al Derecho [solución individual de la tentativa de intervención en el nivel de la norma de comportamiento], su peligro todavía no se

²⁴ JAKOBS, 1991, 10/3.

²⁵ En los idiomas español y francés contamos con dos palabras para futuro, las cuales no pueden traducirse adecuadamente a lenguas como la alemana o la inglesa: futuro [*futur*] y porvenir [*avenir*]. Futuro es el futuro como continuación del presente, como la plena realización de condiciones que ya están allí, mientras el porvenir pone de relieve una discontinuidad con el presente, una ruptura radical con la conducta de intervención por la actuación responsable de otro agente. En los casos de pluralidad de intervinientes porvenir es lo que todavía está por-venir (intervenciones pre-ejecutivas y contingentes), no solo lo que será (intervenciones concomitantes y necesarias). Y esta es una de las causas que nos debe llevar a replantearnos cómo juega el principio de accesoriedad en ese porvenir contingente en manos ajenas. El porvenir de la realización típica, como la escultura que espera ser liberada del bloque de mármol del artista, ya está latente en el presente de la conducta del partícipe, en lo que hemos identificado como una conducta no-típica. Sobre la distinción entre *futur* y *avenir*, véase ZIZEK, 2013, pp. 249 ss.

²⁶ Crítica a las teorías del injusto autónomo de la participación en PALERMO, FS-Sancinetti, 2021, pp. 579 ss.

ha concretado en la lesión típica de un bien jurídico, y es prudente esperar hasta que el autor dé inicio a la ejecución [solución global de la tentativa en el nivel de la norma de sanción]. En efecto, si no se da el paso hacia la *fase dos*, la conducta del partícipe no podrá ser sancionada. Pero, como ya ha quedado claro a esta altura del trabajo, esta impunidad no ha de conducirnos a la asimilación con los actos preparatorios. En la cooperación o inducción frustrada se presenta una *negación fáctica*, algo que no fue, pero normativamente podría haber sido y de allí su peligro contingente de materialización. Esta comprobación *ex post* no anula retroactivamente la antinormatividad de la conducta peligrosa del partícipe –pues su interpretación es prospectiva–, simplemente la deja suspendida por no haberse comprobado todos los presupuestos necesarios para recurrir a la drasticidad de una pena. Por esto mismo se mantiene la justificación de las acciones emprendidas por la víctima o la autoridad estatal contra el partícipe. Así, el legislador demuestra una actitud político-criminal equilibrada desde un punto de vista preventivo.

Por el contrario, en el ámbito de los actos preparatorios tenemos una *negación normativa*, algo que por principio no puede ser: estos no están prohibidos, pues se encuentran dentro del perímetro de la libertad primordial reconocida al ciudadano y, si este decide no traspasarla, no exterioriza un sentido delictivo relevante. La valoración del acto preparatorio se realiza con un criterio *ex ante* e individual, el cual permite aislarlo del efecto de halo de la accesoriidad prospectiva, siempre que pueda comprobarse que no se ha desbordado el ámbito de control del agente. El ciudadano se mantiene dentro del perímetro de libertad primordial, incluso cuando su intención ya sea hostil al Derecho, pero debido al principio del hecho, no puede considerarse como un prólogo prohibido de una afectación típica. *Los actos preparatorios normativamente nunca pueden ser (imposibles), si no sucede algo más; las intervenciones en la fase previa son peligrosas como tales (contingentes), aunque no suceda nada más.* Y si no se concreta fácticamente esta peligrosidad en una lesión, esto no significa que deban ser toleradas, pues «normativamente podrían haber sido».

VI. LA PERTURBACIÓN NO-TÍPICA DEL INTERVINIENTE ANTES DE LA EJECUCIÓN

Las normas jurídicas son directivas de comportamiento que definen en sus contornos ámbitos de libertad jurídicamente garantizada²⁷. El reconoci-

²⁷ Lo expresa en su forma lógica, KALINOWSKI, 1973, pp. 3 ss.

miento de una posición jurídica concreta implica la imposición de deberes determinados²⁸. No obstante, los tipos penales no se identifican directamente con el ámbito de la asignación del correspondiente derecho: el derecho a la vida es bastante más amplio que la prohibición de darle fin de manera dolosa o imprudente. Esto es producto de que las esferas de libertad de los ciudadanos –principio de proporcionalidad y última *ratio* mediante– no pueden garantizarse únicamente de modo jurídico-penal²⁹. El legislador incluye en su ecuación preventiva un interés en proteger sin recortar de manera insoportable la libertad de acción. En consecuencia, para alcanzar un equilibrio entre la protección de una determinada esfera jurídica y la libertad de aquellas colindantes, se requieren determinados requisitos para castigar al infractor de una norma de comportamiento, por ejemplo, que el proceso delictivo haya alcanzado un determinado grado de avance. La infracción culpable de una norma de comportamiento no detona siempre una reacción formalizada mediante pena.

Conforme con ello, no debemos identificar ligeramente la ausencia de un determinado umbral de lesividad con su completa ausencia. La afectación típica de una esfera jurídica es la más alta agresión contra un ciudadano, pero antes de ella pueden existir otros modos de lesión. Atípicos y encausables por la vía civil, así como *no-típicos*, pero con relevancia jurídico-penal. Si bien es cierto que solo a partir del comienzo de ejecución se lesiona típicamente el derecho de la víctima, no debe ignorarse que, ni únicamente es el interviniente ejecutor quien lesiona el objeto del bien jurídico protegido, ni tampoco que existen modos *no-típicos* de lesión de la esfera jurídica de la víctima. Incluso antes del comienzo de ejecución, puede el partícipe –pero también el coautor o el autor mediato– lesionar la posición jurídica de la víctima de un modo *no-típico*. No siempre coincide la disvaloración jurídica de un hecho con el contenido del tipo. El andamiaje normativo que diseña la operatividad del tipo penal es rígido –principio del hecho, prohibición de interpretación analógica, etc.– impidiendo que el mismo pueda comprender conductas que no signifiquen una lesión actual del objeto de protección del bien jurídico.

En la intervención en la fase pre-ejecutiva se trata de un *peligro mediato de lesión típica* de la facultad de utilización del objeto de bien jurídico que produce una *afectación inmediata no-típica* de la facultad de *disposición ulterior* del mismo objeto. El partícipe que actúa antes de la ejecución pone en *jaque* la posición jurídica protegida por el Derecho. Esto lo hace de un modo

²⁸ Así, RENZIKOWSKI, GA, 2007, pp. 562 ss.

²⁹ Sobre la «síntesis» de la lógica de la prevención, la lógica utilitarista de la menor intervención y la lógica de las garantías individuales, véase SILVA SÁNCHEZ, 2010, pp. 442 ss., quien advierte que la prevención, para ser eficaz, ha de atender a la proporcionalidad.

no-típico, es decir, el partícipe no comienza a matar en el sentido del tipo penal del artículo 138 CPE, pero sí perturba la relación del titular con el bien jurídico vida: *el partícipe crea un peligro prohibido que afecta la legítima disposición futura del bien*. Ya desde el momento en el que existe una acción de intervención que desborda el perímetro de libertad primordial del ciudadano-infractor se limita la autonomía individual del ciudadano-víctima³⁰. Por ejemplo, si A informa a B la fecha en la que el dueño de un valioso diamante estará fuera de su domicilio para que lo sustraiga con mayor facilidad. Al entregar estos datos, A no le *roba* a la víctima y, sin embargo, ya está afectando su esfera jurídica: nadie debe soportar tal amenaza para la integridad de su patrimonio. Esta *preparación* no es un acto preparatorio atípico protegido por el perímetro de libertad primordial del ciudadano. El partícipe amenaza el derecho subjetivo de la víctima sobre la futura disposición de su propiedad, aunque todavía no se haya comenzado a ejecutar la agresión típica³¹. Las normas de la participación sirven para erigir reglas de conductas determinadas en el momento en que debe adoptarse la decisión sobre la ejecución u omisión de la acción en cuestión, esto es, «tienes prohibido facilitar un futuro robo». ¿Acaso quién sería tan osado para contratar con el dueño del valioso diamante si conoce que alguien ya ha puesto a disposición del autor los medios idóneos para sustraer la piedra preciosa? En ese momento, aunque la víctima todavía no esté privada de la posesión de la cosa, se ve menoscabado su derecho a la disposición futura del bien, dificultándose la eventual realización de, por ejemplo, un negocio a plazo o de su ofrecimiento en garantía. En resumidas cuentas, la joya acabaría teniendo un valor de mercado menor³².

³⁰ Coinciden en el recurso al concepto de autonomía individual como centro de la teoría de la legitimación de las prohibiciones y mandatos jurídicos, RENZIKOWSKI, 1997, p. 73 y ROBLES PLANAS, 2012, pp. 24 ss., con más referencias.

³¹ En esta línea, MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, 1999, pp. 156 ss.

³² KINDHÄUSER, 1995, pp. 448 ss. aprecia en el ámbito de la tentativa que el «daño que puede sufrir una persona no sólo reside en el sustancial menoscabo de un bien, sino también en la privación de disponer de forma segura del mismo». En este orden de ideas, pone como ejemplo una casa que, por circunstancias políticas, súbitamente se ve inmersa en una zona de guerra, y disminuye su valor por encontrarse en peligro pese a no haberse alterado su sustancia. Si bien esta idea en el ámbito de la tentativa –principalmente la inidónea– es objeto de controversia (véase MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 668), entiendo que es plenamente aplicable a los casos de participación pre-ejecutiva, donde se comprueba una afectación de la posición jurídica protegida en el tipo penal de la Parte especial, mediante su puesta en peligro: el tipo se proyecta en la actividad del partícipe. Esto no significa apreciar en el injusto de la participación la afectación de un bien jurídico distinto, consistente en la tranquilidad o sentimiento de seguridad subjetivo. El partícipe menoscaba el derecho subjetivo a disponer plenamente del bien: nuevamente, lo que ha menoscabado el partícipe no es la tranquilidad del dueño –aunque ello eventualmente también sucediera– sino el valor de mercado de la piedra preciosa. Esto se advierte claramente en los casos de tentativa de inducción a un delito grave, en donde la actividad del partícipe alcanza un umbral de peligro demasiado alto que no suele pasar desapercibido para el legislador, castigándose con base en la escala penal de la correspondiente figura de la Parte especial.

Usualmente, cuando el partícipe realiza su aportación o motivación los detalles del hecho ya se encuentran definidos en líneas generales: quién será la víctima, cuál será el momento aproximado de la comisión del hecho, las circunstancias espaciales, etc. De otro modo no se podría realizar la aportación o no podrían brindarse los argumentos necesarios para inducir al ejecutor. Esta comprobación no solo justifica la prohibición de la participación antes de la ejecución, sino que también explicita el contenido material del injusto de la participación. Esta reduce el *potencial de acción jurídicamente reconocido a la víctima*³³, afectando su derecho subjetivo sobre el bien y justificando así una facultad de exclusión que se presenta como el anverso del deber de tolerancia impuesto al partícipe. En consecuencia, el Estado podrá irrumpir justificadamente en la esfera del interviniente no ejecutor para impedir que se cuestione la disponibilidad del derecho subjetivo de la víctima o, en su representación, podrá hacerlo ella misma en estado de necesidad defensivo, para evitar aquel peligro que, aunque no frustra totalmente el uso y goce de su derecho, hace incierto su disfrute. El interviniente no ejecutor que se adapta a un interviniente ejecutor —que requiere ayuda por cobardía, comodidad e imposibilidad o que no cuenta con la motivación necesaria para decidirse al delito— cuestiona el derecho a la disposición cierta del bien jurídico y frustra la plena detentación del derecho subjetivo de su titular. Quebranta, por ende, un deber negativo de no lesionar, incluso antes de que su aportación se actualice en una lesión típica, pues se perturba sin derecho la autonomía individual del ciudadano.

VII. ACCESORIEDAD PROSPECTIVA Y RETROSPECTIVA

El planteamiento anterior implica abandonar un principio de accesoriedad monolítico, es decir, forjado con una única fisonomía —en cualquiera de sus modelos tradicionales—³⁴. Ello en tanto, la adscripción a la teoría de las normas impone que el aspecto interno y el aspecto externo del principio de accesoriedad se configuren con base en los presupuestos jurídicos que se exigen en los niveles de la antijuridicidad y la punibilidad de la participación, respectivamente³⁵. Pero tales presupuestos no pueden concebirse como una

³³ Así ROBLES PLANAS, 2012, p. 26.

³⁴ Véase con más profundidad, VACCHELLI, GA, 10/2025, pp. 571 ss.

³⁵ La pregunta sobre el fundamento del injusto de la participación y el fundamento de su castigo se corresponden con dos niveles analíticos distintos, a saber, el de la antijuridicidad y el de la sancionabilidad o punibilidad. En consecuencia, primero cabe dilucidar la razón por la que la cooperación en un hecho

amalgama inarticulada. Así, por un lado, la accesoriedad en el nivel de la antinormatividad debe diseñar el injusto de la participación a partir del principio de autonomía, enfocándose en la relación personal del infractor con la norma jurídica como directiva de comportamiento. En este momento, el término individual recibe todo su peso. Por otro lado, la accesoriedad en el nivel de la punibilidad habrá de ser una guía útil para señalar a qué persona ha de castigarse y por cuál título, debiendo entonces centrarse en la obra colectiva como menoscabo de una posición jurídica ajena. Desde luego, en este segundo nivel el colectivo es el protagonista.

La función dogmática del principio de accesoriedad, basada en la distinción normológica apuntada, implica que su dimensión interna varíe conforme se encuentre operando como guía para la acción del partícipe o como fundamento de la imputación de la obra común. En el primer caso, se trata de proyectar el injusto culpable (actual o futuro) del hecho delictivo en la actividad del interviniente para impedir que esta se concrete en la afectación de una posición jurídica protegida. La accesoriedad, entonces, es *menos que mínima* y opera como una regla intersubjetiva de abstención individual frente a un comportamiento peligroso. En el segundo caso, debido a que ya no se trata de prevenir un peligro hacia adelante, sino de atribuir responsabilidades hacia atrás, la accesoriedad opera como fundamento de la imputación. Esto es, una regla que posibilita determinar cuándo el partícipe se ha expresado en el colectivo, con el fin de refutar su comportamiento de intervención en tanto actuación a través de una mano ajena. En este nivel, la accesoriedad no puede ser sino máxima.

Este doble registro del principio de accesoriedad distingue el injusto culpable que proyecta la norma primaria, en tanto hecho habilitante de la antijuridicidad de la participación, del injusto culpable que comprueba la norma secundaria, en tanto hecho habilitante de la punibilidad. Si bien aquel injusto es suficiente como razón para la acción, no lo es como razón para el castigo. De esta distinción se derivan consecuencias centrales: una accesoriedad al injusto culpable como disvalor material del hecho de cara a terceros permite explicar satisfactoriamente, por ejemplo, la intervención pre-ejecutiva y su diferencia con los actos preparatorios permitidos, las normas que adelantan la barrera de punibilidad antes de la realización típica, así como la existencia de deberes de tolerancia previos a la ejecución; mientras que, la accesoriedad

delictivo que ejecuta un tercero es contraria a Derecho y, acto seguido, cuáles son los presupuestos bajo los cuales ha de refutarse su hecho mediante el recurso a la pena. Abiertamente ROBLES PLANAS, 2003, p. 117, entre otros.

máxima en la norma de sanción, abre el camino para la aplicación de una pena de participación justa, esto es, únicamente en aquellos casos en los que el cómplice o el inductor han *tomado parte* en una expresión de sentido relevante.

En el registro prospectivo la dimensión interna de la accesoriedad equivale a la realidad recortada del injusto culpable ejecutado en división de tareas en tanto valoración jurídica proyectada. Este injusto se configura según los conocimientos personales del interviniente y en él se manifiesta la desautorización responsable de una norma de conducta —«aquel “otro” ejecuta(rá) un homicidio, no te conciertes»—. Como tal es un límite a la libertad del agente prescribiéndole no adaptarse, de manera completamente independiente a la eventual comprobación *ex post* de la infracción real de la norma de comportamiento dirigida al co-interviniente, una cuestión a ponderar en el registro retrospectivo. En aquel primer momento, marcadamente individual, de lo que se trata de identificar al hecho delictivo en función de su lesividad para las posiciones jurídicas protegidas y orientar la actividad del destinatario de la norma de la participación hacia la abstención.

Por su parte, en el registro retrospectivo no se trata de un hecho proyectado que desde delante le indica al partícipe por dónde ha de transitar, sino que se presenta, desde una perspectiva *ex post*, como una comprobación e imputación (del juez) de la modificación mancomunada y culpable de la posición jurídica de la víctima. Por ende, en el plano de la norma de sanción la accesoriedad es máxima, requiriéndose un hecho culpable en el que la naturaleza o los terceros como factores explicativos del acontecimiento nada tengan que decir. En los casos de división del trabajo donde la ejecución del hecho aparece fraccionada, en el nivel de la punibilidad lo que interesa es que las aportaciones individuales se integren unas con otras y sean comunicadas como un suceso perfecto. Mientras que el objeto de referencia de la antijuridicidad de la participación es la propia intervención al hecho delictivo proyectado, en la norma de sanción ya no se trata de la cuota individual en el hecho, sino de su real concreción mancomunada.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Un especial agradecimiento al Prof. Peñaranda Ramos que con su *iter* académico ha contribuido al desarrollo de la teoría de la intervención delictiva con rigurosidad y creatividad. Un profesor querido por sus alumnos y sus pares. También una especial consideración a sus discípulos que con este libro homenaje expresan el cariño y el reconocimiento a su maestro. Un gesto sig-

nificativo en nuestro ámbito, en donde es crucial comunicar convencidos, además de las ideas, los afectos.

BIBLIOGRAFÍA

- HIRSCH, Hans Joachim, *Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?* en PRITTWITZ et al (ed.) Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag, Baden-Baden, pp. 253 ss, 2002.
- HÖPFNER, *Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe*, ZStW 26, 1906, pp. 579 ss.
- JAKOBS, Günther, *Theorie der Beteiligung*, Tubinga, 2014.
- *Strafrecht, AT*, 2.^a ed, Berlín, 1991.
- *Täturvorstellung und objektive Zurechnung*, en DORNSEIFER et al (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, 1989, pp. 271 ss.
- *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97, 1985, pp. 751 ss.
- KALINOWSKI, Georges, *Einführung in die Normenlogik* (trad. Klein), Fráncfort del Meno, 1973.
- KINDHÄUSER, Urs, *Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 12.2.1997 – 2 StR 28/97* en NStZ, 1997, pp. 273 ss.
- *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Fráncfort del Meno, 1984.
- MAURACH/GÖSSEL, Zipe, *Strafrecht AT*, t. II, 8.^a ed., Heildelberg, 2014.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- MURMANN, Uwe, *Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal* (trad. Robles Planas), *Revista del Poder Judicial*, 53, 1999, pp. 153 ss.
- PALERMO, Omar, *Das eigene Unrecht der Teilnahme an einer fremden Tat?* en Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag en Hilgendorf et al (ed.), Berlín, 2020.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La Participación en el delito y el principio de accesoriedad (reimpr.)*, Montevideo, 2015.
- RENNIKOWSKI, Joachim, *Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung*, GA, 2007, pp. 561 ss.
- RESTRIKTIVER TÄTERBEGRIFF UND FAHRLÄSSIGE BETEILIGUNG, Tubinga, 1997.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Dogmática de los límites al Derecho penal* en Hirsch et al (ed.) *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012.
- *La participación en el delito*, Madrid, 2003.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht AT*, t. I y II, 4.^a ed. Munich, 2006.
- SANCINETTI, Marcelo, *Ilícito personal y participación: apéndice: modelo de disposiciones legales de orientación penal subjetivistas*, Buenos Aires, 1997.

- Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Derecho penal PG, Madrid, 2025.
- Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2.^a ed., Montevideo-Buenos Aires (2010).
- VACCHELLI, Ezequiel, *Prospektive und retrospektive Akzessorietät der Beteiligung*, GA 10, Heidelberg, 2025.
- *Accesoriedad prospectiva y retrospectiva en la intervención delictiva. Un análisis a partir de la teoría de las normas* en Repensando la teoría de las normas, Comares, 2025.
- *La aportación individual a la obra colectiva*, InDret 3, Barcelona, 2021.
- Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad, Barcelona, 2020.
- WELZEL, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 10.^a ed., Berlín, 1967.
- ZIZEK, Slavoj, Less than nothing: Hegel and the shadow of dialectical materialism, Londres, 2013.

II

En particular, la autoría y la participación

1. SOLUCIONES JURÍDICAS A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

I

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el tratamiento jurídico-penal de la participación de extraños en delitos especiales ha experimentado, en paralelo a la reforma legal de 2003, una evolución en la jurisprudencia que se ha centrado fundamentalmente en los delitos cometidos por autoridad o funcionario público¹. Para ello ha influido también el hecho de que la teoría de los delitos de infracción de un deber, ideada por Roxin en los años 60 en Alemania, haya gozado de cierto predicamento en la doctrina española². Con la desaparición de figuras delictivas tradicionales presentes en el CP de 1973, como el parricidio o el infanticidio, con las que se ilustraba –sobre todo en la doctrina– las soluciones jurídicamente aplicables a la participación de extraños en delitos especiales, este clásico problema doctrinal apenas se ha proyectado en la práctica sobre los delitos de violencia doméstica³ ni de violencia de

¹ Al respecto v. RUEDA MARTÍN, RAAP, 2021, pp. 21 ss.

² V. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002, pp. 27 ss.

³ Que comprenden como estructuras típicas completas: maltrato de obra y lesiones leves (art. 153.2), amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos (art. 171.5), injurias o vejaciones injustas de carácter leve (art. 173.4). Solo las injurias y vejaciones injustas de carácter leve presentan la circunstancia de que la conducta del extraño es atípica si la realiza en calidad de autor.

género⁴, que serían herederos de los anteriores en relación con esta problemática. La cuestión dogmática de la participación de extraños en delitos especiales fue uno de los objetos centrales de mi tesis doctoral y en su abordaje resultaron decisivas las valiosas aportaciones del profesor y querido colega Enrique Peñaranda, cuya influencia fue determinante en la concepción de la solución que propuse a este complejo problema jurídico.

La incorporación al Código Penal en 2003 de un apartado tercero en el artículo 65, que regula la responsabilidad del inductor y del cooperador necesario cuando en ellos no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, aportó una solución legislativa –anticipada por vía jurisprudencial– al problema del tratamiento jurídico de la participación de extraños en delitos especiales propios, esto es, de aquellos delitos en los que ni inductor ni cooperador necesario podrían actuar como autores, pero sí responder como partícipes de un hecho típico al que hubieran contribuido dolosamente. Hasta entonces había sido dominante por influencia o aplicación directa del artículo 65.1 la ruptura de la unidad del título de imputación en aquellos supuestos en los que era posible encontrar acomodo a la conducta del extraño a través de otra figura delictiva paralela al delito especial y, en caso contrario, se mantenía el castigo del extraño a través del delito especial, pues solo en un plano teórico podía postularse la impunidad de este. Conforme a la nueva previsión legal, que resulta un trasunto de la regulación del § 28, 1 del Stgb, el partícipe *extraneus* debe ser castigado por el delito especial, pero con la posibilidad de aplicarle facultativamente una pena atenuada. Por lo tanto, es relevante la calificación jurídica que corresponde al partícipe, pero igualmente lo es la consecuencia jurídica con la que responsabilizarle penalmente conforme a sus circunstancias personales, de manera que no tenga por qué ser equivalente a la del *intraneus*, pero tampoco inferior a la de quien se limita a participar en un delito común⁵.

⁴ Que comprenden como estructuras típicas completas: maltrato de obra y lesiones leves (art. 153.1), amenazas leves (art. 171.4) y coacciones leves (art. 172.2).

⁵ Se aprecian desajustes axiológicos y consecuentes desfases penológicos cuando se pretende aplicar el régimen jurídico contenido actualmente en el artículo 65.3 CP a los denominados delitos de infracción de un deber impropios, como sería, según una concepción extrema de los mismos, un homicidio cometido por quien es pariente de la víctima: en tal caso y de aplicar el artículo 65.3 sobre la pena del homicidio agravado por la circunstancia de parentesco, el extraño podría incurrir en una penalidad inferior a la del tipo básico de homicidio; v. ROBLES PLANAS/RIGGI, 2014, p. 64. Es posible que el desfase penológico pueda soslayarse no apreciando la atenuación de una pena que es en todo caso facultativa (v. en este sentido RUEDA MARTÍN, InDret, 2018, p. 30). Por otro lado, el ejemplo mencionado respondería a una concepción de los delitos de infracción de un deber que llevaría al extremo de considerar como un elemento fundamentador de la infracción aquello que tan solo se representa como una simple circunstancia y, por lo tanto, el apartado del artículo 65 que resulta aplicable a la circunstancia de parentesco es el primero y no el tercero. V., en cambio, la ECLI:ES:TS:2012:5376, en la que constata el desfase penológico y sin

Como se ha indicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había sentado anteriormente a la reforma legislativa mencionada una posición favorable a admitir jurídicamente la participación –tanto inductor como cooperador necesario– de extraños en delitos especiales, tales como el delito de prevaricación o la malversación de patrimonio público, extendiendo dicho criterio –más allá de los delitos cometidos por autoridad o funcionario público– también a supuestos de defraudación tributaria, alzamiento de bienes y apropiación indebida, entre otros. Con ello abandonó su teórica doctrina previa sobre la impunidad de la participación de extraños en delitos especiales propios⁶, especialmente a partir de la ECLI:ES:TS:1994:97 (caso de la construcción de Burgos), y anticipó en el plano penológico la reforma del artículo 65, mediante la aplicación indirecta del entonces vigente artículo 60.1, en relación con el actual artículo 21.7.^a (atenuante por analogía), al considerar que la no concurrencia en el codeincente de una circunstancia de carácter personal debe tener un efecto atenuante en la responsabilidad (ECLI:ES:TS:1992:1060, ECLI:ES:TS:1992:9746, ECLI:ES:TS:1992:14568 y ECLI:ES:TS:1997:41). Con ello se sigue básicamente el criterio de mantener la unidad del título de imputación para *extraneus* e *intraneus* en delitos especiales propios⁷, aunque reconociendo al mismo tiempo que las diferencias en el plano personal entre codeincentes pueden atenuar de forma extraordinaria la responsabilidad del partícipe (imposición de la pena inferior en grado).

Dejar impune la participación de un extraño en un delito especial propio resulta inaceptable para el Tribunal Supremo tanto desde la perspectiva de la justicia material como de la conciencia social. A estos efectos considera que la inducción o la cooperación necesaria constituyen actuaciones indispensables (ECLI:ES:TS:1994:4905), determinantes y causales (ECLI:ES:TS:1999:7208) para la comisión del hecho típico principal por parte del autor, partiendo siempre de la premisa de que el extraño conoce la cualidad del autor y se sirve de ella para favorecer la ejecución del delito. Por lo tanto, al concurrir tanto una

embargo se termina aplicando la atenuación de la pena prevista en el artículo 65.3 al cooperador necesario extraño en una detención ilegal del artículo 167.

⁶ En la práctica jurisprudencial española no constaba esa impunidad; v. GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1992, p. 853. De hecho, lo común había sido el castigo del partícipe extraño en el delito especial (v. las numerosas sentencias de las décadas de los años cincuenta a los ochenta citadas en ECLI:ES:TS:1994:4905, FD 8). En la doctrina actual se mantiene una postura crítica respecto a la punición automática del partícipe extraño en delitos especiales y sostiene que, salvo norma expresa, su intervención debe quedar impune: v. ROBLES PLANAS, 2014, pp. 353 ss.; LEIVA LÓPEZ, Política Criminal, 2024, pp. 324 ss.

⁷ En el sentido de considerar que este precepto es aplicable a los delitos especiales propios, entre otras muchas del TS: ECLI:ES:TS:2013:6695; ECLI:ES:TS:2014:1869, ECLI:ES:TS:2014:3078, ECLI:ES:TS:2015:2563, ECLI:ES:TS:2018:2056, ECLI:ES:TS:2019:1515, ECLI:ES:TS:2020:3191, ECLI:ES:TS:2022:1021, ECLI:ES:TS:2023:1286 y ECLI:ES:TS:2025:1465.

conexión objetiva como subjetiva con el hecho delictivo en el que se participa, no hay ningún inconveniente para apreciar el delito especial también con relación al extraño.

La determinación de cuándo una condición, cualidad o relación personal fundamenta la culpabilidad del autor para apreciar lo previsto en el artículo 65.3 constituye la base del problema dogmático que queremos abordar sucintamente. Por un lado, y con relación a un concreto delito hay que dirimir si un determinado elemento de una figura de delito realiza funciones de fundamentación o de mera agravación de la responsabilidad para aplicar o no este precepto. Si contemplamos todos los elementos de la figura de delito como elementos del tipo, en tal caso todos ellos son esenciales y fundamentan la tipicidad, así como lo injusto específico del delito, pero como se deduce de la regulación del error de tipo del artículo 14.1 y 2 CP, hay que diferenciar entre hechos constitutivos de la infracción penal y hechos que cualifican la infracción o circunstancias agravantes, recibiendo estos últimos un tratamiento unitario o unificado (el error sobre un hecho que cualifica la infracción o sobre una circunstancia agravante impide su apreciación). Pues bien, el carácter fundamentador del elemento personal parece deducirse en primer lugar del hecho de que en ausencia del mismo el delito deja de existir (en su forma dolosa), mientras que cuando se limita a incrementar la gravedad de la infracción, agravando a su vez la pena, dicho elemento es contingente o accidental para la responsabilidad penal y puede prescindirse del mismo sin que ello afecte al carácter punible del comportamiento. De ahí también que el partícipe extraño pueda ser autor de tal comportamiento prescindiendo del elemento personal. Por otro lado, habría que preguntarse si semejante elemento de tipo personal en realidad fundamenta la culpabilidad del delincuente, o si también y alternativamente puede llegar a fundamentar lo injusto típico o la punibilidad como categorías del concepto analítico de delito, de modo que la expresión legal no necesariamente se tenga que corresponder con la naturaleza jurídica del elemento personal del que se ocupa la disposición. Pues de todos es sabido que la culpabilidad es individual e intransferible y no tendría mucho sentido que la ley se expresara en el sentido opuesto de considerar jurídicamente factible una culpabilidad compartida o accesoria. Por el contrario, lo injusto presenta una doble faceta, una comunicable y otra incommunicable, y en este caso nos encontramos ante un injusto personal de carácter comunicable, que es de lo que se ocupa el artículo 65.3 CP, por lo que probablemente la dicción legal debería haber soslayado la referencia a la culpabilidad (como en su caso a la punibilidad) y, de otro modo, haber aludido a condiciones, cualidades o relaciones que fundamentan la responsa-

bilidad penal del autor, utilizando una expresión más amplia y menos comprometida que la de la culpabilidad⁸.

Un interrogante adicional suscitado por la reforma de 2003 es el de si el artículo 65.3 resulta igualmente aplicable a los delitos especiales impropios⁹ o si, por el contrario, en estos supuestos ha de regir el principio –que no necesariamente el precepto– contenido en el artículo 65.1, lo que obligaría a individualizar las responsabilidades penales correspondientes mediante la aplicación de los tipos y/o de las consecuencias jurídicas atribuibles a cada partícipe en atención a sus concretas circunstancias personales. Indudablemente, el campo de aplicación del artículo 65.3 se extiende claramente al ámbito de los delitos especiales propios, tales como la prevaricación judicial o administrativa. Sobre esto en la doctrina y jurisprudencia no se plantea discusión alguna. Lo discutible es si dicho precepto puede extenderse a otros delitos especiales que no son propios: por un lado, delitos cometidos por funcionario público pero que, a diferencia de los anteriores, presentan una figura común paralela (como por ejemplo, las falsedades documentales, las detenciones ilegales, los fraudes y exacciones ilegales, etc.)¹⁰; por otro lado, delitos contruidos sobre la base de una relación estrictamente personal entre autor y víctima (no necesariamente sobre un deber institucional), como los de violencia doméstica y violencia de género, que son de los que nos ocuparemos en lo que sigue y que requieren un tratamiento diferenciado frente a los anteriores, dada su naturaleza específica y diversa.

En cualquiera de los casos, es relevante para alcanzar una solución armónica con la regulación legal entender las relaciones entre los tipos básicos y sus correspondientes tipos cualificados (o privilegiados) desde una relación de inclusión lógica entre ellos (de *plus-minus*), y no de exclusión recíproca (de *aliud-aliud*). Pues bien, las relaciones típicas de los delitos de violencia de género y los de violencia doméstica aparecen conformadas mediante fórmulas de delimita-

⁸ Zugaldía critica también que se aluda a la culpabilidad, lo cual atribuye a una incorrecta transposición al Derecho penal español de la fórmula del § 28, 1 del Código penal alemán que alude a la punibilidad; v. ZUGALDÍA ESPINAR, 2005, p. 971. Por su parte, Díez Ripollés alude también a este defecto conceptual, puesto que considera que la infracción del específico deber jurídico, característica de los delitos especiales, no es un elemento que fundamenta la culpabilidad del autor, sino lo injusto específico del comportamiento; v. DÍEZ RIPOLLÉS, 2020, p. 423. Críticas semejantes pueden verse en GÓMEZ MARTÍN, 2006, pp. 543 ss.; RUEDA MARTÍN, InDret, 2018, p. 11.

⁹ Como sostiene hoy día un sector relevante de la doctrina: por todos v. GÓMEZ MARTÍN, 2006, p. 748.

¹⁰ En el sentido de considerar que el artículo 65.3 es aplicable también a estos delitos especiales impropios, v. las siguientes sentencias del TS: ECLI:ES:TS:2012:5634 (falsedad en documento público del artículo 390), ECLI:ES:TS:2013:5652 (detenciones ilegales del artículo 167), ECLI:ES:TS:2015:3699 (defraudación del artículo 436) y ECLI:ES:TS:2017:1642 (detenciones ilegales del artículo 167).

ción que se excluyen recíprocamente («exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo» dice el artículo 153.2) y que en principio impedirían afirmar que cuando el autor realiza el tipo cualificado está realizando a la vez el tipo básico. Sin embargo, se debe partir de que entre los indicados delitos, pese que a formalmente se configuran de forma alternativa, materialmente responden a los mismos elementos comunes básicos (particularmente la acción típica), solución más sencilla y menos heterodoxa para resolver los supuestos de error por parte del autor sobre el elemento que cualifica la infracción ¹¹: quien desconoce que golpea a su mujer, creyendo por error que golpeaba a su hija (o a un extraño), debe responder de un delito de violencia doméstica (o de maltrato común) y no por el de violencia de género.

II

La cuestión central estriba pues en determinar la calificación jurídica y la respuesta penal que corresponde a la persona extraña o ajena a la condición de autor en los delitos de violencia doméstica y de género, cuando participa de forma directa y activa en la comisión de un acto de esta naturaleza perpetrado por el *intraneus*. La casuística jurisprudencial sobre esta problemática específica es escasa. En primer lugar, llama la atención que los supuestos más próximos que se abordan en la jurisprudencia a los delitos que son objeto de esta investigación se refieren a la posible punibilidad de la participación de la expareja femenina, beneficiaria de una medida de alejamiento, en el delito de quebrantamiento de condena por parte de su expareja masculina. Si bien, en principio, su condena como cooperadora necesaria o incluso como inductora aparece como una opción jurídicamente posible, el hecho de no ser destinataria de la prohibición sino beneficiaria de la medida, ha conducido en la práctica a rechazar la consideración de su actuación como participación punible. Además, en el caso de apreciarse que dicha intervención supone una aportación efectiva al delito, la valoración de su conducta se ha resuelto en sentido de la impunidad, sin posibilidad de reconducirla a una forma punible atenuada (ECLI: ES: APT:2006:1186; ECLI: ES: APPO:2011:1274), lo que contrasta con la participación punible de otros extraños (sean hombres o mujeres) en

¹¹ V. a este respecto PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 150, quien pone de manifiesto que ya *de lege lata* la doctrina se ha esforzado por negar la existencia de una relación de exclusión entre los tipos allí donde la ley parece imponerla, pero con la producción de consecuencias materialmente inadmisibles en ciertos casos de error sobre un elemento que cualifica la infracción (pp. 120 ss.). En sentido opuesto GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1992, pp. 834 ss.

este delito especial que sí se encuentran comprendidos en el ámbito del artículo 65.3 (ECLI: ES: APAB:2020:795).

Pero en la práctica judicial apenas se evidencian condenas a partícipes extraños en delitos de violencia de género o de violencia doméstica. Por lo que hemos podido comprobar, el único precedente en el que esta circunstancia ha tenido lugar se contiene en la ECLI: ES: APM:2012:10519, en la que al partícipe –hermano del agresor– que sujeta a una de las víctimas –la hija del agresor– para impedir la defensa de la madre, a fin de que el autor consume la agresión, se le castiga por su cooperación necesaria en el delito de violencia familiar a la pena inferior en grado en virtud del artículo 65.3. Por el contrario, otros precedentes que hemos localizado se resuelven castigando a los extraños como autores de un delito común, y no como partícipes del delito especial, lo que evidencia una ruptura del título de imputación aplicable a los *extranei*. En estos supuestos no se aprecian cometidos ni el artículo 153.1 ni el artículo 153.2 (ambos delitos especiales), ni los demás tipos de violencia de género y doméstica, sino el correspondiente tipo básico¹². Así ocurrió, por ejemplo: a) en el caso de una madre que participó junto a su hijo en los actos de agresión sobre la compañera sentimental de este, conducta que sorprendentemente se calificó para ambos como falta (ECLI: ES: APB:2006:14050); b) en el supuesto de un acusado que contrató sicarios para agredir a su expareja, llegando incluso a acompañarlos al lugar de los hechos, siendo el *intraneus* condenado por el delito especial y los sicarios por el delito común (ECLI: ES: APO:2012:1872). Conviene subrayar que en estos dos últimos casos las conductas de los extraños fueron enjuiciadas como autorías y no como meras formas de participación¹³, y en el último de los supuestos mencionados el *intraneus* se limitó a ejecutar actos de inducción y de cooperación necesaria (acompañó a los sica-

¹² Cabe advertir que en dichas resoluciones se mencionan no solo los delitos de violencia de género (art. 153.1) y de violencia doméstica (art. 153.2), sino también el delito de violencia doméstica habitual (art. 173.2), el cual no es un delito especial impropio, sino propio, al carecer de una figura común paralela. Por tal razón la participación de extraños en el delito de violencia doméstica habitual debe resolverse conforme a la regla contenida en el artículo 65.3: así la ECLI: ES: APAB:2022:917 (resolución parcialmente revocada, aunque no en este punto) aplica la atenuación prevista en dicho precepto al no concurrir en la acusada la relación personal que fundamenta la culpabilidad del autor (por no convivir con el menor que había sido víctima del maltrato habitual).

¹³ Si, como habría sido lo coherente en el primero de los casos citados, el hombre hubiera sido condenado por el delito del artículo 153.1 CP (por ser pareja de la víctima), se habrían abierto dos vías para castigar a la madre que participó en la agresión: condenarla también por el artículo 153.1, aplicando el artículo 65.3 con pena inferior en grado, o condenarla por el artículo 153.2. La primera opción habría dado lugar, paradójicamente, a una pena menor (por ejemplo, prisión de tres a cinco meses y veintinueve días o trabajos en beneficio de la comunidad de quince a treinta días) que la derivada de sancionarla como ascendiente por afinidad de la víctima conforme al artículo 153.2 (prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días). En otras palabras, la rebaja de un grado en la pena del partícipe respecto del delito especial del autor podría haber generado un desajuste penológico.

rios al lugar de los hechos), pero no de autoría, aunque fuera condenado por el delito especial.

Por lo tanto y dado que la praxis no entra discursivamente en el fondo del asunto, el problema que debemos resolver aunque sea en un plano más teórico y residual que práctico es si, en relación con la punición de los codeincentes extraños que intervienen en un hecho delictivo de violencia doméstica o de género, resulta más acorde con la idea de justicia atribuir a cada uno de ellos una responsabilidad individualizada, atendiendo a sus particularidades personales, o si, por el contrario, han de ser considerados de manera inseparable conforme al principio de la accesoriedad de la participación bajo el mismo título de imputación definido por el tipo delictivo y, por consiguiente, con las consecuencias penológicas correspondientes. Ello evoca el viejo problema de si el artículo 65.1 puede extenderse también (directamente o por analogía *in bonam partem*) a las circunstancias personales que han servido para configurar tipos cualificados en la Parte especial del Código penal o si, por el contrario, nos encontramos en el ámbito de aplicación del artículo 65.3. Para ello será relevante valorar si, junto a la infracción del deber de no cometer ni favorecer un hecho delictivo, se infringen deberes personales por parte del autor que no vinculan a todos los codeincentes.

Es indiscutible que tanto cometer un delito como cooperar en su comisión implica la infracción de un deber jurídico común: el deber de no realizar ni favorecer el hecho prohibido: un deber de naturaleza puramente penal. En este aspecto todos los partícipes y autores de un hecho delictivo se encuentran igualados. Sin embargo, en determinados delitos concurre además la vulneración de un deber especial adicional de carácter extrapenal que solo pesa sobre quienes ostentan ciertas cualidades o condiciones personales. Así, mientras que la infracción del deber general hace que todos los partícipes respondan por el mismo delito —existe, por tanto, una unidad en cuanto al título de imputación—, la infracción del deber jurídico especial exige diferenciar las responsabilidades, de modo que cada sujeto responda únicamente por los vínculos efectivos y comprobables que mantiene con el hecho. En otras palabras, no puede imputarse a un partícipe la infracción de una cualidad personal que no le corresponde de modo absoluto. Esto es lo que se deriva de una concepción personal de lo injusto, aun cuando se trate de la calificación jurídica correspondiente a un partícipe que en cierta medida es accesorio de la del autor.

Una consideración añadida concierne al hecho de si es posible calificar los delitos de violencia doméstica y de género como delitos de infracción de un deber, de manera que les fueran aplicables las mismas consecuencias que a dichos delitos con relación a la participación de extraños, de acuerdo con la

doctrina que distingue entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, y según la cual lo relevante en estos para determinar la autoría radica en la infracción de un deber (rol institucional) y no en la aportación al hecho¹⁴. En primer lugar, no todos los sujetos mencionados en los preceptos que regulan dichos delitos son acreedores de un deber jurídico extrapenal por su vinculación con el sujeto pasivo o activo del delito. Así, por ejemplo, no existe ninguna obligación jurídica derivada de una relación de noviazgo, como tampoco con respecto a personas convivientes en el núcleo familiar con las que no se guarda vínculo jurídico alguno (bastando para la tipicidad con la mera convivencia), por lo que a lo sumo solo se puede apreciar un deber normativo-material y no estrictamente «extrapenal» formalizado. Pero de ahí no podemos extraer que responderá como autor todo aquel que infrinja un deber con independencia de su actuación individual. En segundo lugar, los delitos de violencia doméstica y de género son delitos de dominio con relación al hecho típico, por lo que, aunque pueda hablarse de ciertos deberes, la autoría y participación se aprecian conforme a lo actuado por cada codelincuente. Por tanto, la valoración jurídica negativa asociada a la relación existente entre autor y víctima no puede ser simplemente ignorada al determinar la responsabilidad del extraño ajeno a dicha relación; ahora bien, también debe rechazarse que un *intraneus* que se limita a realizar actos de participación en el hecho cometido por un *extraneus* pueda ser castigado como autor del delito especial (como si los delitos de violencia doméstica y de género fueran delitos de infracción de un deber¹⁵) ni tampoco como partícipe de un delito especial inexistente, dado que el autor del hecho típico (que no es susceptible de ser cometido por representación *ex* artículo 31) es precisamente un extraño¹⁶.

Frente a estas cualidades personales ajenas se plantea, no obstante, la cuestión del conocimiento que el partícipe pueda tener sobre la circunstancia especial concurrente en el autor y el peso que dicho saber pueda representar en el grado o medida de responsabilidad que le corresponda. Porque para indagar en el contenido de lo injusto personal del que poder hacer responder penal-

¹⁴ V. a este respecto SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002, pp. 83 ss. y 153 ss.; GÓMEZ MARTÍN, RECPC, 2012, pp. 11 ss. y 18 ss.; BERRUEZO, 2016, pp. 371 ss.

¹⁵ Dicho de otro modo, si el *intraneus* solo «ayuda» al *extraneus*, no puede construirse autoría especial «por infracción de un deber».

¹⁶ En este supuesto no es posible castigar al *intraneus* por el delito especial con base en la necesidad de individualizar las responsabilidades conforme a las circunstancias personales de cada sujeto, ya que se estaría extendiendo la punibilidad de la participación a un delito inexistente, un delito especial que no ha tenido lugar. De otra parte, la pena del delito especial está prevista para el autor y para partícipe *intraneus* del delito especial, pero no para el para partícipe *intraneus* del delito común. Lo contrario infringiría el principio de legalidad. Al respecto v. PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 195 ss.

mente a un sujeto hay que tener en cuenta no solo aquellos datos, hechos o relaciones que personalmente le afectan (y de las que es conocedor), sino también el conocimiento que el mismo pueda tener de aquellos datos, hechos o relaciones que no le afectan a él personalmente pero sí a otro codeincente: en nuestro caso la relación afectiva, de dependencia o de convivencia entre el autor y la víctima descrita en el tipo y, adicionalmente en el caso de la violencia de género, la motivación sexista con la que obraba el sujeto activo del delito. En tal caso, nos encontraremos ante un conocimiento del partícipe en un doble sentido, uno negativo y otro positivo con relación a su propia responsabilidad, puesto que es conocedor de que un dato personal cualificante concurre en un tercero, pero también lo es de que dicho dato no concurre en él. Sin embargo, lo relevante para calibrar la medida de lo injusto personal no es ese conocimiento, por cuanto no nos encontramos ante un dato objetivo y puramente comunicable o transferible a terceros, sino ante la efectiva concurrencia de la circunstancia en el sujeto concreto. Solo esta vinculación justifica jurídicamente el incremento –o, en su caso, la disminución– del desvalor derivado exclusivamente de dicha circunstancia, ya que el dato personal no es susceptible de dominación (como si fuera el hecho o parte del mismo), sino que está presente en el sujeto o no lo está. La auténtica individualización de la responsabilidad penal solo puede lograrse atendiendo a estas condiciones estrictamente personales. Dicho de otro modo: que el partícipe conozca que coopera en un hecho que reviste una mayor gravedad del comportamiento del autor o una mayor reprochabilidad de este no comporta necesariamente que deba hacerse extensivo a aquel con el mismo nivel de desvalor jurídico. Si bien es cierto que no es lo mismo participar en un hecho delictivo común que en un hecho delictivo cualificado, y ello debería tener reflejo en la penalidad, el dato concreto (y no el hecho) –que es lo que aquí se valora– es la presencia o ausencia de una circunstancia de carácter personal.

Efectivamente, si se proyecta esta cuestión a la participación de extraños en delitos de violencia doméstica y de género, se observa que el fundamento o la razón para un mayor desvalor de dichos comportamientos con respecto a los correspondientes tipos básicos radica: a) en el caso de la violencia doméstica en las especiales relaciones entre los sujetos activo y pasivo del delito (muchas de ellas comprendidas en la circunstancia agravante de parentesco) de las que se sirve el primero para abusar de una posición de dominio con respecto al segundo, causándole maltrato, lesiones leves, coacciones leves o amenazas leves, y b) en el caso de la violencia de género, el fundamento o la razón de la mayor gravedad deriva adicionalmente de la especial relación que vincula a los sujetos activo y pasivo, en virtud de la cual el primero realiza el hecho típico por razo-

nes de género, esto es, con una motivación machista o discriminatoria hacia su mujer. No son por lo tanto circunstancias que afecten a la ejecución material del hecho o a los medios empleados para llevarlo a cabo, ni basta el simple conocimiento del partícipe extraño para extender la valoración jurídica inherente a tales vinculaciones de tipo personal. De otro lado, aunque pudieran considerarse accesorias y, por ende, comunicables las circunstancias relativas al abuso de una posición de dominio, en tanto que son elementos pertenecientes a lo injusto, la relativa a la motivación difícilmente sería comunicable por cuanto, a nuestro entender, nos encontramos ante un dato concerniente a la categoría de la culpabilidad, absolutamente personal e intransferible.

Por otra parte, la intervención de un extraño en un delito especial no puede recibir una valoración jurídica más grave que la que le correspondería si ese mismo extraño actuara como autor directo de la infracción, siempre que nos encontremos ante un delito que pueda ser cometido por cualquiera. Resultaría un contrasentido que la ley atribuyera una penalidad menor al autor del hecho principal –lo más grave– que al mero partícipe que solo lo facilita. El efecto criminológico que se derivaría de una comprensión en sentido opuesto sería indiscutible: es preferible que un extraño realice directamente la acción típica a que partícipe en el delito especial constituido sobre la base de esa misma acción, pues al hacerlo como partícipe se garantiza una responsabilidad penal superior que la que le correspondería si el mismo hubiera sido el autor del delito común.

Ahora bien, si entendemos que la cualidad exigida en los tipos penales de violencia de género y de violencia doméstica no se limita a operar como circunstancia agravante, sino que fundamenta lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad del autor, a tenor del artículo 65.3, la intervención de un extraño como partícipe tendría que dar lugar a la eventual aplicación de una pena inferior en grado respecto de la prevista para el autor. Es decir, responderían por el delito de violencia doméstica o de género correspondiente, pero con la posibilidad de imponerles una pena atenuada al carecer de las cualidades exigidas para la autoría. Sin embargo, la ausencia de un fundamento para ello resulta especialmente evidente en los delitos de violencia de género cometidos por partícipes que no reúnen la condición biológica de varón, en quienes por mucho que se les atenúe la pena difícilmente podrían concurrir las razones de género que justifican la mayor reprochabilidad de la conducta. Pero, además, está el hecho de que determinadas penas previstas para el autor, como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas o la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, aunque se apliquen en su forma atenuada, resultan inapropiadas o

inadecuadas para el *extraneus*, ya que son penas que están pensadas específicamente para el autor¹⁷.

III

En la doctrina científica se ha llegado a plantear cómo debe resolverse la participación del extraño en el delito especial impropio, que a su vez sea autor del delito común paralelo. Díaz y García Conlledo parte de la base de que en los delitos especiales impropios el *extraneus* podrá ser calificado como autor del delito común paralelo al especial y como cómplice en el delito especial, suponiendo ambas calificaciones un concurso de leyes¹⁸. De igual modo se expresa Rueda Martín, quien a pesar de considerar muy discutible que se haya previsto una atenuación facultativa (en lugar de obligatoria) en los supuestos de participación de extraños en un delito especial a tenor del artículo 65.3 CP, parece encontrar una explicación a la aplicación facultativa de la atenuación precisamente en los supuestos en los que el extraño es partícipe del delito especial y autor del delito común¹⁹. Ilustra el problema con el ejemplo de unas coacciones leves infligidas a una mujer en la que intervienen A (esposo de la misma) y C (un extraño que conocía la relación conyugal entre A y la víctima) como coautores. Partiendo de que el esposo ha realizado el hecho subsumible tanto en el delito de coacciones leves, castigado en el artículo 172.2 CP, como un delito leve del artículo 172.3, la citada autora considera, con razón, que debe aplicarse el primero de los preceptos, por tratarse de ley especial; por su parte, el extraño, al haber intervenido en un hecho con el pleno conocimiento de la existencia de una relación conyugal entre el esposo y la mujer víctima, quien además ha coaccionado levemente, realiza –según señala la citada autora– como cooperador necesario el tipo de las coacciones leves, castigado en el artículo 172.2 CP (puesto que es un sujeto que no pertenece al círculo de personas contempladas para poder ser autor del delito especial), pero al mismo tiempo actúa como autor del delito leve contemplado en el artículo 172.3. Pues bien, parece solventar igualmente dicho concurso en favor de la participación del extraño en el delito especial impropio, aunque sin indicar específicamente en virtud qué principio del concurso de leyes se resuelve aquel concurso.

¹⁷ Alude a este argumento, particularmente en los delitos especiales propios en los que se prevé para el autor exclusivamente una pena privativa de derechos; v. ZUGALDÍA ESPINAR, 2005, p. 972.

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, 2005, p. 76.

¹⁹ RUEDA MARTÍN, 2014, pp. 276 ss.; la misma, InDret, 2018, pp. 28 ss.; la misma RAAP, 2021, p. 32.

En primer lugar, llama la atención el hecho de que una misma conducta pueda ser calificada a la vez como autoría del delito común y como participación en el delito especial. Sin duda, ello es posible cuando un sujeto obra como inductor o como cooperador necesario de un delito, con actos previos o simultáneos, pero a su vez interviene directamente en la acción típica en calidad de autor. En ese supuesto es evidente que se produce un concurso de leyes, puesto que ha intervenido inicialmente con actos de participación (en el delito especial), pero igualmente lo ha hecho después con actos típicos de autoría (en el delito común). Sin embargo, no nos resulta concebible estimar que una misma conducta sea subsumible en un tipo de la Parte Especial y lo sea igualmente en el tipo de la participación del correspondiente delito especial, dado que, exceptuada la condición personal, el hecho es el mismo y la actuación desplegada también: no se participa en el delito en sí, como hecho valorado, sino en el hecho²⁰. La participación constituye una de las estructuras lógico-objetivas que tanto el legislador como el intérprete están obligados a respetar, lo que implica que si el sujeto realiza la acción típica (golpear, maltratar, coaccionar, etc.) no puede estar a la vez ayudando a realizar la acción típica. De este modo, no se atisba que se produzca un concurso de leyes, sino un único delito cometido en calidad de autor.

En segundo lugar y partiendo de la hipótesis ya rechazada de que nos encontremos ante un concurso de leyes, faltaría por concretar cuál es el criterio concursal que resolvería la colisión entre la participación en el delito especial impropio y la autoría del delito común para el extraño; se menciona la preferencia del especial (art. 172.2 CP) para el esposo y cierta alusión a la misma solución para el extraño, pero se omite cuál es el principio hermenéutico (especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad) que legitimaría dicha opción en el caso del extraño, lo que exige identificar el rol típico atribuido y la ley que mejor encaje a la posición del sujeto. Con relación a esta misma cuestión, Díaz y García Conlledo considera que la solución al concurso de leyes dependerá sobre todo del sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará preferir la calificación que suponga mayor pena para el *extraneus*²¹. Desde nuestro punto de vista no parece que el principio de especialidad sea aplicable en este supuesto, puesto que ninguno de los preceptos es especial respecto al otro, teniendo en cuenta que el sujeto interviene en uno en calidad de autor y en el otro en calidad de partícipe, es decir, valorando no las relaciones en abstracto entre los preceptos, sino las re-

²⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, 1972, pp. 866.

²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Revista Derecho Penal y Criminología, 2005, p. 76.

laciones en concreto de acuerdo conforme a las circunstancias personales de los diferentes colaboradores en el hecho delictivo²². En ningún caso es aplicable el principio de subsidiariedad en tanto que la participación es subsidiaria de la autoría, y no al revés. Solo el principio de consunción explicaría la solución concursal más adecuada a este supuesto, dado que la autoría es preferente con respecto de la participación o cualquiera de sus formas. De modo que no sería necesario recurrir en última instancia al principio de alternatividad, que solo se aprecia en defecto de los anteriores (art. 8.4.^a).

En cambio, parece oportuno poner de manifiesto que sí nos encontramos ante un problema concursal cuando un extraño interviene como partícipe en un delito especial impropio. En ese caso, el hecho de intervenir como partícipe puede ser considerado un concurso de leyes, puesto que el partícipe lo es tanto de un delito especial como de un delito común, del mismo modo que el autor *intraneus* realiza tanto el tipo común como el especial. El problema consiste en determinar cuál sería el principio concursal aplicable a este supuesto, y si tomamos en consideración las circunstancias personales del sujeto y no las relaciones abstractas entre los tipos, la solución parece inclinarse también en favor del delito común.

IV

De igual modo que con los tipos ya aludidos de violencia doméstica y de género, se plantea la misma cuestión de la punición del partícipe extraño con relación a aquellos otros delitos que comparten esa naturaleza, pero en los que el carácter doméstico o de género del delito aparece mencionado en la estructura legal en forma de circunstancia agravante o de elemento que cualifica la infracción y que, por consiguiente, no se encuentra vinculado estrictamente con conductas de autoría. Entre los relativos a la violencia de género se cuentan los siguientes: lesiones agravadas (art. 148.4.º) y agresiones sexuales agravadas (art. 180.1.4.^a). Por lo que respecta a los relacionados con la violencia doméstica se presentan en forma de tipos agravados los siguientes: amenazas leves (art. 171.7, pfo 2), coacciones leves (art. 172.3, pfo. 2), acoso persecutorio (art. 172 ter.2), agresiones sexuales agravadas (art. 180.1.5.^a) y quebrantamiento de condena (art. 468.2). Aunque estos delitos pudieran ser considera-

²² Habría cierto paralelismo entre esta idea y la que nos evoca Peñaranda cuando menciona la naturaleza personal del concurso de leyes y la ignorancia del partícipe sobre el exceso del autor, PEÑARANDA RAMOS, 1991, pp. 162 ss.

dos por una parte de la doctrina bajo el prisma del artículo 65.3, lo cierto es que en ellos las condiciones, cualidades o relaciones personales del autor no parece que operen fundamentando la responsabilidad, sino tan solo agravándola, la de él y la de cualquier otro codeincente en quien concurra y, por ende, también la de un partícipe. Sin embargo, lo coherente sería que todas estas figuras relacionadas con la violencia doméstica o de género, con independencia de su configuración legal, recibieran el mismo tratamiento con respecto a la participación de extraños en tales hechos delictivos.

La calificación de un delito como especial –propio o impropio– ha de ser coherente no solo con el bien jurídico protegido y con el *nomen iuris* atribuido al delito, sino también, como indica Peñaranda, con el régimen dispensado al error de tipo. Cuando el autor desconoce de forma vencible la concurrencia de un elemento cualificante, no puede aplicarse la agravación punitiva y se sanciona conforme al tipo básico. De modo análogo, cuando uno de los partícipes carece de la circunstancia personal constitutiva del delito especial, lo razonable es aplicar también el tipo básico, puesto que ello no implica una ruptura del tipo delictivo, sino su correcta adaptación a la dimensión estrictamente personal del sujeto. Como señala el homenajeado, «lo establecido en los dos primeros apartados del artículo 65 CP no sería sino la concreción a la peculiar estructura de las circunstancias genéricas de modificación de la pena de unos principios generales de la responsabilidad criminal, que deberían inspirar asimismo, aunque con matices distintos, adecuados a su propia naturaleza, el régimen jurídico de la comunicación e incomunicación a los partícipes de los correspondientes elementos del tipo»²³.

En la determinación de la pena, no obstante, cabe distinguir entre quienes participan en un delito común y quienes lo hacen en un delito especial. En este último supuesto, el partícipe interviene con conocimiento de que colabora en un hecho que reviste una mayor gravedad para el autor –aunque no necesariamente para él mismo–, lo que justifica valorar dicho conocimiento en la medición concreta de la sanción en un sentido agravante, pero dentro del marco penal asignado al delito común conforme al criterio de la mayor gravedad del hecho²⁴. Siguiendo la idea central sugerida por Gimbernat, se trata de alcanzar un término medio ideal en la valoración de cada codeincente conforme a sus circunstancias personales²⁵. Por ello coincidimos con Schünemann cuando

²³ V. PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 173.

²⁴ Dicho incremento en la penalidad debería producirse, a nuestro juicio, también cuando el extraño conoce la circunstancia que cualifica la infracción, pero es el autor quien obra con ignorancia de la misma, y, por consiguiente, acaba cometiendo un delito común.

²⁵ V. GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 276.

dice que «no se le pueden comunicar completamente al participante características (en las) que él no puede incurrir a través de autoría mediata, sino que él las tiene que verificar en su propia persona. De lo contrario, se pondría de cabeza la relación de escalonamiento de la autoría y la participación, lo que sería una violación de la justicia material. Por ello, en el caso de características personales fundamentadoras de la punibilidad o agravantes de la punibilidad, al *extraneus* se le tiene que sancionar con mayor indulgencia, o bien a partir del delito base de carácter general, o bien, si tal no existe, según la regulación expresa del § 28, inciso 1 del Código Penal alemán, a saber, por participación en el delito especial, pero a partir de un marco penal modificado, esto es, notoriamente reducido»²⁶.

Concluimos que los delitos de violencia doméstica y de género deben ser interpretados y aplicados de manera justa y proporcional, de forma que no se extiendan a los partícipes extraños en esos delitos calificaciones o consecuencias jurídico-penales que solo tienen sentido con relación a los sujetos que están llamados personalmente a no vulnerar dichas prohibiciones penales. Esto en rigor limita el riesgo de trivializar o desdibujar el mensaje normativo de la LO 1/2004 con relación a los delitos de violencia de género, reservando el mayor reproche para quien encarna el patrón estructural de dominación (el varón *intraneus*) y no para cualquier cointerviniente. Porque individualizar el título del *extraneus* (reconducción al tipo básico) o la penalidad que le afectaría (la del tipo básico) no debilita la protección de la víctima, sino que evita extendidos simbólicos de los delitos de violencia de género o violencia doméstica sin correspondencia en el desvalor personal del partícipe cuya intervención no se funda en relaciones de poder o dominación ni en motivaciones machistas o sexistas (en cuyo caso y de concurrir tal circunstancia en el partícipe se tendría que apreciar la agravante correspondiente), ya que son estrictamente personales y, desde ese punto de vista, intransferibles.

BIBLIOGRAFÍA

- BERRUEZO, Rafael: Delitos de dominio y de infracción de un deber, IBdef, 2016.
 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el *interviniente* del artículo 30, párrafo final, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 77, vol. 26, 2005.

²⁶ SCHÜNEMANN, Derecho PUCP, 2018, p. 108.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Derecho Penal español. Parte General, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, 2020.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Autor y cómplice en Derecho Penal, Servicio de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Penaranda), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1992.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: Los delitos especiales, IBdef, 2006.
- Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 14-01, 2012.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro: Intervención de extranei en delitos especiales y el deber secundario de Nagler como fundamento de punición de los partícipes, Política Criminal, vol. 19, núm. 37, 2024.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Concurso de leyes, error y participación en el delito, Civitas, 1991.
- Estudios sobre el delito de asesinato, IBdef, 2014.
- ROBLES PLANAS, Ricardo / Riggi, Eduardo Javier: El extraño artículo 65.3 del Código penal, en La responsabilidad en los *delitos especiales*, IBdef, 2014.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *Réplica*, en La responsabilidad en los *delitos especiales*, IBdef, 2014.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Comentarios al Código Penal, tomo I, Ariel, 1972.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles: La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código penal, en La responsabilidad en los *delitos especiales*, Robles Planas (Dir.), IBdef, 2014.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles: El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código penal español, InDret, 3/2018.
- El tratamiento jurisprudencial del partícipe, extraneus en un delito relacionado con el ejercicio de la función pública, en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 56, 2021.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: Delito de infracción de un deber y participación delictiva, Marcial Pons, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd: Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales, Revista Derecho PUCP, núm. 81, 2018.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (análisis del artículo 65.3 del Código Penal), en Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Dykinson, 2005.

2. LA COMISIÓN DE UN DELITO A TRAVÉS DE OTRO: ¿AUTORÍA MEDIATA O AUTOR TRAS EL AUTOR?*

CAROLINA BOLEA BARDON
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I. LA AUTORÍA MEDIATA COMO FORMA DE AUTORÍA

Como es sabido, la autoría mediata es una forma de autoría que se caracteriza por la comisión de un delito a través de otra persona que se utiliza como instrumento¹. La persona de detrás realiza el tipo sin ejecutar de propia mano la acción descrita en el mismo². El origen de esta figura se sitúa en Alemania y se remonta a la época en que en dicho país regía en materia de participación la accesoriedad máxima³. Nació para cubrir lagunas de punibilidad derivadas de una regulación positiva que hasta 1943 exigía para poder castigar al partícipe que el autor del hecho antijurídico fuera también culpable del mismo⁴. Pese

* 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» (VEM, PID2022-140170NB-I00).

¹ No se aborda en este trabajo la posibilidad de admitir una autoría mediata a través de un sistema de Inteligencia artificial. Básicamente, porque, aunque este pueda ser utilizado como instrumento, no puede ser instrumentalizado en el sentido en que se utiliza aquí el término, esto es, como apropiación de una decisión ajena.

² Sobre el fundamento y la estructura de la autoría mediata, *vid.*, BOLEA BARDON, 2000, pp. 139 ss.; REPC, 2003, pp. 11 ss.

³ Una vuelta a la accesoriedad máxima o estricta propone recientemente, JAKOBS, 2016, pp. 63 ss.

⁴ Así interpretaba la doctrina mayoritaria los §§ 48 y 49 del *Reichsstrafgesetzbuch*. Cfr., al respecto, JAKOBS, 1991, 21/17 y 62; FREUND/ROSTALSKI, 2019, 10/55, p. 386; JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 664; RANDT, 1997, p. 13; HRUSCHKA, ZStW, 1998, pp. 603 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 253 ss.

a lo que en un principio cabía esperar, el paso del modelo de accesoriedad máxima al de accesoriedad limitada no hizo desaparecer la necesidad de acudir a esta figura, pues siguió considerándose útil para resolver casos como los de provocación de una situación de necesidad coactiva, respecto a los cuales la participación queda excluida porque el hecho justificado ejecutado por el autor inmediato no permite castigar al que toma parte en el mismo como partícipe. Del mismo modo, la doctrina alemana ha venido recurriendo a la autoría mediata para solucionar los supuestos de provocación de un error de tipo, puesto que el castigo de la participación en la legislación alemana requiere un hecho típico doloso en el que tomar parte (*vid.* § 26 y 27 StGB)⁵.

La función básica que se atribuye actualmente a la figura de la autoría mediata consiste en ampliar el concepto de autor vinculado tradicionalmente a la ejecución de propia mano. La admisión de la autoría mediata va en la línea de la tesis que se ha ido imponiendo en la dogmática moderna conforme a la cual la ejecución físico-corporal del hecho no siempre determina la figura central del delito, es decir, que no necesariamente es autor quien realiza los últimos actos que conducen a la lesión del bien jurídico. Como bien señala Peñaranda Ramos, «en muchas ocasiones adquieren una mayor importancia (o, incluso, una importancia exclusiva) otros comportamientos más alejados de aquella lesión o puesta en peligro, que pueden haber consistido en tomar la decisión determinante del hecho, en ordenar su ejecución o, simplemente, en no haber adoptado las medidas necesarias para impedir la realización del delito»⁶.

La autoría mediata se concibe por la opinión dominante como una figura con sustantividad propia que está reconocida expresamente en las legislaciones penales tanto española (art. 28 CP) como alemana (§ 25 StGB). No obstante, apartándose del sentir mayoritario, hay quienes la tachan de superflua, entendiendo que «no es un caso de intervención, sino un caso de comisión *directa* fenotípicamente enmascarado»⁷. Si bien no es posible en el presente trabajo profundizar al respecto, sí conviene dejar sentados los motivos por los que considero necesario seguir manteniendo la distinción entre las tres formas de autoría previstas en el artículo 28 CP (autoría inmediata individual, coautoría y autoría mediata). Y no, únicamente, porque así lo haya establecido el legislador, sino porque hay razones dogmáticas que aconsejan continuar con la distinción. Sin ir más lejos, los criterios de imputación que sirven para explicar

⁵ Sobre ello, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, 16/97, p. 1220 ss.; BOLEA BARDON, RDPC, 2003, pp. 24 ss.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 162.

⁷ Así, JAKOBS, 2016, p. 68 (con cursivas en el original). En la misma línea, ROBLES PLANAS, Polít. Crim., 2020, p. 1003, sosteniendo que «la autoría mediata es la hija predilecta del pensamiento fenomenológico». De otra opinión, GONZÁLEZ LILLO, 2023, p. 138.

la autoría varían en función de que el sujeto actúe por sí solo, conjuntamente o por medio de otro⁸. Concretamente, en la autoría mediata la falta de relevancia penal de la ejecución material en la persona de delante deriva de un déficit de conocimiento o de libertad. No sucede lo mismo en los casos denominados por la doctrina de «instrumento doloso no cualificado», en los que es el propio legislador quien excluye al ejecutor del círculo de posibles autores, negando relevancia a *su* ejecución, no siendo necesario acudir aquí a la autoría mediata, pudiéndose apreciar una autoría directa (vía comisión por omisión o autoría no ejecutiva)⁹. A mi juicio, la necesidad de desvincular la autoría de la ejecución del hecho no tiene por qué llevar necesariamente a sustituir la autoría mediata por la directa. Y tampoco obliga a tener que distinguir entre ejecución naturalística y ejecución normativa (¡confuso!), pudiéndose mantener la tradicional distinción entre realización del tipo y ejecución del hecho¹⁰.

Es habitual que los autores se adentren en la autoría mediata explicando esta figura a partir de grupos de casos, lo que puede resultar útil a efectos pedagógicos¹¹. Sin embargo, conviene evitar la formación de grupos de casos partiendo del déficit que presenta el instrumento (instrumento que actúa atípicamente, justificadamente, inculpablemente, etc.)¹². Y ello, porque clasificaciones como estas no explican el verdadero fundamento de la responsabilidad del sujeto de detrás. Sólo tienen en cuenta al instrumento. Más concretamente, se centran en el defecto del ejecutor material¹³. Y, tal como señala Mir Puig, «lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás»¹⁴. La pregunta

⁸ En este sentido, GONZÁLEZ LILLO, 2023, p. 132, para quien «las tres modalidades de autoría exhiben un carácter constitutivo en lo que concierne a sus elementos constructivos, de lo que se sigue que ni la autoría mediata es un mero epifenómeno de la autoría directa, ni la coautoría se deja reducir a una pluralidad de autorías directas».

⁹ En contra de este planteamiento, MIR PUIG, 2016, 14/58 ss. pp. 392 ss., mostrándose partidario de apreciar autoría mediata en supuestos de falta de idoneidad del ejecutor material para ser autor («instrumento doloso no cualificado»). A favor de admitir la autoría no ejecutiva, ROBLES PLANAS, InDret, 2/2012, pp. 3 ss., sosteniendo el autor que la ejecución es un concepto que vincula a todos los intervinientes; Polít. Crim., 2020, pp. 993 ss.

¹⁰ De otra opinión, ROBLES PLANAS, Polít. Crim., 2020, pp. 993-1007.

¹¹ Vid., por todos, MIR PUIG, 2016, 14/55 ss., pp. 392 ss.

¹² En este sentido, FREUND/ROSTALSKI, 2019, 10/56, p. 387, quienes consideran que los déficits mencionados no son ni condición necesaria ni suficiente para hacer responsable como autor al hombre de detrás.

¹³ A favor, no obstante, de entender que el fundamento de la consideración como autora de la persona de detrás no se basa tanto en su posición predominante, no reside en lo que esta tiene, sino en lo que le falta a su instrumento, aludiendo expresamente al déficit personal de éste, PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 294.

¹⁴ MIR PUIG, 2016, 14/51, p. 391. No obstante, este autor sigue la clasificación tradicional, que parte del déficit del instrumento.

clave es: ¿por qué razón se invierten los papeles? La respuesta conduce directamente a plantearse el fundamento de la responsabilidad del autor mediato que no puede ser más que la instrumentalización de otro como medio de comisión del delito. Expresado en términos de dominio, habría que decir que el dominio del hecho del autor mediato, entendido como dominio del riesgo y no como mero control fáctico del proceso, no puede prescindir de la idea de instrumentalización.

Instrumentalizar a otra persona supone manipular la situación a la que se enfrenta el autor inmediato de tal modo que se genera en este un déficit de conocimiento o de libertad que permite contar con la lesión del bien jurídico en términos normativos, y no de mera probabilidad estadística. Del mencionado déficit es responsable la persona de detrás por haberlo provocado. Cabe advertir, no obstante, que la instrumentalización no es exclusiva de la autoría mediata, pues aparece también en supuestos de ausencia de acción en el ejecutor, donde la instrumentalización alcanza su grado máximo¹⁵. A un grado máximo de instrumentalización se llega también en los casos de provocación de un error de tipo invencible, en los que la propia ausencia de realización de un tipo de autoría por parte del ejecutor (sin tipo no hay autor) puede aconsejar prescindir de la autoría mediata y acudir a la autoría directa. Pero, en cualquier caso, un importante grado de instrumentalización debe concurrir en toda autoría mediata, pues es lo que permite explicar la inversión de roles entre la persona de detrás y la de delante.

II. ¿ES LA AUTORÍA MEDIATA LA VÍA IDÓNEA PARA DAR ENTRADA AL AUTOR TRAS EL AUTOR?

Conviene aclarar que con la expresión «autor tras el autor» normalmente se alude a aquellos supuestos en los que se pretende atribuir responsabilidad penal como autora a la persona de detrás, que actúa en segundo plano, pese a la plena responsabilidad (penal) del ejecutor material. Estos son, en realidad, los casos más difíciles de explicar, porque, *aparentemente* chocan con el principio de autorresponsabilidad. En efecto, no resulta sencillo fundamentar la responsabilidad a título de autor de la persona de detrás cuando en el proceso

¹⁵ La utilización de una persona cuya voluntad queda completamente anulada, quedando reducida a la condición de objeto, nos remite a la autoría directa. Son casos en los que ni siquiera se aprecian alternativas de acción y, sin ellas, no es posible establecer una relación de autoría en sentido jurídico-penal. A favor de reconducir estos supuestos a la autoría directa, MIR PUIG, 2016, 14/55, p. 392; GONZÁLEZ LILLO, 2023, pp. 126 y 133, nota 326; KREUZBERG, 2019, pp. 383 ss.

lesivo se interpone la decisión autónoma de quien responde con plena responsabilidad penal del hecho que ejecuta. Se trata de determinar la máxima responsabilidad de ambos (como autores), una vez se ha afirmado que los dos sujetos responden como intervinientes en el hecho.

No cabe duda de que existen poderosas razones político-criminales y de índole criminológica que aconsejan admitir la construcción del autor tras el autor, aunque sea de forma excepcional, especialmente en determinados ámbitos. Piénsese en los casos de organizaciones criminales o aparatos organizados de poder, en terminología de ROXIN, en los que los mandos dirigentes tienen a su disposición un aparato de poder que les permite llevar a cabo delitos sin necesidad de dejar su realización a la decisión independiente del ejecutor material¹⁶. Sin embargo, la admisión de la autoría de la persona de detrás partiendo de dichas consideraciones plantea dos problemas. En primer lugar, no puede prescindir de una fundamentación dogmática, si no quiere ser objeto de las críticas que inciden en el riesgo de sacrificar el rigor dogmático para dar respuesta a necesidades político-criminales¹⁷. En segundo lugar, no tiene por qué canalizarse a través de la autoría mediata. A diferencia de lo sostenido por mí misma en el pasado, en los últimos años parto del rechazo de la autoría mediata no sólo en el marco de las organizaciones empresariales, sino también en el marco de las organizaciones criminales¹⁸. La razón principal para excluir la autoría mediata en estos casos se basa en la falta de instrumentalización consustancial a esta forma de autoría. En efecto, no se aprecia manipulación de la situación a través de la provocación en el ejecutor material de un déficit de conocimiento ni de libertad. Trasladado este planteamiento a los aparatos organizados de poder, no queda más opción que rechazar la autoría mediata basada en el dominio de la organización¹⁹.

Sentado lo anterior, me inclino actualmente por resolver los casos relativos a organizaciones criminales admitiendo la estructura del autor tras el autor como un supuesto excepcional de coautoría (vertical). Se trata de un supuesto excepcional en la medida en que la persona de detrás no toma parte en la ejecución del hecho. La coautoría es, además, vertical, dado que no se establece una relación

¹⁶ La denominación de «aparatos organizados de poder» proviene del término *organisatorischer Machtapparat*, acuñado en Alemania por ROXIN pensando principalmente en organizaciones criminales desarrolladas al amparo del poder político de un Estado (vid. ROXIN, 2022, pp. 269 ss., y 841 ss.).

¹⁷ Cfr., en este sentido, HERZBERG, 2000, p. 48; ROTSCH, ZStW, 2000, pp. 561 ss.; 2010, p. 41; RENZIKOWSKI, 1997, pp. 87 ss.

¹⁸ De hecho, salvo en supuestos excepcionales, entiendo que la autoría mediata no es la vía para resolver los problemas de atribución de responsabilidad individual en el marco de la empresa.

¹⁹ De otra opinión, GRECO, ZIS, 1/2011, pp. 11 ss.

de horizontalidad entre los sujetos²⁰. En efecto, hombre de detrás y ejecutor material actúan desde posiciones bien diferenciadas: una, con poder de mando y otra, con poder de ejecución. La autoría del ejecutor material es incuestionable porque ejecuta el hecho con plena responsabilidad, decidiendo llevar a cabo los actos ejecutivos que le vienen ordenados desde instancias superiores. Por su parte, el fundamento de la responsabilidad como autor de la persona de detrás se basa en la consideración de que el ejecutor material no determina el hecho en todos sus elementos esenciales, y ello, pese a su plena responsabilidad penal. Calificar la actuación de la persona de detrás como partícipe por inducción no recogería el completo desvalor del hecho²¹. En sus manos queda el control fáctico de la organización que se normativiza en el momento en que pasa a considerarse relevante para definir la autoría en este contexto. Ambos sujetos, desde sus distintas posiciones, configuran el hecho global en toda su complejidad. Por ello, entiendo que sólo la coautoría (vertical) expresa el injusto completo del (único) hecho. En este proceso de espiritualización de la coautoría no operaría el principio imputación recíproca, propio de la coautoría horizontal, puesto que, si bien al hombre de detrás se le puede imputar lo ejecutado por el ejecutor material, a este no se le podría imputar de forma legítima la aportación del que ostenta el poder de mando, quien sin duda ha organizado mucho más. A lo sumo, se le podrá atribuir el servir de cauce para que lo decidido y planificado por otro (el hombre de detrás) se acabe ejecutando²². Por tanto, en la coautoría vertical estaríamos ante una dependencia recíproca y no ante una imputación recíproca de las distintas aportaciones. Dependencia recíproca que impide apreciar una autoría paralela (*Nebentäterschat*).

Llegados a este punto, no parece que la autoría mediata sea, por regla general, vía idónea para dar entrada al autor tras el autor. Los únicos casos en los que se podría admitir la estructura del autor tras el autor plenamente responsable a partir de la figura de la autoría mediata son aquellos de provocación de un error sobre la identidad de la víctima (error *in persona*). Como es sabido, se trata de supuestos caracterizados porque la persona de detrás consigue, mediante enga-

²⁰ A favor de la admisión de la coautoría vertical en la doctrina española, ROBLES PLANAS, 2003, pp. 269 ss.

²¹ Como acertadamente señala ROBLES PLANAS, InDret 2/2012, p. 6, en los casos de aparatos organizados de poder, «la responsabilidad del superior no es de menor intensidad que la del inferior, pese a la distancia y autorresponsabilidad del ejecutor, pues sus actos organizativos tienen una dimensión de injusto desde el punto de vista normativo particularmente grave, reflejándose plenamente en el injusto del hecho que exterioriza el ejecutor». Tampoco para ROBLES PLANAS la responsabilidad del hombre de delante constituye un obstáculo a la valoración de la autoría del hombre de detrás (p. 7).

²² De forma gráfica, cabría dibujar dos círculos concéntricos, dado que comparten un mismo centro (la ejecución). Mientras la ejecución es imputable a ambos, quedan elementos que sólo son imputables al hombre de detrás (planificación, organización y decisión sobre la comisión del delito).

ño, la variación del plan delictivo del autor inmediato en el sentido de dirigir el ataque de este hacia una víctima distinta a la inicialmente prevista. La persona de detrás hace suyo el plan delictivo ajeno, manipulando la situación. El autor inmediato responde, sin duda, como autor, pero no determina el hecho en todos sus elementos esenciales. Concretamente, la elección de la víctima queda en manos de quien manipula la situación, provocando un déficit de conocimiento en el autor inmediato. El error es irrelevante a efectos de atribuir responsabilidad al ejecutor material, pero permite apreciar autoría de la persona de detrás, pues se aprecia una clara instrumentalización²³. En efecto, apropiándose de la decisión delictiva del ejecutor material, la persona de detrás consigue que el ataque se dirija a un sujeto que inicialmente no estaba en peligro, sin necesidad de convencer a aquel de cambiar de víctima²⁴. La persona de detrás responde como autora (mediata) de la acción dirigida a la nueva víctima, y a su vez, es responsable de la salvaguarda de la víctima inicialmente prevista, quien, con gran probabilidad, hubiera resultado afectada sin su intervención.

En definitiva, entiendo que cabe admitir la construcción del autor tras el autor de forma muy limitada de la mano de la coautoría vertical y, también, de manera muy excepcional desde la autoría mediata. La admisión del autor tras el autor plenamente responsable penalmente no debería resultar especialmente problemática, pues también en la autoría paralela sucede que un mismo proceso lesivo es imputado a varias personas, aunque aquí hay un hecho fáctico sobre el que concurren dos hechos normativos.

III. ENCAJE DE LA CONSTRUCCIÓN DEL AUTOR TRAS EL AUTOR EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Como se ha visto, la autoría mediata viene recogida expresamente en el artículo 28 CP. El precepto no menciona, en cambio, al autor tras el autor. De modo que los supuestos que respondan a la estructura de autoría en la persona de detrás pese a la plena responsabilidad penal del ejecutor material (autor inmediato) deberían reconducirse, ya sea a la autoría mediata o, en su defecto, a la coautoría. La regulación vigente en España utiliza la expresión «por me-

²³ A favor de entender que no cabe descartar «categóricamente» la instrumentalización de sujetos que actúan con plena responsabilidad penal, SILVA SÁNCHEZ, 2025, 16/104, pp. 1223 ss.

²⁴ En la versión original del célebre y discutido «caso Dohna» (vid. GRAF ZU DOHNA, 1929, p. 93), Fuchs se entera de que Schütz le espera en un lugar solitario del camino, por donde él habitualmente pasea, para dispararle. En vista de ello, a través de un falso telegrama, atrae a su enemigo Luchs al lugar donde sabe que está esperando Schütz, para que éste le confunda con Fuchs y resulte muerto. Sobre las distintas versiones de este caso y sus posibles soluciones, vid. BOLEA BARDON, 2003, pp. 40 ss.

dio de otro del que se sirven como instrumento» para definir la autoría mediata, frente a su homóloga alemana que no utiliza el término instrumento en su definición y se limita a exigir que el hecho punible se cometa «a través de otro». Sin embargo, la alusión expresa al instrumento no prejuzga que este pueda ser autor o no, lo que sí parece claro es que debe existir instrumentalización de *otro* y que ese otro no puede ser más que otra persona (descartando que pueda ser otra cosa o un animal). Conviene recordar, no obstante, que la posibilidad de admitir supuestos de autor tras el autor a partir de la autoría mediata, queda, como se ha señalado, sumamente restringida. Por otro lado, los casos de autor tras el autor, previamente reconducidos a la coautoría vertical para dar respuesta al problema de la atribución de responsabilidad individual en el marco de las organizaciones criminales, pueden encontrar su encaje en el adverbio «conjuntamente» del artículo 28. I (II), siempre que este se interprete en un sentido suficientemente amplio como para abarcar no sólo las formas tradicionales de coautoría horizontal, sino también aquellas modalidades de coautoría de carácter vertical. Con ello se consigue, además, no desvirtuar el concepto de instrumentalización propio de la autoría mediata.

IV. LA AUTORÍA MEDIATA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

En los últimos años se aprecia una creciente tendencia por parte del Tribunal Supremo a recurrir a la figura de la autoría mediata, aunque no siempre se explicitan las razones por las que se llega a esa calificación. A menudo se apuntan criterios que no se corresponden con esta forma de autoría. Así, por ejemplo, en la STS 805/2023, 26-10, se alude al dominio funcional del hecho, sin aclarar en qué consiste ni por qué razón se aprecia en el caso concreto. También hay supuestos en los que se plantea una posible autoría mediata, pero se acaba calificando de autoría, sin ulteriores precisiones (*vid.* STS 68/2018, 07-02). Siguiendo la argumentación sostenida en este trabajo, no cabe más que rechazar la propensión del Tribunal Supremo a utilizar la autoría mediata en supuestos de codelincuencia en los que no se aprecia ningún tipo de instrumentalización. Ilustrativo resulta al respecto el caso juzgado en la STS 1022/2012, 19-12, donde se califica como autores mediatos de un delito patrimonial, concretamente, una tentativa de robo a quienes, con el objetivo de apoderarse del dinero que supuestamente tenía escondido la víctima en su domicilio, procedente del narcotráfico, decidieron contratar a las personas que debían ejecutar materialmente los hechos, dándoles instrucciones y pagando por sus servicios. Del mismo

modo cabe rechazar la solución a la que llega la STS 152/2012, 02-05, en la que, en un supuesto de contaminación acústica, condena como autores mediatos de un delito contra el medio ambiente a los titulares de un bar de copas por incumplir de forma reiterada los deberes legales en materia de ruidos, así como por mantener el local abierto fuera del horario de cierre, considerando que, aunque no causasen materialmente los ruidos y vibraciones, sí tenían el dominio funcional del hecho.

Una aplicación adecuada de la figura de la autoría mediata se aprecia, en cambio, en la STS 507/2019, 25-10, en la que se confirma la sentencia de la Audiencia que condena a las acusadas por un delito de aborto del artículo 144 CP, cometido en autoría mediata en un contexto de trata con fines de explotación sexual. El Tribunal Supremo rechaza la tesis planteada por las recurrentes centrada en negar la posibilidad de ser consideradas autoras «al no haber participado directamente en la ejecución del hecho». Y considera probado que la embarazada estaba siendo amenazada y forzada por parte de aquellas a permitir que los médicos, que desconocían la situación de necesidad coactiva en que prestaba su consentimiento, le practicasen el aborto²⁵. Acertada resulta también la calificación de los hechos en la STS 338/2020, 19-06, que condena por una detención ilegal en autoría mediata a los policías nacionales que detienen y confeccionan la minuta, atribuyendo a la detenida la comisión falsa de delitos graves, presentándola a otros compañeros que redactan el atestado y prolongan la detención, acordando el juez de instrucción la prisión provisional que tiene una duración de 39 días. Asimismo, hace una correcta utilización de la figura de la autoría mediata la STS 249/2023, 11-04, apreciándola en un supuesto de malversación de caudales públicos en el que los acusados, ingeniero jefe de obra y su ayudante, ambos funcionarios públicos, puestos de común acuerdo con el encargado de la empresa adjudicataria, confeccionan la documentación mendaz que es entregada a los responsables de la Autoridad Portuaria, también funcionarios públicos, para que procedan a hacer los pagos correspondientes, desconociendo la falsedad de las mediciones determinantes

²⁵ *Vid.*, el comentario a esta sentencia de BOLEA BARDON, InDret 2/2021, pp. 418 ss. En relación al delito de aborto, *vid.*, también, la STS 798/2017, 11-12, que confirma parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona 6.ª, 16-06-2016, y, en aplicación de la regulación anterior a la reforma del Código penal operada por la LO 2/2010, de 3 de marzo, condena al director de una clínica privada dedicada a la interrupción voluntaria del embarazo como autor mediato y al psiquiatra del mismo centro como cooperador necesario, siendo este último quien firma el dictamen simulado a sabiendas de que no existía riesgo para la salud psíquica de la madre, apreciándose un error de prohibición invencible en relación al ginecólogo y al anestesta por haber actuado ambos bajo el principio de confianza. La autoría mediata se explica por parte del tribunal a partir del dominio funcional que ostentaba el director sobre lo que ocurría en las clínicas, así como de «la utilización como “instrumentos” de los profesionales que trabajaban en ellas (médicos y anestestistas)».

a la hora de autorizar las órdenes de pago. Igualmente, se realiza una correcta aplicación de esta figura cuando en la STS 920/2023, 14-12, se confirma la condena del acusado como autor mediato del delito de falsedad en documento oficial cometido por particular por utilizar a una funcionaria pública como «instrumento para lograr la falsificación del documento, en la medida en que la misma ignoraba que la fotografía aportada por aquél no era propia y la incorporó a su documento de identidad».

Más problemáticos resultan, sin embargo, casos como el juzgado en la STS 805/2023, 26-10, que condena como autora de un hurto en autoría mediata a la madre de las menores, de 8, 13 y 15 años, siendo como mínimo discutible la instrumentalización respecto a las menores de mayor edad. La utilización de menores para cometer un delito no debería comportar, sin más, la atribución de la ejecución del hecho a la persona de detrás en autoría mediata ²⁶. La inversión de roles a la que se ha hecho alusión anteriormente no opera de forma automática. Debe poderse explicar no sólo centrandose la atención en el defecto de responsabilidad del ejecutor material, sino proyectándose sobre la relación que se establece entre este y la persona de detrás. Determinar a una menor de 15 años a llevar a cabo un delito de hurto, por mucho que la instigadora sea la madre, difícilmente permite apreciar una manipulación de la situación. No se da la necesaria instrumentalización, salvo que llegue a provocar en la menor un déficit de conocimiento vía error (o, en su caso, de libertad, vía coacción). De no ser así, en principio, su contribución al hecho no debería pasar de constituir una inducción. En cambio, los actos ejecutados por la hija de 8 años sí pueden ser atribuidos a la madre como autora mediata, dando por supuesto que, por razón de su corta edad, actuaba sin dolo típico.

Una cierta controversia ha generado también el caso juzgado en la STS 314/2021, 15-04, en el que se condena al padre del menor que permite a su hijo de 8 años dar varias vueltas con el vehículo de alquiler en el aparcamiento abierto a la circulación viaria, mientras aquel permanecía fuera grabándole, por un delito de conducción sin permiso en autoría mediata. La principal objeción para admitir la autoría mediata en este supuesto deriva de la consideración del tipo de conducción sin permiso como un delito de propia mano ²⁷. Sin ánimo de entrar aquí en la polémica acerca de la convenien-

²⁶ A favor de la participación en los casos de utilización de menores de edad, SILVA SÁNCHEZ, 2025, 16/119, p. 1229; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, pp. 203 ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, 2018, pp. 149 ss.

²⁷ *Vid.*, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, 1966, p. 247: «No hace falta extenderse mucho, después de lo expuesto hasta ahora sobre la autoría mediata, para justificar por qué en los llamados delitos de propia mano no es posible que sea el autor en sentido estricto el autor mediato. En este grupo de deli-

cia de mantener esta categoría, conviene recordar que vienen siendo muchas las voces en la doctrina que, con distintos argumentos, se manifiestan en contra de su mantenimiento²⁸. En realidad, como apunta SILVA SÁNCHEZ, «el problema histórico de los delitos de propia mano ha venido propiciado no solo por razones conceptuales acerca del concepto de delito, sino también por la defectuosa redacción de ciertos verbos típicos»²⁹. Y pone como ejemplo, precisamente, el verbo «conducir» que es el que parece oponerse a la autoría mediata en el último caso mencionado³⁰. La solución que adopta el Tribunal Supremo de condenar al padre como autor del delito de conducción sin permiso es, sin duda, la que ofrece una mejor respuesta desde el punto de vista político-criminal. Hay que tener en cuenta que en este supuesto no cabría apreciar ninguna forma de participación por falta de un injusto en el que tomar parte, ya que la conducción del menor no se llevaría a cabo con dolo típico (con ocho años podía saber que estaba conduciendo, pero dudosamente podía conocer que lo hacía sin permiso). Materialmente, no hay ninguna razón para negar que se pueda cometer el delito de conducción sin permiso en autoría mediata, del mismo modo que se puede lesionar o matar a través de otro. Pero, para hacer frente a posibles objeciones derivadas de una supuesta vulneración del principio de legalidad, también cabe dar respuesta a este caso haciendo responder al padre, no como autor mediató, sino como autor en comisión por omisión. Su posición de garantía no sería cuestionable y, tal como consta en hechos probados, al permitir a su hijo conducir el vehículo mientras le grababa, no hay duda de que infringía, simultáneamente, deberes de protección y de aseguramiento.

Con estas breves páginas he pretendido rendir homenaje al profesor Enrique Peñaranda, uno de los grandes maestros del Derecho penal contemporáneo, siempre dispuesto a compartir su amplio y profundo conocimiento sobre los temas fundamentales de nuestra disciplina, y hacia quien he sentido siempre una profunda admiración y un sincero afecto.

tos el tipo hace siempre referencia a una actividad bien concreta; por ello, quien no la realiza directamente no podrá ser nunca “el que” a quien se refiere el precepto positivo. La conducta de lo que tradicionalmente se llama autor mediató podrá ser incluida, eso sí, dentro de la inducción o de la cooperación necesaria».

²⁸ A favor de admitir la autoría mediata en delitos de propia mano por entender que esta categoría no tiene fundamento material, MAQUEDA ABREU, 1992, pp. 23 ss.; GÓMEZ RIVERO, RP, 2006, 114 ss.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, 17/60, p. 1297.

³⁰ En esta línea, MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, p. 983, sostiene que, con la actual redacción del tipo, apreciar autoría mediata en la sentencia mencionada del padre que permite a su hijo de ocho años dar vueltas con el vehículo, sería analogía *in malam partem* (pp. 985 ss.), si bien, desde una perspectiva material, reconoce que no deberían existir delitos de propia mano (p. 996).

BIBLIOGRAFÍA

- BOLEA BARDON, Carolina: Autoría mediata en Derecho penal, Valencia, 2000.
- *La autoría mediata en algunos supuestos de error*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a época, núm. 12, 2003.
- *Aborto en autoría mediata*, Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, InDret 2/2021.
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias*, en Luzón Peña (dir.), Libro Homenaje a Claus Roxin, Lima, 2018.
- FREUND, Georg/Rostalski, Frauke: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.^a ed., Berlin-Heidelberg, 2019.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Autor y cómplice, Madrid, 1966.
- GONZÁLEZ LILLO, Diego: Autoría y participación como criterios de imputación. Una aproximación a su objeto, fundamento y estructura, Barcelona, 2023.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a Carmen: *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, RP, 2006.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander: Übungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht, Liebmann, 1929.
- GRECO, Luís, *Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 1/2011.
- HERZBERG, Rolf Dietrich: *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, en Amelung (dir.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, 2000.
- HRUSCHKA, Joachim: *Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 110, 1998.
- JAKOBS, Günter: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.^a ed., Berlin, 1993.
- *Teoría de la intervención* (Pastor Muñoz, trad.), Colombia, 2016.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, (5.^a ed.), Berlin, 1996.
- KREUZBERG, Bastian: Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre, Berlin, 2019.
- MAQUEDA ABREU, Marisa: Los delitos de propia mano, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: La autoría en Derecho penal, Valencia, 2019.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, (10.^a ed.), Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *¿Puede conducirse sin permiso sin conducir y teniendo permiso?: Una aproximación a la autoría mediata en los delitos de propia mano y a la vez una propuesta de reforma de la ley*, en Llabrés Fuster et al. (Coords.), Estudios Penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, Valencia, 2025.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, 1990.
- *Autoría y participación en la empresa*, en Serrano-Piedecabras y Demetrio Crespo (dirs.), Cuestiones actuales de Derecho penal económico, 2008.

- RANDT, Karsten: *Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslage*, Baden-Baden, 1997.
- RENNIKOWSKI, Joachim: *Restrictiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 269 ss.
- *La autoría no ejecutiva* (editorial), InDret, 2/2012.
- *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*, InDret, 2/2012.
- *La estructura de la intervención en el delito*. *Política Criminal*, 15(30), 2020.
- ROTSCH, Thomas: *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?* ZStW, 112, 2000.
- *De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú*, en Ambos/Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima, 2010.
- ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.^a ed., Berlin, 2022.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.^a: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2025.

JURISPRUDENCIA

- STS 805/2023, 26-10.
- STS 798/2017, 11-12.
- STS 68/2018, 07-02.
- STS 1022/2012, 19-12.
- STS 152/2012, 02-05.
- STS 507/2019, 25-10.
- STS 338/2020, 19-06.
- STS 249/2023, 11-04.
- STS 314/2021, 15-04.
- STS 920/2023, 14-12.

3. EL CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR: ALGUNAS SOMBRAS Y AMENAZAS Y ALGUNAS EXPLICACIONES DIFERENTES*

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
Catedrático de Derecho penal
Universidad de León

I. DEDICATORIA

Los que me conocen saben que durante toda mi vida académica no me he cansado de decir que Enrique Peñaranda Ramos ha sido muy importante para mí. Y no solo por la calidad de su obra académica (altísima) o por lo interesante de sus opiniones en cualquier foro (siempre), ni siquiera solo por la amistad y afecto que nos profesamos (de muchos años y sinceros). Es que Enrique es (naturalmente junto con mi maestro Diego-Manuel Luzón Peña) en una medida muy importante responsable de que me dedique a la academia y al Derecho penal. Narrar los detalles de esa «responsabilidad» requeriría más espacio del que aquí dispongo. Baste decir que, cuando yo cursaba el segundo curso (1978-1979) de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid (mi profesor de Derecho Penal. Parte General era mi hoy maestro), conocí a un joven «PNN» que acababa de incorporarse al gru-

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación PID2023-148510NB-I00, financiado por MICINNU/AEI/10.13039/501100011033, cuyos IP somos Miguel Díaz y García Conlledo y María A. Trapero Barreales, así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León y del GI DPULE, ambos dirigidos por el autor del presente trabajo. Por razones de limitación de la extensión del trabajo, se renuncia aquí a toda pretensión de exhaustividad en la cita, excusándome por no mencionar autores y trabajos muy relevantes en la materia.

po de penalistas que dirigía el prestigioso (y, desde mi perspectiva actual, joven) maestro Gonzalo Rodríguez Mourullo. Se trataba de Enrique, de quien me separan muy pocos años, que, entonces, a mis 18, me parecían más. Cuando alguna vez iba a los despachos de la Cátedra de Derecho Penal en el antiguo edificio (el blanco) de la Facultad de Derecho, estaba siempre por allí Enrique. Al principio porque yo preguntaba alguna cosa, pero poco a poco porque nos íbamos conociendo (¡qué recuerdo el del Seminario de Derecho Penal!), Enrique me aclaraba cuestiones penales (yo veía que sabía muchísimo ya –y era verdad–), me sugería temas complicados y cómo podrían abordarse, me hablaba de autores españoles y extranjeros que merecía la pena leer... En fin, si el «gusanillo» del Derecho penal ya me ha habido entrado con Diego, Enrique no hizo más que acrecentarlo. Y yo quería ser como aquel joven profesor, tan sabio, tan amable, tan motivado y motivador. Poco a poco, las conversaciones se extendieron a otros temas, como los políticos, con una democracia apenas estrenada y que a mí me vino casi dada, pero por la que Enrique ya se había peleado bastante y había tenido, digamos, algún «susto». Pero también asuntos culturales, donde igualmente me asombraba el conocimiento y el gusto de Enrique (querido amigo, me acuerdo, por ejemplo, de tu recomendación cinematográfica de «El cazador» –*The Deer Hunter*–, de Michael Cimino, hasta hoy –más hoy que entonces– una de mis películas favoritas). Tras esos años en que yo era aún estudiante, Enrique hizo de enlace para que Diego Luzón pudiera contactar conmigo, Enrique me recibió a mi llegada a Alemania, acoguéndome incluso algunos días en la casa que compartía con quien después ha sido estrechísimo amigo, Juan Antonio García Amado, hablándome de las novedades bibliográficas alemanas del momento («lee, Miguel, en cuanto puedas, la AT de Jakobs»), compartiendo cervezas, comida y charlas en Múnich (creo que fuiste, Enrique, el primero que nos llevaste a Marta y a mí a la *Reitschule*), después viéndonos de vez en cuando en nuestro Madrid (aunque yo ya me había trasladado a León) y después... toda una vida de presencia en muchos lugares, muy especialmente en los seminarios de Alcalá. Hasta hoy.

Así que, gracias, querido Enrique, por todo lo que has significado en mi trayectoria de penalista, gracias por lo que me has enseñado (no solo de Derecho penal), gracias por tu atención a mi obra (con tus valiosas observaciones sobre algunas de mis opiniones), gracias, muy especiales, por tu amistad y por el afecto que, sin necesidad de demasiada exteriorización, me transmites. Ya sabes qué grande y sincero es el que te profeso, junto a mi admiración por tu faceta profesional. Disfruta de esta nueva etapa que comienzas, en la que, estoy seguro, seguirás ofreciendo tu brillante, profunda y original mirada a cues-

tiones penales, centrales y laterales, y en la que te deseo lo mejor en lo académico y, sobre todo, muchos años de felicidad personal, que ojalá pueda yo compartir de manera cercana. ¡Abrazos muy fuertes, amigo!

II. CONCEPTO UNITARIO Y CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Hasta la aparición de uno de los dos (excelentes) libros derivados de la tesis doctoral de nuestro homenajeado¹ y del derivado de mi propia tesis², poco se había hablado en España de concepto unitario de autor. Enrique y yo, de hecho, hemos comentado muchas veces lo curioso de la coincidencia de que ambos, en paralelo y aproximadamente a la vez, nos hubiéramos sentido atraídos por el análisis detenido de esa forma de comprensión de la autoría (o quizá mejor, la codelincuencia), sin pasar a descartarla de inmediato y sin más, como era lo normal en los pocos casos en que se mencionaba.

Y ambos, creo, llegamos también a la conclusión común, matices aparte, de que, contra lo que parecía deducirse de la dura crítica a esa concepción por parte de la doctrina alemana para los delitos dolosos (abrazándola, no obstante, en los imprudentes), el concepto unitario de autor, sobre todo en sus versiones modernas o funcionales, no debía ser demonizado y sería posible sostenerlo y plasmarlo legalmente sin que «se hundiera el mundo»³.

Con todo, ambos concluíamos que es preferible un concepto restrictivo de autor (que parte de que es autor quien realiza el tipo, la conducta típica vinculando así autoría y tipicidad, y que entiende sometidas las formas de participación al principio de accesoriedad)⁴ por permitir, en mi comprensión⁵, un mejor perfilamiento de lo típico y adecuarse mejor al Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho (aunque el unitario no sea necesariamente incompatible con este)⁶.

¹ PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 259 ss. La otra obra derivada de la tesis es la de 1991, de un interés también máximo.

² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 43 ss.

³ En mi caso, entre otros lugares, en conclusión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 198 ss.; en PEÑARANDA RAMOS, por ejemplo, 1990, pp. 322 ss.

⁴ En relación con el CP español de la época, por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 325, entre otros trabajos.

⁵ Entre otros muchos lugares, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 200 ss.

⁶ La asunción de un concepto restrictivo de autor en los delitos dolosos (con algunas excepciones relevantes, que mencionaré) es amplísimo en la doctrina contemporánea. Algunas de las críticas que se le han hecho son desenfocadas, como, por citar un ejemplo (de los escasos que puedan encontrarse en España), la de BLANCO LOZANO, 2005, p. 457, pues atribuye al concepto restrictivo de autor consecuencias que en absoluto se derivan de él (v. la clara réplica de ESCOBAR VÉLEZ, 2020, pp. 634 ss.).

Dada la limitación de extensión de este trabajo, baste recordar que lo que diferencia fundamentalmente a un concepto unitario y a uno restrictivo de autor y lo que le dota a este de su ventaja no es tanto la igual o diferente pena con que se conmina a los intervinientes en uno y otro sistema (no necesariamente idéntica en todos en los sistemas unitarios modernos y no siempre mayor para el autor en los restrictivos, pues hay figuras de participación –en el caso español, la inducción y la cooperación necesaria– conminadas con el mismo marco penal abstracto que la autoría), sino la afirmación de la relación de accesoriedad (muy mayoritariamente entendida como limitada⁷) de la participación frente a la autoría en el concepto restrictivo. No son posibles aquí otros matices.

III. ALGUNAS AMENAZAS LEGALES Y DOCTRINALES AL CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Siempre he defendido que, si se opta, como parece conveniente, por un concepto restrictivo de autor, debe existir coherencia en su desarrollo y no renunciar a él o extenderlo de manera cuestionable cuando sus soluciones no se consideren satisfactorias, por ejemplo, desde puntos de vista de merecimiento y necesidad de pena⁸.

Se trata aquí de denunciar algunas quiebras de este concepto o algunos debilitamientos y ataques a él. Mencionaré a continuación, con necesaria brevedad, algunas. En concreto, la existencia de tipos de la parte especial que contienen conceptos unitarios de autor, el acercamiento a tal concepto unitario por parte de un sector doctrinal, el del normativismo fuerte o «libre de empirismo», y, de modo separado a la ampliación doctrinal del concepto restrictivo de autor en la coautoría y en la imprudencia (conduciendo en esta última a un concepto unitario de autor), ámbitos en los cuales nuestro homenajeado mantiene un concepto restrictivo de autor, de manera próxima, al

⁷ No es posible detenerse aquí en la cuestión de la accesoriedad de la participación, a cuyo estudio tanto ha contribuido nuestro homenajeado (baste recordar la suma importancia que para esa cuestión posee la obra de PEÑARANDA RAMOS, en especial, pero ni mucho menos solo, su libro de 1990) y que, pese a la muy mayoritaria opción (que comparto) por la accesoriedad limitada, no puede darse por zanjada. *Vid.*, sin que sea posible analizar aquí (pese a resultar seguramente, en mi caso, una tarea pendiente y necesaria), otras concepciones, como las que en nuestro país y desde distintas perspectivas, la entienden como mínima, aunque en un sentido no plenamente coincidente con el tradicional (v., solo y entre otros, BOLDOVA PASAMAR, 1995, especialmente pp. 167 ss., quien habla de «alternativa intermedia»; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr*, 2020, pp. 850 ss., defendiendo lo que llama «accesoriedad mínima objetiva») u otras concepciones recientes que apuntan, al menos parcialmente, a la accesoriedad máxima (*vid.* solo la idea de distinguir entre accesoriedad prospectiva y retrospectiva en VACCHELLI, 2020; GA, 2025, pp. 571 ss).

⁸ Ya, por ejemplo, lo advertía en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 202 ss.

menos en el resultado, a como yo lo hago, pero con algunos matices de fundamentación que me gustaría destacar y valorar mínimamente, por lo que les dedicaré apartados al margen de este.

Por lo demás, sería posible señalar otros «ámbitos de riesgo» para el concepto restrictivo de autor, derivados no tanto de algunas construcciones doctrinales, como de su interpretación por algunos o su aplicación en la jurisprudencia. Baste citar⁹, por ejemplo, la conocida construcción roxiniana de la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder, que, al margen de una eventual discusión aquí imposible sobre si en sí misma posee una tendencia ampliatoria en exceso de la autoría, en su comprensión por algunos y en algunas de sus aplicaciones (ambas al margen de lo requerido por Roxin), apunta a un mecanismo de algo así como una imputación grupal de autoría, a través de una ampliación enorme de esta¹⁰.

1. Los tipos con concepto unitario de autor

Algunos delitos están tipificados en el CP de un modo tal que cualquiera que intervenga en ellos resulta ser autor. Se configura así un concepto unitario de autor *ad hoc* del peor modo posible, pues ni hay matices ni hay cabida a diferencias de marco penal según la intensidad de la forma de intervención (en un sentido contrario a los modelos unitarios más recientes). Probablemente el ejemplo más conocido es del delito de tráfico de drogas del artículo 360 CP, que alcanza, en las conductas típicas más amplias, a todos los que «promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal» de drogas, lo que, en una lectura sencilla, no dejaría fuera ni la menos intensa forma de lo que, en otros delitos, sería complicidad. Son loables en su finalidad los intentos doctrinales¹¹ y jurisprudenciales¹² de restringir el claro tenor, para así dar cabida a formas de participación, en especial de complicidad (por la consiguiente rebaja de pena), pero creo que solo una re-

⁹ Porque otros autores denuncian otras posibles ampliaciones del concepto de autor. *Vid.*, solo a modo de ejemplo, en relación con el manejo por parte de la doctrina de la idea de posición de garante, MARAVER GÓMEZ, 2005, p. 658.

¹⁰ Ejemplo claro de ello me parece, por no citar otros, la sentencia brasileña del caso Mensalão, crítica, según me consta, por el propio Roxin, aunque, que yo sepa, no por escrito, y por discípulos tan cercanos a él como GRECO/LEITE, ZIS, 2014, pp. 285 ss.; ZIS, 2015, pp. 386 ss. Mi opinión sobre esa construcción puede verse, entre otros lugares, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2017, pp. 509 ss.; GA, 2017, pp. 711 ss.

¹¹ Por muchos y con ulteriores referencias, ampliamente, en un trabajo dirigido por mí (aunque soy más escéptico que su autor en cuanto a las posibilidades de restricción *de lege lata*), CANTILLO ARCÓN, 2023, especialmente pp. 198 ss.

¹² Que, con todo, son una minoría de sentencias. *Vid.* solo la panorámica resumida que ofrece ESCOBAR VÉLEZ, 2020, pp. 637 ss.

forma del mencionado tenor acabaría de verdad con la extensión del precepto y el concepto unitario de autor que contiene. No hay preocupación (real o creada) por un fenómeno delictivo que justifique una tipificación así sin distinción de la intensidad de la contribución al hecho (sin entrar siquiera en la cuestión de la accesoriedad). No es el único caso de un concepto unitario de autor o, como mínimo, muy extensivo en la parte especial ni en España¹³ ni en otros países¹⁴.

Lo dicho no supone, naturalmente, que no puedan establecerse ampliaciones del concepto restrictivo o excepciones a la accesoriedad limitadamente y con plasmación legal cuando se estime procedente. Así, por ejemplo, y, naturalmente sin entrar a debatir lo acertado o no de tal o cual política-criminal al respecto, no supone una quiebra relevante del concepto restrictivo de autor el tipificar expresamente y castigar algunas formas de participación en el suicidio, especialmente si no se hace con carácter general y las penas no se equiparan a las que corresponderían por la participación en un homicidio. Al margen de una valoración de contenido, ha de reconocerse que en esa línea se halla el artículo 143 CP, que excluye del castigo al menos la complicidad (simple o no necesaria) y, en todo caso, establece penas inferiores a las que corresponderían a la inducción y a la cooperación necesaria en un homicidio.

Tales excepciones confirman más bien la consagración de un concepto restrictivo de autor, pues, al ser atípico el hecho del «autor» (el suicidio) en el ejemplo, la regla de la accesoriedad conduciría a idéntica atipicidad de las formas de «participación»¹⁵.

2, El normativismo fuerte

Como de la deriva hacia un concepto unitario de autor o algo parecido (uno muy extenso, en todo caso, algo que se aparta de un concepto restrictivo de autor) a la que tienden, con diversos matices, autores alemanes y españoles

¹³ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 170.5 c) CP, si bien restringe las formas de favorecimiento o facilitación equiparadas a la autoría, por lo que cabrían otras para las que regirían las normas generales que regulan la participación. En el delito de blanqueo de capitales del artículo 301 CP no se llega a consagrar un concepto unitario de autor, pero su constante tendencia ampliatoria permite incluir en sus verbos típicos conductas que podrían ser más bien de participación.

¹⁴ *Vid.* solo los ejemplos del Derecho alemán que ofrece SCHÜNEMANN, GA, 2020, pp. 230 ss.; *Libertas*, 2020, pp. 40 ss., en un trabajo muy crítico (en mi opinión, seguramente demasiado crítico en algunos puntos) con el sistema unitario de autoría consagrado en el StGB austriaco (pp. 31 ss.). Ya antes también ROXIN, 2003, § 25, núm. 7 (p. 8); 2014, § 25, núm. 7 (pp. 67 ss.).

¹⁵ Ciertamente, preceptos similares podrían interpretarse también como restricciones a consecuencias indeseadas de un concepto unitario de autor donde se consagre, pero seguramente la redacción debería ser otra.

ya me he ocupado en otro lugar¹⁶, puedo, dado el escaso espacio disponible, remitir aquí a esas breves reflexiones y mi crítica a tales posiciones, con apoyo también en otros autores¹⁷.

3. La coautoría y la intervención imprudente (en diálogo con Peñaranda Ramos)

Pero, por las razones señaladas, me interesa dedicar un apartado propio al desbordamiento de un concepto restrictivo de autor que la doctrina dominante realiza en materia de coautoría e intervención imprudente.

IV. COAUTORÍA Y CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Es de sobra conocida mi crítica a la extensión del concepto de autor que se produce en la doctrina muy mayoritaria del dominio del hecho en la coautoría, incluso en su versión más estricta en esta materia, la de Roxin y su criterio, muy exitoso, del dominio funcional del hecho, con sus tres requisitos de marco común de actuación (decisión conjunta al hecho) con división del trabajo (o acumulación de esfuerzos), esencialidad de la contribución y aportación en fase ejecutiva¹⁸. Mi crítica, que precisamente pretende una coherencia máxima con el concepto restrictivo de autor y sus ventajas y conduce a un concepto muy restringido de coautoría, se basa en que el dominio en que se fijan los partidarios de la tesis mayoritaria es meramente negativo y conviene reducir la autoría a contribuciones que supongan un dominio (o determinación) positivo del hecho, y a que, incluso en fase ejecutiva, hay contribuciones que solo suponen un dominio negativo (muy importante y abaricable en todo caso, en legislaciones como la española, a través de la cooperación necesaria, una forma de participación equiparada

¹⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA*, 2011, pp. 266 ss.; *NFP*, 2011, pp. 29 ss., mencionando (aunque no sean las únicas) brevemente las posiciones de Jakobs, Lesch, Feijoo Sánchez, Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Robles Planas, advirtiéndole también de que algunas conductas normativizadoras (cito las de Sánchez Lázaro y Maraver Gómez) sustentan un concepto restrictivo de autor. Por razones del espacio disponible, remito aquí a las citas concretas que en ese lugar he realizado de esos autores.

¹⁷ Sobre mi crítica, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA*, 2011, pp. 268 ss.; *NFP*, 2011, pp. 26 ss., con algunas reflexiones además sobre lo fenomenológico y lo normativo en la autoría: *GA*, 2011, pp. 273 ss.; *NFP*, 2011, pp. 35 ss. Respecto de las tesis de Lesch y Jakobs (con las que relaciona la de Robles Planas), vid. también, entre otras, la crítica de mi discípula ESCOBAR VÉLEZ, 2020, p. 634 n. 25.

¹⁸ El maestro alemán lo ha explicado en múltiples trabajos, pero puede verse un resumen amplio, por ejemplo, en ROXIN, 2003, § 25, núm. 188 ss. (pp. 77 ss.); 2014, § 25, núm. 188 ss. (pp. 146 ss.).

en marco penal a la autoría) y, contra lo que estima Roxin¹⁹, los que realizan esas contribuciones (igual que lo que les sucede a quienes realizan aportaciones en fase previa a la ejecución) han de dejar en manos de otros (los que actúan con dominio positivo) la realización del hecho típico²⁰. Esas ampliaciones del concepto de autor se multiplican a menudo en la (incorrecta) aplicación del criterio del dominio funcional del hecho por algunas sentencias²¹.

Aunque crítico con la posición que defiende (con Luzón Peña, mi maestro español)²², Roxin²³ reconoce que «un concepto de autoría tan estrecho, restringido a la verdadera acción típica, [...] puede construirse perfectamente; y posee en todo caso la ventaja de una máxima cercanía al tipo», lo cual me satisface mucho, pues nada menos que Roxin, mi maestro alemán, por cierto, viene a reconocer que he conseguido en buena medida en propósito que me guiaba.

Pero, y esta es la razón fundamental de estas líneas, aun reconociendo que, al menos en aquel momento, que mi concepción en este punto es «la más restrictiva» de las que se orientan en el sentido de entender la coautoría comprendida en los tipos de la parte especial, nuestro homenajeado (en un trabajo con Suárez González)²⁴ opuso que, incluso en mi concepción, «existen supuestos en los que la coautoría representa una ampliación de la responsabilidad criminal, más allá del hecho típico directamente imputable como obra propia al sujeto» y propone tres grupos de casos, entre los que yo pongo como ejemplos de (la escasa) verdadera coautoría (realización típica conjunta con determinación o dominio positivo del hecho):

En primer lugar, A, B y C suministran, de acuerdo, dosis de veneno a un sujeto en días sucesivos, siendo mortal solo la suma de las dosis. Solo la imputación recíproca de las contribuciones podría, dice, convertirlos en coautores (no meros coejecutores), como sostengo. Una posición aún más restrictiva que la mía, como sería considerar solo a C autor tampoco superaría la crítica en los dos casos que siguen.

En segundo lugar, cuando varios sujetos, acordados, se apoderan de sumas de dinero de un tercero en la ejecución de «un» robo, yo sostengo, dice

¹⁹ ROXIN, 2003, § 25, núm. 255 (p. 174); 2014, § 25, núm. 255 (pp. 172 ss.).

²⁰ Lo he expresado en diferentes lugares; *vid.* solo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC*, 2017, pp. 31 ss.

²¹ Baste aquí citar una relativamente reciente de nuestro Tribunal Supremo en que ello me parece especialmente evidente: STS 446/2023, 14-06. Sucede también (y a veces muy ampliamente) en otros países (como, por ejemplo, en muchas sentencias colombianas que caracterizan lo que llaman «coautoría impropia» –incorrectamente– a través del dominio funcional del hecho).

²² Los dos lo hemos hecho en diferentes trabajos. *Vid.* solo el que firmamos ambos: LUZÓN PEÑA/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2001, pp. 591 ss.; *Libertas*, 2023, pp. 147 ss.

²³ ROXIN, 2003, § 25, núm. 256 (p. 102); 2014, § 25, núm. 256 (pp. 174 ss.).

²⁴ V. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PJ*, 1992, pp. 197 ss.

Peñaranda, con razón, que cada uno no solo es autor de un robo por el montante de lo que cada uno sustrae, sino que los tres realizan una acción conjunta de robo de la cantidad global sustraída (con las eventuales consecuencias típicas y de penalidad). La crítica es que cada uno solo dominaría positivamente la propia contribución; solo la combinación de imputación directa (como la autoría) e indirecta (como la participación) determinaría el rasgo fundamental de la coautoría.

Un tercer grupo de casos demostraría que esa peculiar imputación no puede quedar reducida tampoco a quienes realizan (parcialmente) la «acción típica nuclear». Se trataría de casos en que la ley describe dos acciones típicas, que, para el supuesto en que yo observaba coautoría, ejemplifiqué con el delito de robo de la época (cuya consumación, en relación con el robo con violencia o intimidación, anticipaba el artículo 512 CP de entonces al momento de la violencia o intimidación), pues ambas acciones serían típicas nucleares. No obstante, en el caso de la violación de la época, yo consideraba (dice) nuclear solo la del yacimiento o acceso y no la del ejercicio de violencia o intimidación. Pero, volviendo al robo, entiende Peñaranda que, para que lo haya, la conducta de quien intimida o ejerce violencia o, en su caso, el ejercicio de la fuerza le ha de ser imputable en todo caso (de modo indirecto) al sustractor, pues no habría robo si este aprovecha, por ejemplo, circunstancias naturales para ello.

Como señalé hace años²⁵, me complace mucho que alguien tan experto en el tema y tan agudo como nuestro homenajeado considere que mi concepción es probablemente la más restrictiva, pues la coherencia con el concepto restrictivo de autor, para que este conserve sus ventajas, ha sido siempre, como ya he dicho, una de mis guías fundamentales en el desarrollo de mi concepción. Y, naturalmente, debo admitir que la estructura de la coautoría es diferente a la de la autoría inmediata individual (y a la de la autoría mediata) y requiere de requisitos diferentes. Pero, dejando de lado parcialmente el tercero de los grupos que plantean Peñaranda y Suárez (por estar mi argumentación basada en parte en regulaciones de la parte especial ya no vigentes, aunque se podría señalar algo parecido a lo que digo a continuación), sigo creyendo que el criterio de la realización típica y la determinación (objetiva y) positiva del hecho sí son fundamentales en esos casos de coautoría, pues solo el conjunto de los coautores (administrando veneno en días sucesivos, sustrayendo cantidades parciales que conforman el conjunto de lo típicamente sustraído) realiza (¡conjuntamente!) el hecho (el

²⁵ Para esto y lo que sigue, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1997, p. 232, en especial n. 151; *DPCR*, 2002, p. 322.

acontecer típico), al determinarlo positivamente. Otros sujetos podrán realizar aportaciones esenciales (por ejemplo, facilitar el veneno, difícil de conseguir, a los coautores –a los que lo administran– o vigilar de manera muy importante durante el robo para avisar si viniera la policía), pero ni por sí solos ni conjuntamente determinan positivamente el hecho, sino solo de manera negativa. Por lo demás, el tenor de los tipos no impide que los hechos (típicos) se realicen conjuntamente por varios (al igual que, en general, tampoco imponen que se realicen de propia mano, lo que haría imposible la autoría mediata).

Pero, como suele suceder con todas las observaciones de nuestro homenajeado, aunque en mi opinión no impidan la defensa de mi concepción, ponen de relieve algo muy importante y con gran utilidad práctica. Si se quiere decir así (lo digo yo, de forma quizá excesivamente llana, no Peñaranda): la coautoría es una forma de auténtica autoría, pero seguramente la más cercana a la participación (lo que también abona la conveniencia de limitarla, por cierto), en el sentido que, en la imputación recíproca, no está excluida una imputación de las que Peñaranda llama indirectas, propias de la participación: además de realizar conjuntamente el hecho todos los coautores, cada uno de ellos «ayuda o colabora» con los demás. Dicho de otra manera, cada coautor es además «partícipe, en concreto cooperador necesario», de los demás en una especie de concurso de normas que, en los casos más habituales, se resuelve a favor de la coautoría. Sin embargo, en el supuesto de una (aparente) «coautoría» (una realización conjunta de la conducta típica) entre un *intraneus* y un *extraneus* en un delito especial (uso la terminología y concepto tradicionales, sin importarme aquí otras precisiones) permite el castigo del *extraneus* como cooperador necesario del delito especial del *intraneus*; de lo contrario, si es que esa constelación de casos puede existir, en los delitos especiales propios sería imposible el castigo del no cualificado y, en los impropios (constelación sin duda posible), conduciría al castigo del no cualificado como autor del delito común, lo que siempre (salvo en los escasos supuestos de tipo especial más benigno que el común) significaría un privilegio del «coautor» no cualificado, «que mete sus manos en el hecho», frente a otros partícipes *extranei*, desde luego si se trata de inductores o cooperadores necesarios, pero también en ocasiones incluso si son cómplices (pues la pena de estos puede ser mayor que la del delito común)²⁶.

²⁶ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, pp. 175 ss., entre otros lugares y trabajos. El espacio disponible me impide, por cierto, considerar en esta pequeña aportación otras contribuciones, de gran relevancia, del homenajeado en materia de intervención en delitos especiales, como, por ejemplo y entre otras, la que se refiere al artículo 65.3 CP (precepto que, por cierto, podrá ser aplicado, si procede, a nuestro «coautor» *extraneus* en tanto que cooperador necesario en el delito especial): PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1419 ss.

V. IMPRUDENCIA Y CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

En mi opinión, probablemente la más flagrante contradicción de la doctrina alemana (y, con ella, de la inmensa mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho también en otros países) que dice defender un concepto restrictivo de autor y critica con total dureza uno unitario para los delitos dolosos es que, para los imprudentes, sostiene uno unitario. La razón, en mi opinión, no deja de ser curiosa: como el dominio del hecho se concibe como un criterio objetivo-subjetivo, considerando imposible que exista ese dominio si no hay voluntad de dominar o, al menos, conciencia de tal, cuando llega a la imprudencia, esa doctrina, al «quedarse sin su criterio», en vez de explorar otro o de plantearse su corrección, entiende que en ese ámbito rige un concepto unitario de autor (¿podríamos decir que se resigna a él?) y, en todo caso, la restricción del castigo de ciertas formas de fomento imprudente de hechos ajenos se busca en otros elementos, desde las más clásicas versiones de la prohibición de regreso cuando lo que el hecho imprudente fomenta es uno doloso hasta distintos intentos en sede de imputación objetiva. No hace falta que reitere mis críticas a esa posición, pues las he repetido en diferentes trabajos y, con Luzón Peña, he defendido la posibilidad de mantener un concepto restrictivo de autor también en este ámbito, a través de nuestro criterio de la determinación *objetiva* y positiva del hecho²⁷, concretado especialmente en esta materia por Roso Cañadillas²⁸.

A ello hemos añadido nuestra defensa de la impunidad de la participación imprudente que, en mi opinión, al contrario de la de otro sector relevante de la doctrina, no se puede derivar directamente del artículo 12 CP, sino que requiere de una interpretación restrictiva resultante de consideraciones sistémicas y de política criminal (que, también en mi opinión, no serían necesarias en códigos penales, como el StGB alemán, que requieren dolo en las formas de participación según los preceptos que las regulan, aunque, como se ha dicho, sorprendentemente se interpreta que tal exigencia se debe a que toda forma de intervención imprudente es autoría)^{29 30}.

²⁷ *Vid.*, entre otros trabajos, sobre esto y nuestra defensa de la impunidad de la participación imprudente, solo LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2001, pp. 598 ss.; *Libertas*, 2023, pp. 154 ss., con amplia cita de autores alemanes y españoles y ulteriores referencias a los trabajos en que Luzón Peña mantuvo hace ya mucho tiempo esa tesis [actualmente, *vid.*, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, 2025, cap. 18, núm. 43 ss. (pp. 293 ss.)].

²⁸ ROSO CAÑADILLAS, 2002, *passim*.

²⁹ Aunque no la comparte, cita nuestra opinión sobre la exigencia de dolo en las formas de participación como indicativa de la exclusión del castigo de la participación imprudente y no de la imposibilidad de distinguir autoría y participación en la imprudencia ROXIN, 2003, § 25, núm. 9 (p. 8), núm. 15; 2014, § 25, núm. 9 (p. 68), n. 15, considerando que las razones que aducimos son «dignas de ser tenidas en cuenta».

³⁰ ROSO CAÑADILLAS, que originariamente (2002, pp. 395 ss., 600) abogaba con nosotros por la impunidad de la participación imprudente (con algunas excepciones que no pueden detallarse aquí), ha

Pero lo que me interesa aquí es nuevamente aludir a una interesante opinión de nuestro homenajeado en relación con esta cuestión. Ya Roxin mismo ha señalado que en el concepto unitario de autor que rige para la imprudencia, las restricciones al fomento imprudente de hechos dolosos se realizan en sede de imputación objetiva. «Por ello no se necesita la figura jurídica de la participación imprudente. Si, no obstante, se quisiera aplicar, debería determinarse conforme a los criterios que son decisivos para la imputación objetiva»³¹. Por lo tanto, y en definitiva, Roxin (y parece que otros autores alemanes) restringen algunas consecuencias del concepto unitario de autor en la imprudencia a través de consideraciones de imputación objetiva. Como hemos señalado alguna vez, tales restricciones son, en todo caso, más reducidas que las que se derivan de nuestra posición.

Pero lo que señala Peñaranda Ramos es algo diferente: para sostener un concepto restrictivo de autor no hace falta recurrir a nuestro criterio de la determinación objetiva (y positiva) del hecho, sino que este se deriva de una interpretación de los tipos conforme al criterio de imputación objetiva defendido por Roxin del «alcance del tipo»³², entendido ampliamente. Resumo a continuación las razones de su interesante opinión y la valoro de forma sintética y sin duda provisional, pues el debate requiere de más reflexión y espacio de los que aquí son posibles.

Así, Peñaranda, debatiendo con posiciones de Luzón Peña que comparto, cree que la pretensión de un concepto restrictivo de autor «se vería notablemente favorecida si, vinculando en efecto tal concepto al tipo de delito, se caracterizase sin más la conducta del autor en sentido estricto como aquella que se corresponde plenamente con la definida en dicho tipo delictivo y se procediese a delimitar el alcance del comportamiento típico, excluyendo del mismo aquellas conductas a las que no puede ser directamente imputable como obra propia la realización del tipo, sino de un modo indirecto, a través de otras conductas a las quepa hacer esa directa imputación. Desde tal punto de partida, el concepto de autor en sentido estricto no necesita otro “criterio de la autoría” que el de la realización típica, por más que para establecer cuándo esta tiene

cambiado expresamente de opinión en tiempos recientes y piensa que es punible: *ForFICP*, 2022, pp. 209 ss., sin que sea posible explicar aquí, como merecería, las razones de tal cambio de opinión.

³¹ ROXIN, 2003, § 25, núm. 9 (p. 8); 2014, § 25, núm. 9 (p. 68).

³² Sobre tal criterio, ROXIN, 1997, especialmente § 11, núm. 85 ss. (pp. 386 ss.), § 24, núm. 39 ss. (pp. 1011 ss.); 2006, especialmente § 11, núm. 106 ss. (pp. 401 ss.), § 24, núm. 41 ss. (pp. 1078 ss.). *Vid.* hoy ROXIN/GRECO, 2020, núm. 106 ss. (pp. 502 ss.), § 24, núm. 41 ss. (pp. 1197 ss.). Nuestro homenajeado indica, con razón (PEÑARANDA RAMOS, 2020, p. 888), que Luzón Peña señala que el citado criterio roxiniano es una «denominación» que el autor alemán añade posteriormente a la del fin de protección de la norma: *vid.*, hoy LUZÓN PEÑA, 2025, cap. 15, núm. 67 (p. 212).

lugar se requiera, especialmente en los puros delitos de resultado, delimitar con criterios normativos el “alcance objetivo del tipo” correspondiente»³³.

Tras un resumido, pero excelente repaso doctrinal de las fundamentaciones (insuficientes la mayoría, según él) que históricamente se han dado para justificar que, incluso en tipos con verbos resultativos, no procede su interpretación puramente causal, sino una restrictiva, de manera que no es autor cualquiera que contribuye a la causación³⁴, y centrándose en casos en que un primer agente se limita a provocar o a favorecer que la propia víctima se lesione (o se suicide) o se someta a una situación de riesgo de forma consciente y responsable, supuesto en que generalmente se excluye la imputación de la muerte al primer sujeto (pese a su creación de un riesgo que excede del permitido), porque el resultado ha de ser imputado a la víctima como su obra, en virtud de su autonomía, y tomando el ejemplo del «caso del Nembutal» (STS 15-12-1977)³⁵, llega a la conclusión de que particularmente las explicaciones ofrecidas (que en el caso de la dominante teoría del dominio del hecho, pero no solo en ella, pasan por la exigencia de conocimiento o finalidad para poder hablar de dominio) de que en la imprudencia rige un concepto unitario de autor (frente a lo que, acertadamente, Peñaranda Ramos considera razonable) son poco convincentes³⁶ considerando además que la no exigencia de dolo en las formas de participación en el CP español (frente a lo que sucede en el StGB) deja más abierta la cuestión de si cabe sustentar un concepto restrictivo de autor en la imprudencia y la de si son punibles las formas de intervención distintas a la autoría, cuestiones en que muestra sintonía con la posición de Luzón Peña (y quienes estamos cercanos a ella), como ya manifestó hace tiempo³⁷.

Hasta aquí, en el resultado, pocas diferencias que manifestar. Ahora bien, frente a Luzón Peña y quienes estamos muy próximos a este, señala que «para definir el comportamiento del autor en sentido estricto, el mencionado criterio [*scil.* el de la determinación objetiva y positiva del hecho] resulta una duplicación innecesaria frente al de la plena realización del tipo de delito, por sí solo suficiente a tal efecto; y en que entiendo además que el lugar adecuado para introducir las consideraciones normativas relevantes para dotar al concepto de au-

³³ PEÑARANDA RAMOS, 2020, p. 890.

³⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 891 ss.

³⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 893 ss.

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 896 ss.

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 899 ss. No se detiene en ese trabajo a explicar su posición y remite a su obra original de 1990, pp. 292 ss., refiriéndose también a otros autores, mostrando su especial coincidencia con PÉREZ MANZANO, 1999. La cercanía de nuestras posiciones es evidente. Yo no puedo detallar aquí tampoco la mía o las coincidencias y algunos matices (que los hay) ni con nuestro homenajeado, ni con otra posición, efectivamente cercana, como es la de Pérez Manzano.

tor de ese carácter restrictivo que de él se predica no es “la autoría”, como una parte separada del tipo, sino precisamente la definición de los contornos y el alcance del hecho típico»³⁸. En definitiva, realización típica, sin criterios añadidos de autoría. Para ello, propone dotar «al criterio del “alcance del tipo” de una mayor amplitud que la que Luzón Peña, siguiendo el planteamiento de Roxin, le concede. Con ella se trata de excluir del ámbito del comportamiento típico de los correspondientes delitos de resultado los casos en que este no pueda ser imputado directamente y como obra propia al agente, sino que haya de ser atribuido inmediatamente a un ámbito de responsabilidad ajeno, ya sea el de la propia víctima o el de un tercero; y todo ello sin limitar estas últimas hipótesis, como hacen ambos autores, a casos más bien marginales o excepcionales de tratamientos médicos o de comportamientos inadecuados de otros profesionales o funcionarios públicos, sino otorgando a este criterio de imputación un carácter general, en la línea de la antigua teoría de la prohibición de regreso»³⁹.

No es posible un debate en profundidad sobre esta interesante opinión de Peñaranda Ramos, pero baste decir aquí que su poder de convicción parece fuerte, si de forma un tanto sencilla recordamos que el concepto restrictivo de autor implica precisamente que la autoría es realización típica. Si autor es quien realiza el tipo, determinemos cuáles son los contornos (objetivos) del correspondiente tipo y el trabajo ya estaría hecho (sabremos qué es, por ejemplo, «matar»). La cuestión que quiero plantear (ya se plantea por otros, entre ellos nuestro homenajeado, quien la resuelve, en definitiva, como se ha visto) y dejar abierta es si la mejor forma de determinar la autoría es incluirla en la imputación objetiva o un criterio de esta y si ello presenta ventajas sobre una consideración de la autoría como un elemento específico del tipo distinto de la imputación objetiva.

Al respecto, cabría preguntarse si, de hacer caso a Peñaranda Ramos, nosotros deberíamos incluir entre los criterios normativos a que alude para determinar el alcance del tipo el de la determinación objetiva y positiva del hecho, que pasaría así de ser un criterio de autoría a ser uno de imputación

³⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2020, p. 900.

³⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2020, p. 902. Nuestro homenajeado hace referencia a trabajos suyos en que ya anotaba esta posición y a algunos de autores cercanos en su escuela (en especial Maraver Gómez) y señala que debe dejar para otro momento cuestiones relacionadas con la del trabajo que estoy citando (a alguna, la relativa a la coautoría, ya me he referido anteriormente). Sin duda, las opiniones de MARAVER GÓMEZ, 2005, pp. 627 ss., recuerdan a las de nuestro homenajeado y se dirigen a sustentar un criterio restrictivo de autor sobre bases fundamentalmente normativas, centradas en un concepto de imputación objetiva que yo he considerado demasiado amplio, aunque he resaltado que las críticas a otras posiciones fuertemente normativizadoras, tendentes a la expansión del concepto de autor, no son aplicables a Maraver Gómez (y tampoco, digo ahora, a nuestro homenajeado), en tanto que su búsqueda de criterios normativos se dirige a una contemplación restrictiva de la realización típica, lo que, en principio, me parece loable. *Vid.*, al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GA, 2011, p. 268; NFP, 2011, pp. 28 ss.

objetiva decisivo para determinar si el hecho ha de atribuirse como obra propia al agente y no a un ámbito de responsabilidad ajeno. Si así fuera, me parece que el cambio sería más terminológico o categorial que real.

Por lo demás, entiendo que el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho no posee solo aspectos normativos, sino una base fáctica u ontológica que es más difícil de aprehender en sede de imputación objetiva.

Aunque no voy a incluir la posición de Peñaranda Ramos entre aquellas que producen una extensión tal de este elemento que acaba adsorbiendo otros elementos de la teoría del delito hasta fagocitar buena parte de esta, al menos todo el tipo objetivo, perdiendo unas posibilidades diferenciadoras y de precisión con fines garantistas trabajadas durante décadas⁴⁰, lo cierto es que considero que el concepto de imputación objetiva de nuestro homenajeado (y de autores próximos a él) se extiende en exceso y es preferible mantener separadas como elementos del tipo objetivo las cuestiones de autoría y participación (en las que, repito, además, yo contemplo elementos no solo normativos) de las de imputación objetiva, entendida esta de un modo más estrecho a como lo hace nuestro homenajeado⁴¹, lo que opino que aporta mayor claridad (por ejemplo, pensando en la aplicación por los tribunales) y permite, creo, analizar mejor cuestiones (que sin duda no escapan al análisis de nuestro homenajeado desde su perspectiva) como la de cómo se aplican los criterios de imputación objetiva (categoría altamente normativa, con los riesgos –evitables, sin duda– de excesiva labilidad o maleabilidad, en el peor de los casos, manipulabilidad que ello comporta) a las distintas formas de intervención en el delito.

Por fin, aunque he manifestado mis dudas sobre si debe establecerse un orden muy estricto de análisis de elementos del tipo objetivo en que, al menos en las actuaciones imprudentes, primero se analizaría la autoría y después la imputación objetiva⁴², no hay que descartar en todo caso la ventaja práctica que Luzón Peña pone de manifiesto en el análisis separado, especialmente en las actuaciones imprudentes, de la cuestión de la autoría y la imputación objetiva, pues, partiendo de nuestra consideración como impune de la participación imprudente, cuando se compruebe que una concreta acción imprudente es solo de participación, quedará excluido su castigo, sin necesidad ya de analizar la cuestión de la imputación objetiva⁴³.

⁴⁰ Vid. solo LUZÓN PEÑA, 2025, cap. 15, núm. 103 (p. 224). Por mi parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GA, 2011, pp. 268 ss.; *NFP*, 2011, pp. 29 ss.

⁴¹ Conclusivamente así en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GA, 2011, pp. 268 ss.; *NFP*, 2011, pp. 29 ss.

⁴² V. solo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 495, n. 270.

⁴³ Lo ha señalado en diferentes trabajos. Vid., solo a modo de ejemplo, LUZÓN PEÑA, 2025, cap. 15, núm. 94 (pp. 221 ss.).

VI. REFLEXIÓN FINAL

Me parece preferible mantener un concepto altamente restrictivo de autor también en los ámbitos en que otros lo amplían.

Aunque he dedicado una parte de mi trabajo a exponer algunas diferencias entre la concepción restrictiva de la autoría que sustento y la de nuestro homenajeado, no debe olvidarse lo esencial: ambos rechazamos excesivas extensiones del concepto de autor (en su caso, de imputación de conductas a la esfera de responsabilidad propia) y buscamos la mejor fundamentación para ese concepto, más normativizadora en su caso que en el mío. Pero creo que en los resultados y lo fundamental, estamos más próximos que lejanos.

En todo caso, de nuevo, querido Enrique, que el debate, y aún más, la amistad, se mantengan durante muchos años más.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO LOZANO, Carlos: Tratado de Derecho Penal Español. tomo I: El sistema de la parte general. Volumen 2: La estructura del delito, Barcelona, 2005.
- CANTILLO ARCÓN, Juan Carlos María: Problemas fundamentales del delito de tráfico de drogas: una propuesta de interpretación restrictiva integral, tesis doctoral, Universidad de León, 2023 (puede consultarse en <https://aplicaciones.ciencia.gob.es/teseo/#/tesis/O811625/detalle>).
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho penal, Barcelona, 1991 (existen ediciones posteriores en Chile, 2011; Colombia, 2009; y Perú, 2022).
- «Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría, en Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, pp. 295-330.
- ¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (II) (A la vez, un comentario crítico al libro de Pérez Alonso, Esteban Juan: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal), Derecho Penal y Criminología, 9, 2002, pp. 303-358.
- Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria, en Enciclopedia Penal Básica, Granada, 2002, pp. 160-177.
- *Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung: Kritische Betrachtungen*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2011, pp. 259-283 [La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría)], Nuevo Foro Penal, 76, 2011, pp. 15-48].

- *Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿autoría o participación?*, en Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires/Montevidео, 2017, pp. 509-521 [versión alemana: Das Handeln im Rahmen eines organisatorischen Machtapparates: Täterschaft oder Teilnahme?, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 12, 2017 (Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag), pp. 711-719].
 - *Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría*, Cuadernos de Política Criminal, 2017, pp. 5-40 [existe una versión posterior con añadido inicial: Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría. Con un nuevo preámbulo tras su fallecimiento, Actualidad Penal (Perú), 129, 2025, pp. 22-56, aunque se cita la versión original española].
- ESCOBAR VÉLEZ, Susana: *Las vicisitudes del concepto restrictivo de autor en el Derecho penal español*, en Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, vol. I, Madrid, 2020, pp. 629-638.
- GRECO, Luís/LEITE, Alaor: *Die Rezeption der Tat-und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht. Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung («Mensalão-Fall», Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 6, 2014, pp. 285-292 [A «recepção» das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro («Caso Mensalão»)], Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7-8, 2015, pp. 386-393].
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Madrid, 2025.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale*, en Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlín/Nueva York, 2001, pp. 575-608 [Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, 8, 1998-1999, pp. 53-88; y Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Derecho Penal, 12, 2023, pp. 131-164 (versión citada)].
- MARAVÉ GÓMEZ, Mario: *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pp. 627-665.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 2020, pp. 855-939.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990 (hay otra edición, Buenos Aires/Montevidео, 2015).
- *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.

- Sobre el alcance del artículo 65.3 del Código Penal. Al mismo tiempo una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, Madrid, 2008, pp. 1419-1452.
- *Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor*, en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. I, Madrid, 2020, pp. 887-903.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: *Comentario segundo*, en BALDÓ LAVILLA, Francisco *et al.*: *Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989)*, Poder Judicial, 27, 1992, pp. 196-203.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Autoría imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002.
- *La necesidad de diferenciar entre autoría y participación imprudente y la cuestión de su punibilidad. Comentario a la STS 351/2020, de 25 de junio*, Foro FICP, 2022-3, 2022, pp. 209-219.
- ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. B. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., Múnich, 2006 [Derecho Penal. Parte General. T. I. Especiales formas de aparición del delito (traducción de la 2.^a ed. alemana de D.-M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal), Madrid, 1997].
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. B. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, 2003 [Derecho Penal. Parte General. T. II. Especiales formas de aparición del delito (traducción de D.-M. Luzón Peña/J. M. Paredes Castañón/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal), Cizur Menor, 2014].
- ROXIN, Claus/GRECO, Luís: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. B. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed., Múnich, 2020.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *Der Begriff der sog. Einheitstäterschaft im Strafrecht – Kritik eines dogmatischen Monstrums*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 4, 2020, pp. 224-231 [El concepto de la llamada autoría unitaria en Derecho penal – Crítica a un monstruo dogmático (traducción de M. Stajszczyk/M. Díaz y García Conlledo), *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 9, 2020, pp. 31-43].
- VACCHELLI, Ezequiel: *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*, Barcelona, 2020.
- *Prospektive und retrospektive Akzessorietät der Beteiligung* (traducción de T. Manso Porto), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2025, pp. 571-581.

**4. ¿RESULTA APLICABLE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
PENAL EN CASCADA AL DISCURSO DE ODIO PUNIBLE?
A PROPÓSITO DEL CASO «BATALLÓN DE CASTIGO»
(STS 675/2020, DE 11 DE DICIEMBRE)**

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

Una de las múltiples cuestiones actualmente discutidas en relación con los llamados delitos de odio guarda relación con los criterios de determinación de la autoría y la participación en dicha constelación delictiva, en particular en aquellos casos en los que la infracción se comete mediante la utilización de medios o soportes de difusión mecánicos. Como es sabido, para tales casos el Código penal español cuenta con un régimen singular de atribución de la responsabilidad penal considerablemente distinto del que resultaría de la aplicación de los criterios generales sobre autoría y participación en Derecho penal ¹.

Así, entre las disposiciones legales recogidas en el Código penal en relación con las personas criminalmente responsables de los delitos (arts. 26 a 31 quinques CP), se encuentra recogida en el artículo 30 CP la regulación que va a

¹ VIVES ANTÓN, 1977, pp. 69 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, pp. 68 ss.; GÓMEZ TOMILLO, 1998, *passim*; *RDPCr*, 1999, pp. 113 ss.; BATISTA GONZÁLEZ, 1998, pp. 71 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997, p. 174; CEREZO MIR, 2001, pp. 251 ss.; GUTIÉRREZ DAVID, 2002, *passim*; Díez RIPOLLÉS, 2007, p. 365; 2020, pp. 417 ss.

constituir el objeto de la presente investigación: el régimen de la responsabilidad penal escalonada o en cascada para supuestos en que el delito se cometa «utilizando medios o soportes de difusión mecánicos». Según lo dispuesto en el primer apartado de dicho precepto, cuando ello ocurra «no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente». La disposición legal prosigue indicando que «[l]os autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora». El apartado tercero apunta la lógica del régimen de responsabilidad escalonado o en cascada al indicar que «[c]uando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior». A la vista del tenor literal del precepto, no es de extrañar que distintas y de muy diverso signo sean las dudas que sigue despertando la interpretación y aplicación práctica del artículo 30 CP. ¿Cuál es la razón de ser, si es que realmente existe, de este extraño régimen excepcional de responsabilidad penal? ¿Continúa teniendo sentido dicho sistema en el marco de nuestro actual modelo de Estado? ¿Responde a alguna lógica que en plena sociedad de la información y la comunicación la cláusula de referencia únicamente pueda aplicarse a supuestos de publicación a través de medios mecánicos y no, por ejemplo, de medios electrónicos o digitales? ¿Forman parte de su ámbito objetivo de aplicación no sólo los delitos históricamente vinculados al régimen de responsabilidad en cascada (singularmente, los delitos contra el honor) sino cualesquiera infracciones penales comisibles a través de la publicación en medios de comunicación (como, por ejemplo, los delitos contra la propiedad intelectual)?

Las líneas que siguen tratarán de dar respuesta a todas estas cuestiones tomando como referencia el ya referido exponente de los delitos de odio, que como categoría de nuevo cuño habría podido quedar fuera del radar del artículo 30 CP y su tratamiento excepcional de la autoría y la participación. Dicho estudio se realizará a la luz del caso «Batallón de castigo (STS 675/2020, de 11 de diciembre)». Sirvan estas para rendir sentido homenaje a mi querido y admirado Prof. Enrique Peñaranda, sin duda una de las más preclaras mentes de las que el pensamiento jurídico-penal contemporáneo ha tenido el privilegio de poder nutrirse.

II. EL CONTROVERTIDO FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 30 CP

Tres son, en esencia, las precomprensiones del régimen de determinación de la responsabilidad penal previsto en el artículo 30 CP que hasta ahora se han venido sosteniendo en la literatura penal española: la de quienes lo consideran un sistema de responsabilidad penal excepcionalmente privilegiado en un contexto, el de la publicación a través de medios o soportes de difusión mecánicos, en el que resultaría especialmente necesaria una descomprensión del constreñimiento penal en aras de la protección de la libertad de prensa y de expresión²; la sostenida por un segundo sector de la doctrina, que ve la fórmula establecida por el artículo 30 CP una vía para supuestos de anonimato o pseudoanonimato de «[l]os que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo»³; y, finalmente, la que considera que la *ratio legis* del artículo analizado consistiría en establecer un sistema de determinación progresiva de la responsabilidad penal en atención al distinto nivel de control material y editorial que en cada nivel de intervención en el hecho se ostente sobre el mensaje⁴.

Los partidarios del primero de estos dos puntos de vista, aquel conforme al cual el precepto que nos ocupa se erigiría en una suerte de válvula de escape o mecanismo potenciador de la libertad de expresión en el marco de la publicación de contenidos mediante el empleo de medios de difusión mecánicos, dando cobertura a un sistema de responsabilidad penal limitada o privilegiada, suelen fundamentarlo en una constatación difícilmente refutable: el legislador habría dispuesto en el mismo la exención de responsabilidad penal para sujetos cuya intervención en los referidos delitos cometidos a través de «medios o soportes de difusión mecánicos» habría de ser castigada con aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación. Ello sucedería, por una parte, con los cómplices y «quienes hubieren favorecido personal o realmente», a quienes el apartado primero del artículo 30 CP deja expresamente fuera del círculo de sujetos eventualmente responsables. Un segundo indicador del carácter privilegiado del modelo de responsabilidad que nos ocupa vendría representado, para este sector, por el hecho de que «[l]os autores a los que se refiere el artículo 28» no responderían con aplicación de los criterios generales de determinación de

² VIVES ANTÓN, 1977, *passim*.

³ GÓMEZ TOMILLO, 1988, pp. 9 ss.

⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 87.

la intervención penal, sino «de forma escalonada». De este modo, el castigo de «[l]os que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo» excluirá el de otros sujetos que de otro modo también habrían podido responder, como las personas integrantes de la dirección de la publicación o programa en que se difunda (que únicamente responderían en defecto de responsabilidad de aquéllos), de la empresa editora, emisora o difusora (de nuevo, en caso de que no respondan los anteriores) y de la empresa grabadora, reproductora o impresora (idéntico escenario de responsabilidad al que acaba de ser descrito). Por su parte, desde la perspectiva de quienes entienden que el objetivo último del sistema de responsabilidad penal en cascada previsto en el artículo 30 CP sería colmar las eventuales lagunas de punibilidad que se producirían cuando no resulte posible identificar la autoría del texto publicado, al prever en tal caso la responsabilidad subsidiaria de los responsables del medio⁵, la clave de bóveda de la disposición legal que nos ocupa residiría en su ya mencionado apartado tercero, al establecer que la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España no impedirán la atribución sucesiva de responsabilidad penal a los sujetos previstos en los sucesivos números del precepto⁶.

Pese a que las apariencias parecen apuntar hacia otra dirección, cabe sostener que estas dos orientaciones resultan perfectamente compatibles entre sí. Tiene pleno sentido *de lege lata* afirmar que el artículo 30 CP consagraría en sus apartados primero y segundo núm. 1 un régimen de responsabilidad penal limitado en aras de la libertad de expresión y de prensa, y en el apartado segundo, núm. 2, 3 y 4, y tercero, un modelo de responsabilidad subsidiaria para los casos en que por algún motivo distinto a la extinción de la responsabilidad penal no quepa atribuir responsabilidad penal a los sujetos previstos en los apartados anteriores. Nada de todo ello obsta en absoluto la idea de que, en particular, los sujetos recogidos en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 30, 2 CP en modo alguno deben responder por la mera posición que ocupan. La compatibilidad entre interpretaciones del artículo 30 CP tan aparentemente dispares entre sí pone de relieve, sin embargo, hasta qué punto dicho precepto resultaría disfuncional *de lege lata* e innecesario *de lege ferenda*⁷. Comprobémoslo a través del estudio detallado de sus principales elementos y de las no pocas contradicciones internas que presentan.

⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 75.

⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 81.

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, pp. 87 ss.

III. LOS ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 30 CP Y SUS CONTRADICCIONES INTERNAS

Tal y como ya se ha indicado, el artículo 30 CP comienza presentando su sistema de responsabilidad en cascada como solución prevista para infracciones cometidas con empleo de «medios o soportes de difusión mecánicos». Llama poderosamente la atención, en este contexto, la exigencia legal de que tales medios o soportes «mecánicos», en clara referencia a instrumentos que multipliquen o difundan un mensaje de manera pública, como la prensa, la imprenta o la radiodifusión⁸. Dicho término, procedente de la terminología técnico-jurídica de mediados del pasado siglo, parece aludir, por tanto, a la naturaleza de los medios de difusión contemporáneos a la entrada en vigor del precepto, claramente distinta a la que caracteriza a los medios electrónicos y digitales resultantes de la expansión tecnológica relativa a la moderna sociedad de la información y la comunicación. Ejemplos como los portales *web*, las redes sociales, los servicios de *streaming* o las plataformas digitales evidencian hasta qué punto resulta dudoso extender la aplicación del artículo 30 CP a supuestos de difusión de mensajes a través de medios de comunicación distintos a los tradicionales, a riesgo de incurrir en tal caso en analogía *in malam partem*⁹. Nótese, a este respecto, que el término «mecánicos» del artículo 30 CP se refiere a los medios o soportes de difusión, no al proceso mismo de difusión, que bien podría en realizarse a través de portales web, redes sociales o servicios de *streaming* siempre que los medios o soportes empleados sean mecánicos. Lo contrario conduciría al absurdo de que un régimen especial de responsabilidad previsto para supuestos de multiplicación y difusión masiva de mensajes a una colectividad no pueda ser aplicados precisamente a aquellos casos en los que tal divulgación sea exponencialmente superior¹⁰.

Seguidamente, el apartado primero del artículo 30 CP dispone que cuando ello ocurra «no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hu-

⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, pp. 76 ss.

⁹ GÓMEZ TOMILLO, 1998. 127; 2006, pp. 24 ss.

¹⁰ En este sentido se expresa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 78: «[...] “mecánico”, en la acepción que aquí interesa, es “ejecutado por un mecanismo o máquina”, de modo que abarcaría la comunicación telefónica, la carta escrita con una máquina de escribir o con un ordenador personal, las injurias propagadas desde un coche utilizando un altavoz e incluso la pintada hecha en una pared sirviéndose de un compresor para pintura y una plantilla. La restricción va a venir dada más bien por el hecho de que haya de tratarse de un medio o soporte de difusión, que es algo más que mera comunicación, pues “difundir” es “extender, esparcir, propagar físicamente» o «propagar, divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etcétera”. Es decir que “difundir” remite a la idea de transmitir al conocimiento público, a un número muy amplio y más bien (aunque esto no es totalmente inherente al concepto de difusión) indeterminado de personas».

bieren favorecido personal o realmente». Una interpretación sistemática de este apartado con lo previsto en los dos siguientes del precepto de referencia permite concluir que el legislador habría pretendido limitar el alcance de la responsabilidad penal a aquellos sujetos que ostenten un cierto grado de intervención con control funcional sobre el mensaje delictivo, dejando fuera del mismo todas aquellas contribuciones al hecho consideradas de menor entidad¹¹. Siendo esta selección de aportaciones al hecho delictivo en atención a su mayor o menor relevancia objetiva perfectamente razonable desde una perspectiva político-criminal, mucho más dudoso resulta, en cambio, que para alcanzar dicho objetivo sea estrictamente necesario excluir de forma expresa la responsabilidad penal de «los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente». Si, como parece, el objetivo de tal referencia ha sido excluir la responsabilidad penal de aportaciones como las propias del personal encargado de funciones meramente técnicas o de distribución, o, en general, de todas aquellas contribuciones materiales al proceso de comunicación por parte de agentes sin capacidad de decisión sobre el contenido del mensaje, lo más indicado habría sido adoptar la alternativa siguiente: o bien no disponer previsión alguna al respecto, o bien hacerlo con una referencia parecida a la empleada por el artículo 270, 2 CP para los delitos contra la propiedad intelectual. En relación con lo primero, baste recordar la doctrina de los llamados «comportamientos cotidianos» o «neutrales», de conformidad con la cual tales conductas serían objetivamente irrelevantes, por socialmente adecuadas, para el Derecho penal¹². En lo que respecta a lo segundo, una aclaración como la realizada por el artículo 270, 2 CP en el marco de la comunicación pública mediante enlaces de obras protegidas por derechos de autor («quien [...] facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico») es comúnmente considerada como una referencia implícita a los comportamientos cotidianos penalmente no creadores de un riesgo penalmente relevante¹³.

Otra de las dudas de la exención de responsabilidad penal prevista en el artículo 30, 1 CP tiene por objeto la expresión «quienes los hubieren favorecido personal o realmente». Con excepción del ya referido caso del cómplice, parece claro que el artículo 28, párrafo segundo CP obliga a entender que quien favorezca el delito cometido con empleo de medios o soportes de difusión mecánicos habrá de hacerlo a título de inductor (a) o como cooperador

¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 87.

¹² ROBLES PLANAS, 2003, pp. 316 ss.; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 320 ss.; *RP*, 2002, pp. 126 ss.

¹³ Circular FGE 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, pp. 16 ss., en particular a propósito de la atipicidad de los motores de búsqueda.

necesario (b). Descartada la exención de responsabilidad penal del primero, que se encuentra previsto en el artículo 30, 2, 1.º CP («quienes les hayan “inducido” a realizarlo») junto al autor material («[l]os que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate»), debe concluirse que la segunda forma de participación en el delito cuya irrelevancia penal declara el artículo 30, 1 CP para los casos que centran nuestra atención sería la relativa a la *cooperación necesaria*¹⁴. Ante tal escenario, una cuestión de no sencilla resolución se hace evidente: ¿por qué razón en estos delitos de divulgación se establece una excepción al régimen general de sanción de la cooperación material al delito previsto en los artículos 28 y 29 CP?

Un sector de la doctrina entiende que la respuesta a esta pregunta guarda relación directa con la naturaleza de la cláusula de responsabilidad en cascada como mecanismo de protección de la libertad de expresión y de imprenta en sentido amplio, especialmente con respecto a intervinientes meramente materiales –no intelectuales– en el hecho, a través de un régimen privilegiado de determinación de la autoría y la participación en el delito¹⁵. Desde una perspectiva político-criminal, esta comprensión del actual artículo 30 CP, plenamente compatible de lege lata en el marco de un régimen dictatorial gravemente opresor de las libertades de expresión y de prensa como el franquista, resulta altamente dudoso en un escenario democrático como el actual¹⁶. Por lo demás, la referencia a la redacción de un texto o a la producción de un signo de que se trate, junto a la necesidad de que se utilicen «medios o soportes de difusión mecánicos», limita el alcance de la regla privilegiada que nos ocupa a delitos de expresión a través de la prensa o la imprenta. Si la cláusula del artículo 30 CP constituye, en efecto, un instrumento político-criminal al servicio de la protección efectiva de la libertad de expresión, no se entiende, entonces, por qué razón el legislador no ha decidido que se extienda a todo acto de expresión, con independencia del medio de transmisión del mensaje¹⁷.

¹⁴ Circular FGE 8/2015, pp. 16 ss., en particular a propósito de la atipicidad de los motores de búsqueda.

¹⁵ VIVES ANTÓN, 1977, pp. 106 ss. y *passim*.

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 73. En palabras de este autor, «[e]s posible que en tiempos pasados la protección de la libertad de prensa exigiera de este refuerzo penal (de escasa eficacia, por cierto, cuando los regímenes políticos han querido suprimirla o cercenarla, como nos demuestran épocas no tan lejanas en nuestro propio país), este privilegio, si se quiere llamar así, pero en un régimen político como el que actualmente está vigente en España, un Estado social y democrático de Derecho, y con un Derecho penal propio de él y técnica y político-criminalmente desarrollado, como se supone el actual, la permanencia del privilegio me parece altamente cuestionable» (p. 76).

¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 75, aludiendo al ejemplo de las representaciones teatrales. En una dirección parecida se expresan RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997, p. 174; CEREZO MIR, 2001, p. 251; GUTIÉRREZ DAVID, 2002, *passim*; Díez RIPOLLÉS, 2007, p. 365; 2020, pp. 417 ss.

La disposición legal prosigue indicando en su segundo apartado que «[l]os autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora». Este orden de imputación sería correlativo al decreciente control¹⁸ sobre el contenido ilícito, de mayor a menor capacidad de decisión sobre la publicación o de dominio del riesgo típico derivado de la expresión, que presentarían los diferentes intervinientes en la secuencia delictiva. Aunque, como se ha dicho *supra*, el artículo 30 CP no lo prevé expresamente, en el contexto digital el orden establecido por el a dicho orden podría extrapolarse a creadores de contenido, administradores de redes, y gestores de plataformas, siempre que exista competencia material sobre la selección o difusión del material delictivo¹⁹. La responsabilidad del escalón inmediatamente posterior (por ejemplo, el director del medio) solo se activa subsidiariamente, cuando los responsables directos no puedan ser procesados por causas distintas a la extinción de la responsabilidad penal (por ejemplo, paradero desconocido o rebeldía). El régimen del artículo 30 CP opera, por tanto, de modo excluyente: sólo procede pasar del redactor o inductor al director del medio si el primero no resulta identificable o no es acusado (art. 30, 3 CP). En cualquier caso, el precepto que nos ocupa aclara que en ningún caso los sujetos de los diferentes peldaños responderán penalmente simplemente por ocupar las posiciones a que se refieren los diferentes números, sino que habrán tenido que intervenir como «autores» del artículo 28 CP²⁰.

IV. A MODO DE BANCO DE PRUEBAS SOBRE EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 CP: EL DISCURSO DE ODIO PUNIBLE A LA LUZ DEL CASO «BATALLÓN DE CASTIGO»

De lo anteriormente expuesto se deduce lógicamente que no toda infracción penal resultará compatible con este régimen, sino únicamente aquellas cuya acción típica consista en la difusión pública de un texto, una imagen o un

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 87.

¹⁹ En este sentido se expresa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 78.

²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 81, quien pone de relieve, con razón, que el artículo 30 CP no concreta si se refiere a los autores en sentido estricto (art. 28, párr. I CP) o amplio (art. 28, párr. II CP), decantándose finalmente por la segunda opción (p. 83).

mensaje²¹. Encajan claramente en esta descripción, por ejemplo, algunos de los más inequívocamente característicos delitos de expresión, como las injurias, las calumnias o las amenazas²². Mucho más dudosa es, en cambio, que quepa extender el régimen privilegiado objeto de análisis a otros delitos en los que, aunque ciertamente la conducta típica podría realizarse con publicidad, este último elemento no sería esencial, sino meramente contingente. Ello sucedería, por ejemplo, con los delitos contra la propiedad intelectual²³.

En este contexto, una de las constelaciones delictivas que mayores dudas suscitan en lo que se refiere a la aplicabilidad del régimen privilegiado de la responsabilidad en cascada del artículo 30 CP es la que corresponde al llamado «discurso de odio punible» del artículo 510 CP. Una somera lectura de este último tipo mixto alternativo permite advertir con facilidad que algunas de las conductas típicas de expresión recogidas en el mismo implican necesariamente la difusión de contenidos con publicidad. Así, el apartado 1, a) del precepto de referencia se refiere a «[q]uienes *públicamente* fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia [...]»; su apartado 1, b) alude a «[q]uienes *públicamente* nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores [...]»; y, finalmente, el apartado 2, b) recoge la conducta de «[q]uienes enaltezcan o justifiquen *por cualquier medio de expresión pública o de difusión* los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada [...]».

Además, el artículo 510, 3 CP establece (en este caso ya de modo contingente) que «[l]as penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo *a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*». El precepto tipifica un tipo agravado consistente en la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores «a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas». Teniendo en cuenta que en

²¹ Como acertadamente apunta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 79, «lo que la ley pretende someter al régimen especial son precisamente aquellos delitos en cuyo contenido de injusto desempeña un papel relevante la difusión, es decir, la propagación de lo que se dice, escribe, entre otros, para conseguir un conocimiento generalizado».

²² Sobre la aplicabilidad del artículo 30 CP a este último delito *vid.*, detalladamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 80.

²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP*, 2013, p. 80.

algunos apartados del artículo 510 CP ya se exige que la conducta sea realizada «públicamente» (1 a, 1 c) o «por cualquier medio de expresión pública» (2 b), debe entenderse que la publicidad del artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a sistemas objetivamente adecuados para llegar a un número masivo de personas. En esta línea, la referencia a «Internet» o el «uso de tecnologías de la información» alude a medios tales como webs, blogs, redes sociales o sistemas tecnológicos de comunicación pública similares²⁴. Más dudosa es, en cambio, la referencia a un «medio de comunicación social», que bien podría considerarse sinónima del término «públicamente» (1 a, 1 c) o la expresión «por cualquier medio de expresión pública» (2 b). En cualquier caso, la aplicación del artículo 510.3 CP exige que el empleo del medio haga «accesible» el hecho «a un elevado número de personas». Ello sucede, por ejemplo, con medios de comunicación tales como la televisión, la radio o la prensa escrita. Así las cosas, y por exclusión, el carácter necesariamente «público» de las conductas previstas en el artículo 510.1 a) y c) y artículo 510.2 b) CP deberá referirse únicamente a aquellos supuestos de comunicación pública a una colectividad, pero sin el uso de medios de comunicación masiva. Podrían incluirse en esta categoría casos como, por ejemplo, ponencias, conferencias, charlas o mítines políticos para un auditorio colectivo e incluso amplio, pero no masivo²⁵.

Teniendo en cuenta todo ello, cabe preguntarse razonablemente si el artículo 30 CP resulta aplicable a los supuestos de discurso de odio punible del artículo 510 CP, especialmente a aquellos en los que la conducta típica presenta el doble elemento de la *difusión con publicidad*. Esta cuestión fue planteada por la defensa de dos de los acusados en caso «Batallón de castigo». Resumidamente, los hechos declarados probados en este proceso fueron los siguientes. Los acusados organizaron y participaron en varios conciertos de un grupo musical de ideología neonazi, celebrados en distintos locales, entre ellos uno en Sabadell en octubre de 2010 y otros en fechas posteriores, con notable afluencia de público afín a dicha ideología. Durante los conciertos se interpretaron canciones cuyas letras exaltaban el nacionalsocialismo, el antisemitismo y el odio hacia inmigrantes, personas de otras razas, homosexuales y comunistas, acompañadas de gritos, consignas y simbología nazi por parte del grupo y del público. Las letras incluían expresiones de elogio a Hitler y al régimen nazi, de exaltación de la violencia y del exterminio de determinados colectivos, así como llamadas a la acción violenta contra ellos, presentándolos como enemi-

²⁴ LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 86 ss.; 2018, p. 249; GÓMEZ MARTÍN, 2024, pp. 1627 ss.

²⁵ GÓMEZ MARTÍN, 2024, p. 1628.

gos a eliminar. En los conciertos se vendía material discográfico y de *merchandising* del grupo con el mismo contenido ideológico y se difundían mensajes similares a través de redes sociales y medios de difusión propios del entorno neonazi. Los distintos acusados intervinieron como vocalistas, músicos, compositores de las letras, responsables de la organización de los conciertos o de la difusión de los temas, asumiendo y compartiendo el contenido de los mensajes transmitidos. Los hechos se desarrollaron en un contexto en el que existían grupos y asociaciones de extrema derecha que utilizaban la música como vehículo de propaganda e incitación al odio, y el público asistente a los conciertos pertenecía mayoritariamente a ese entorno ideológico.

En primera instancia, la SAP Barcelona, 7.^a, 8-11-2018 condenó a los cuatro principales acusados como criminalmente responsables en concepto de autor cada uno de ellos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución [art. 510, 1, a) y b) CP] con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y multa de seis meses, con una cuota diaria de diez euros y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. En sus respectivos recursos de casación contra dicha resolución, dos de los cuatro condenados invocaron infracción de ley por inaplicación del artículo 30 CP y su régimen específico de responsabilidad en cascada en materia de responsabilidad penal en relación con los delitos cometidos mediante la utilización de medios y soportes de difusión mecánicos. De acuerdo con su razonamiento, la aplicación de dicho precepto les habría eximido de responsabilidad, al no resultar subsumibles las conductas por las que habrían sido condenados (distribución y difusión del material discográfico de los otros dos condenados) en ninguno de los supuestos del artículo 30, 2 CP. La STS 675/2020, de 11 de diciembre, confirmó en lo sustancial las penas impuestas por la SAP Barcelona, 7.^a 8-11-2018. El alto tribunal aclaró que la condena de estos no tuvo por objeto la realización de «funciones como editor o productor de discos» de los otros dos condenados, sino la distribución y venta de estos con conocimiento de su contenido y, muy particularmente, la distribución de *merchandising*, parcialmente diseñado por uno de ellos y cuya distribución habría sido consentida por el otro, en la medida que la venta de todo el material se llevaba a cabo desde la misma empresa común. Fue precisamente la oferta de dichos productos y su venta lo que posibilitó la difusión de esa actividad discriminatoria por la que fueron condenados. Dichas conductas habrían sido rea-

lizadas, por tanto, de forma conjunta por ambos recurrentes, por lo que encajarían en el primer escalón del artículo 30, 2 CP esto es, a título de coautores del delito previsto en el artículo 510, 1 b) CP²⁶.

Adviértase, no obstante, que la doctrina sentada por esta resolución –seguida posteriormente por la SAP Barcelona, 6.ª, 9-9-2024– no se refiere exactamente a la aplicabilidad del artículo 30 CP al discurso de odio punible en atención a la estructura típica del delito previsto en el artículo 510 CP, sino a la innecesaridad del régimen escalonado en supuestos de autoría en sentido estricto (en el caso en cuestión, de coautoría). En relación con aquel extremo, la naturaleza de los tipos de discurso de odio punible no parece compadecerse adecuadamente con el sentido material del régimen previsto en el artículo 30 CP. Así, mientras que en este último precepto se trataría de limitar el alcance del Derecho penal en aras del desarrollo de cotas de libertad ideológica y de expresión que de otro modo quizá no podrían alcanzarse, en el artículo 510 CP como tipo específico de difusión de contenidos discriminatorios no se trataría de perseguir al autor intelectual de los manuscritos, sino antes bien a quien distribuya el material y ponga en peligro, de este modo, el bien jurídico protegido.

De hecho, es perfectamente posible que quien realice algunas de las conductas típicas del artículo 510 CP (fomento, la promoción o la incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia [art. 510, 1 a] CP], la producción, elaboración, posesión con la finalidad de distribuir, facilitación a terceras personas del acceso, distribución, difusión o venta de escritos o de cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para el fomento, la promoción o la incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia [art. 510, 1 b) CP], la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores [art. 510, 1 c) CP], la lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito del colectivo

²⁶ Apunta la resolución que nos ocupa: «[...] la difusión de ese material que se ponía en circulación era una labor de todos, en la que cada cual asume un papel, pero en la que todos estaban de acuerdo, siendo por eso por lo que decimos que no se ha de llegar al artículo 30 sin pasar por el artículo 28, como aquí sucede, en que los cuatro condenados tienen un dominio funcional sobre la actividad que, conjuntamente, desarrollan, tendente a la difusión de un material nocivo, en lo que hay acuerdo de todos. Todos son, pues, coautores, porque en esa difusión ha habido un reparto de papeles a un objetivo común, en el que cada uno ha cumplido el cometido que se atribuyó para dar publicidad a lo que todos querían. Consideramos, pues, que los cuatro acusados tuvieron una intervención directa en los hechos, por cuanto que la difusión del material delictivo fue un objetivo llevado a efecto “conjuntamente”, como dice el artículo 28 CP, por los cuatro, razón por la que habrá que hablar de coautoría propia, con exclusión, en consecuencia, del régimen del artículo 30 CP, lo que, en último término nos lleva a la desestimación de este motivo de recurso».

vulnerable o de alguno de sus miembros [art. 510, 2 a) CP] o el enaltecimiento o justificación de delitos cometidos contra colectivo vulnerable o alguno de sus miembros [art. 510, 2 b) CP] no lo haya elaborado, faltando, de este modo, el punto de partida del artículo 30 CP.

V. A MODO DE EPÍLOGO: ¿UN LOBO ESTEPARIO DESPLAZADO DE SU TIEMPO?

El ejemplo relativo al discurso de odio punible que acaba de ser expuesto probablemente haya servido para evidenciar algunas de las más notables dificultades técnicas que lastran *de lege lata* la aplicación del régimen privilegiado previsto en el artículo 30 CP, así como la alargada sombra de duda que *de lege ferenda* planea sobre la necesidad de su pervivencia. Desterradas ya las limitaciones a la libertad de prensa propias de la dictadura franquista que en otro momento quizá explicaron la utilidad de la regla que nos ocupa, parece difícil justificar hoy el régimen privilegiado de autoría y participación (y, por tanto, de responsabilidad penal) que nuestro Código penal establece para los delitos cometidos mediante medios de difusión mecánicos. La suficiencia de los principios e instituciones del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho para subsanar posibles excesos punitivos vinculados al ejercicio de la libertad de expresión y de información permiten contemplar la regla prevista en artículo 30 CP como una suerte de lobo estepario desplazado de un tiempo en que acaso pudo tener algún sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- BATISTA GONZÁLEZ, María Paz: Medios de comunicación y responsabilidad penal, Madrid, 1998.
- CEREZO MIR, José: Curso de Derecho penal español. Parte general. III. Teoría jurídica del delito, Madrid, 2001.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *El complicado régimen privilegiado del artículo 30 del Código Penal español en materia de codeincuencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos*, Nuevo Foro Penal, vol. 9, núm. 81, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Derecho penal español. Parte general en esquemas, Valencia, 2007.
- Derecho penal español. Parte general, 5.^a ed., Valencia, 2020.

- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Comentario al artículo 510 del Código Penal*, en Comentarios al Código Penal. Reformas de las Leyes Orgánicas 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Valencia, 2024.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: Libertad de información y teoría de la codependencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, Madrid, 1998.
- *El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen, evolución y perspectivas actuales*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1999.
- Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet, 2.^a ed., Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ DAVID, José María: *La responsabilidad en cascada en el medio digital: insuficiencia del artículo 30 del Código Penal*, Noticias Jurídicas, 2002.
- LANDA GOROSTIZA, Jon: Los delitos de odio, Valencia, 2018.
- *El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 del Código Penal*, en Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española, Valencia, 2018.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Comentario al artículo 30 del Código Penal*, en Comentarios al Código Penal, Madrid, 1997.
- RUEDA MARTÍN, M.^a Ángeles: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, Barcelona, 2001.
- *Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso*, Revista Penal, núm. 9, 2002.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: Libertad de prensa y responsabilidad criminal, Valencia, 1977.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE EMPRESA: CATÁLOGO DE PROBLEMAS

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN: EL OBJETIVO DE ESTE ARTÍCULO

Como el título de este artículo es ambicioso y sugerente de más en su primera parte («Autoría y participación en los delitos de empresa»), y mi aportación no va a ser ni ambiciosa ni sugerente, trato de aguarlo en la segunda parte: «catálogo de problemas». Lo único que pretendo es hacer una foto de los numerosos problemas de normación e interpretación que suscita la individualización de la responsabilidad penal en los delitos de empresa. Será, por así decirlo, un menú largo y estrecho, con los inconvenientes y espero que con las ventajas que tiene comer así. Cada plato requeriría una discusión, un entero artículo, y aquí solo se le va dedicar unas líneas. Para mayor claridad procedo a numerar cada problema, en una lista que llega al número diecisiete.

Por ello, mi objetivo, claro, no es ni puede ser tratar de resolver ni uno solo de los problemas que enunciaré, sino mostrarlos en su conjunto para mostrar lo que ahora me importa: la poco soportable incertidumbre que reina en la intervención penal en este ámbito. Poco soportable porque es incertidumbre penal, en el desarrollo del derecho a la libertad (por decirlo en términos de nuestra jurisprudencia constitucional¹); poco soportable también por

¹ Para sostener el rango de ley orgánica de los enunciados penales que prevén penas privativas de libertad y, en general, privativas de derechos fundamentales: «el Código Penal y en general las normas

la frecuencia del problema. Se trata de una cuestión nuclear de un numeroso grupo de delitos.

Pero en realidad el objetivo de estas líneas –el objetivo del objetivo– es agradecer a Enrique Peñaranda tantos años de amistad y de sabiduría amable y generosa. Si existieran relojes tan inteligentes que contaran, no los pasos, sino las ideas sugerentes recibidas, y si hubieran existido desde 1986, cuando me incorporé como becario al Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, el contador quedaría disparado y daría fe de lo que como penalista le debo a Enrique. Confío en que esta breve contribución sea un buen botón para mostrarlo. Y confío también en que el contador siga sumando dígitos en los próximos años.

II. AUTORÍA POR ACCIÓN

1. La primera cuestión calificatoria se refiere a la conducta de los superiores (administradores, directivos) que imparten instrucciones para que un subordinado ejecute un delito. La solución clásica que primero nos viene a la cabeza de entender que el superior es inductor del delito del subordinado resulta altamente insatisfactoria: porque lleva a la impunidad si el sujeto de debajo actuó sin antijuridicidad y porque sorprende que en esta interacción lesiva le concedamos el protagonismo solo al ejecutor y no al jefe, a la persona de atrás.

Para calificarle a este como autor vendría al rescate en primer lugar la autoría mediata. Pero como sabemos esta solución resulta espinosa en los casos más usuales en los que el subordinado actúa sin coacción relevante y sin error, por mucho que su inserción en la empresa y su deseo de mantenerse en ella condicionen su decisión por la realización del tipo. Para estos casos algunos autores y el Tribunal Supremo alemán sostienen también la autoría mediata por «dominio de organización»², construcción que el propio Claus Roxin, el autor del invento dogmático, rechaza para las estructuras empresariales, porque se trata de organizaciones que operan sobre la base del Derecho y en las que debe esperarse que no se obedezcan instrucciones antijurídicas³. Más en general, tiene razón Feijoo Sánchez cuando indica que en este tipo de supues-

penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de orgánicas» (STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5).

² V. PEÑARANDA RAMOS, 2008a, pp. 168 ss.; ROXIN, 2014, p. 121.

³ ROXIN, 2014, p. 121. V. también FARALDO CABANA, 2004, pp. 305 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, 2007, pp. 166 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, pp. 682 ss.; CONTRERAS CHAIMOVICH, 2024, p. 254.

tos en los que el hombre de delante configura la ejecución y el hombre de atrás configura la decisión, no se trata de que «el superior esté normativamente instrumentalizando al ejecutor mediante el dominio de una organización en la que este es no es más que un engranaje o una pieza», sino de «que cada uno desempeña papeles o competencias distintos dentro de la organización»⁴. Y aún más en general, con Peñaranda Ramos, no es fácil ya compartir «el propio fundamento material de la construcción de Roxin»⁵.

Otras alternativas para fundamentar la autoría del superior son la autoría omisiva o la denominada coautoría vertical⁶. La primera solución no abarca los supuestos en los que el administrador no posee una posición de garantía por no tratarse de un riesgo imbricado en la actividad de la empresa⁷. Y no parece que pueda encontrarse esa posición en su actuar precedente peligroso por el hecho de impartir la orden, so pena de convertir a todos los partícipes activos en autores omisivos. Se produciría, como ha subrayado Sánchez-Vera, una «sobrevaloración de la aportación»⁸.

La coautoría vertical, por su parte, defendida para este ámbito por ejemplo por Günther Jakobs⁹, supone que pueda calificarse de autoría una conducta que se desarrolle en un momento previo al comienzo de la ejecución del delito¹⁰. Y por ello se le achaca su injusticia, la desconfiguración de una coautoría en la que cuesta ver ya la resolución conjunta y la coejecución que la diferencia la participación¹¹. Como señala Peñaranda Ramos, «estas tesis no han conseguido apor-

⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 222.

⁵ Porque «la idea de un “automatismo” en el “funcionamiento” del ejecutor como una mera “pieza fungible del engranaje” de una organización criminal es ya difícilmente aceptable desde un punto de vista fáctico o fenomenológico»; y porque «tal suposición se presenta como abiertamente contradictoria, en el plano normativo, con la consideración de ese mismo ejecutor precisamente como un sujeto responsable» (PEÑARANDA RAMOS, 2008a, p. 172).

⁶ Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, 2008a, pp. 173 ss.

⁷ V. LASCURÁIN SÁNCHEZ, 2024, pp. 127 ss., 146 ss.

⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, ADPCP, 1995, pp. 230, 234 ss.

⁹ Para JAKOBS, «[l]a coautoría concurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de esta, o el que se lleve o no a cabo». Si al final no es lo determinante para la autoría la ejecución de propia mano de la acción típica, cosa que no concurriría plenamente ni siquiera en cada uno de los coautores ejecutivos, la intensidad necesaria en la configuración del delito puede producirse ya en fase preparatoria. Ciertamente «el no ejecutor participa en menor medida que el ejecutor en el dominio material, en forma de dominio de la decisión», pero «este *minus* puede quedar compensado por un plus en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de la preparación [...]». La configuración del hecho consiste en disponer el suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento concreto» (JAKOBS, 1997, pp. 749 ss.).

¹⁰ También, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, pp. 137 ss.; TIEDEMANN, 2010, pp. 176 ss.; VAN WEEZEL, 2011, p. 202.

¹¹ V. PEÑARANDA RAMOS, 2008a, pp. 174 ss.; BENITO SÁNCHEZ, 2019, pp. 98 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, pp. 686 ss.

tar una fundamentación convincente de la coautoría [...]. La apelación a la existencia de un dominio funcional del hecho en todos los coautores no permite ocultar que cada coautor sólo domina verdaderamente (de un modo positivo) su propia contribución al hecho y que respecto a las contribuciones de los demás sólo existe, en el mejor de los casos, un `dominio´ de carácter negativo, como el que puede darse también en la inducción y en la complicidad, si éstos se comportan de un modo plenamente consciente libre y responsable»¹².

2. Esta etiqueta de las «instrucciones delictivas a los subordinados» nos va a encajar, probablemente, en el caso, controvertido también en su solución, de los administradores testaferros que actúan con dolo: con conocimiento de que ejecutan un delito en cumplimiento de su compromiso previo al respecto¹³. Aquí, de nuevo, convence muy poco la idea de que el administrador de hecho («el» administrador, en realidad) es un mero inductor del administrador de Derecho, que podría por cierto invocar que en realidad no es un administrador, lo que nos metería en un riesgo de impunidad en los delitos especiales de administrador. Y también convence poco que el ejecutor consciente en la posición formal de administrador sea un partícipe necesario del verdadero autor, que sería el administrador de hecho¹⁴.

III. AUTORÍA POR OMISIÓN

3. En todo caso, el campo sembrado de las minas de la duda es el de la autoría por omisión, comenzando por cómo haya que entender el artículo 11, el artículo que nuestro Código Penal dedica a la denominada comisión por omisión: a la imputación de resultados a conductas omisivas en delitos de re-

¹² PEÑARANDA RAMOS, 2008a, pp. 175. También en PEÑARANDA RAMOS y SUÁREZ GONZÁLEZ, PJ, 1992, pp. 189 ss.

¹³ GARCÍA CAVERO diferencia entre el testaferro en sentido estricto (el que «no asume labores de administración y simplemente se limita a aparecer formalmente como administrador de la empresa, firmando incluso documentos sociales, pero dejando la administración de la empresa completamente en manos de un administrador de hecho»), que sería un partícipe necesario, puesto que no tiene el dominio del hecho propio de un autor, del «administrador sumiso», que «ejerce además los actos de administración en estricto cumplimiento de las órdenes de un hombre de atrás», y que por ello «responderá penalmente por los delitos de dominio en calidad de autor [...]». En efecto, en la medida en que se pueda plantear una distribución del hecho en la que el hombre de atrás asume la parte decisoria del hecho y el hombre de adelante la parte de ejecución, podría hablarse de una repartición conjunta del trabajo que daría pie a una coautoría» (GARCÍA CAVERO, InDret, 2006, pp. 8 ss.). En sentido similar, FERNÁNDEZ BAUTISTA, 2007, pp. 298 ss.

¹⁴ La jurisprudencia tiende a catalogar a los testaferros como partícipes necesarios (SSTS 310/2018, de 26 de junio; 226/2023, de 29 de marzo; 495/2023, de 22 de junio; sin embargo, la STS 333/2022, de 31 de marzo, lo califica de cómplice, no obstante admitir la «esencialidad que esta Sala atribuye a la participación de los testaferros»).

sultado con verbo activo. Recuerdo que este enunciado reza así: «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

En relación con tales dudas no me refiero ahora a la descripción de las posiciones de garantía, porque la posición de garantía de la empresa no ha suscitado *per se* especial contradicción, sino a qué delitos alcanza la extensión (o clarificación) típica, si solo a los delitos llamados «puros» de resultado, como opina la doctrina ampliamente mayoritaria, o a todos los delitos de resultado, como creo correcto en atención al requisito de equivalencia de desvalor¹⁵. De esta cuestión pende, por ejemplo, que un delito tan típico de empresa como el medioambiental pueda cometerse por omisión¹⁶.

4. Pero vayamos al tuétano de los delitos omisivos de empresa. Partamos de que la empresa es garante, por generación de una fuente de riesgo o por mantenimiento de tal fuente como propia. Y partamos de que a partir de ello se generan nuevas posiciones de garantía por delegación¹⁷. Surgen entonces dos preguntas radicales.

La primera es de qué es garante la empresa. Si de todo riesgo que se genera en su actividad propia de generación y distribución de bienes y servicios¹⁸ o si solo de los riesgos imbricados en su actividad¹⁹, incluida la protección de bienes y personas que se le confían. Es notorio que hay posición de garantía en relación con los riesgos laborales y medioambientales, pero ¿es también garante la empresa de que sus comerciales no corrompan a las autoridades públicas o de que sus directivos no inviertan en bolsa con información privilegiada? ¿Tienden a confluir las posiciones de garantía con los delitos imputables a la persona jurídica?

5. La segunda cuestión radical es la de quién es la empresa en términos de responsabilidad individual. Dónde arranca el deber de garantía, dónde arranca el

¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2017, pp. 674 ss. Sobre todo ello, PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 1480.

¹⁶ Aunque quepa entender también, como apunta PEÑARANDA RAMOS, que los delitos que requieren determinados medios de comisión pueden serlo por omisión a partir de la interpretación de sus términos, sin pasar por el artículo 11 CP (2024, núm. 1480).

¹⁷ Para todo ello, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1995, pp. 215 ss.

¹⁸ Así, con distintos matices, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 170, FRISCH, 1996, pp. 113 ss.; BACIGALUPO SAGGESE, 2023, pp. 26 ss.

¹⁹ Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2014, pp. 313 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2024, pp. 147 ss.

árbol de delegaciones: si solo de los administradores o si ya antes de los socios, como han sostenido (creo que excesivamente) por ejemplo Turienzo Fernandez²⁰ o, más restrictivamente, Pastor Muñoz²¹. No me parece baladí que, cuando se ha querido responsabilizar penalmente a la persona jurídica, la figura central sea el administrador y que a los socios ni se les mencione en los artículos 31.b y siguientes. Partir de los administradores como «titulares de la empresa», como «cúspide», responde a que ostentan la dimensión de gestor de la empresa propia del empresario. Y a que es el órgano mediante el que actúa la sociedad en cuanto persona jurídica. La razón de su posición de garantía original sería no tanto la iniciación del riesgo como el mantenimiento como propio de una fuente de riesgo, el «dominio social», según la afortunada expresión de Gracia Martín²².

6. Si no está claro el punto de partida, tampoco está claro el camino de la delegación. Ya es clásico el debate acerca del tipo de responsabilidad del delegante que infringe su deber remanente de garantía (que no supervisa al delegado o no lo corrige) y por ello no impide el delito del delegado. Creo, con la doctrina mayoritaria y con la jurisprudencia, que es una responsabilidad a título de autor y no de partícipe, por buenas razones de justicia (de implicación) y de prevención (de no limitación de responsabilidad en las subdelegaciones; de no limitación de la responsabilidad a los casos de dolo)²³. Como señala Peñaranda Ramos, el «entendimiento de que cualquier hecho realizado por un delegado o subordinado en el ámbito de su competencia constituye un acto que se realiza en el propio círculo de organización de cualquiera que ocupe un nivel superior en la estructura empresarial permite explicar adecuadamente la posición de garante de este y también por qué si omite evitar un hecho delictivo que el subordinado cometa, incluso de forma plenamente responsable, en el ámbito de la empresa ha de ser considerado como autor, de acuerdo con una generalizada pretensión, y no simplemente como cómplice e ese delito. [...] La distinción entre autoría y participación tiene su raíz en la existencia de ámbitos separados de responsabilidad y pierde su sentido cuando, como aquí, [...] esa separación no se da, sino que la esfera responsabilidad del dele-

²⁰ TURIEÑO FERNÁNDEZ, EPC, 2022, pp. 5 ss. También, insistiendo en sus límites, CIGÜELA SOLA, 2020, pp. 77 ss.

²¹ Quien habla de un deber residual de delegante de los socios: el de «revisar» si se cumplen los presupuestos materiales de la delegación, pues si estos fallaran los socios recuperarían su posición de garantía original. Así, según esta tesis, si los socios, al serles sometida a control la gestión social, descubrirían el carácter delictivo de la gestión del administrador y, sin embargo, aprobaran la gestión y no cesaran al administrador, ya no podrían desentenderse de la gestión delictiva futura de este (PASTOR MUÑOZ, DLL, 2019, pp. 5 ss.).

²² GRACIA MARTÍN, 2002, pp. 411 ss. Muy crítico con la asignación de una posición de garantía de los socios, ALFARO ÁGUILA-REAL, AdD, 2022.

²³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1995, p. 223; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2024, p. 152.

gado o encargado queda incluida en la más amplia de quien le hizo el encargo o la delegación»²⁴.

7. Cuando se reflexiona sobre los deberes de garante del administrador como delegante surgen dos piedras en el zapato. Sobre la primera se ha pensado aún poco: sobre si el deber remanente de supervisión del delegado es a su vez delegable, quizás en el responsable de cumplimiento. Delego, por ejemplo, el control de los riesgos medioambientales en un director específico y delego además su supervisión en el *compliance officer*. Esta estrategia es antipática por lo que tiene de desresponsabilización. Así parece entenderlo la Ley de Sociedades de Capital, que proclama la indelegabilidad de «la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado» (art. 249 bis a)²⁵. Si esta idea es correcta debe ser aplicada a cada delegante y no solo al administrador como delegante inicial.

8. Más energía, sobre todo a partir de la sentencia Gesfinsa (STS 234/2010, de 11 de marzo), se ha dedicado a la cuestión de si el deber de garante de un administrador miembro de un consejo de administración comporta el deber de evitar el delito del compañero, y si tal deber de garantía comporta a su vez un deber de vigilancia del mismo; si se quiere, «de adquisición de conocimiento».

A mí me parece que ambas respuestas deben ser positivas. El primer sí parece claro a partir del presupuesto de la posición de garantía: los demás administradores deben reaccionar si conocen riesgos indebidamente desatados o descontrolados por un colega, pues son también riesgos suyos. Dicha reacción comporta que hagan lo razonablemente posible para evitar la comisión del delito²⁶. Más controvertido es el segundo sí²⁷, aunque creo que debe pronunciarse: considero que existe un deber de vigilancia en horizontal derivado de la responsabilidad sobre el propio ámbito codominado por otro y que ello va en el sentido de los tiempos que marca la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los sistemas de prevención penal que comportan el control de los administradores sobre los administradores²⁸.

Diferente y de solución poco controvertida es el caso en el que el deber originario del consejo de administración de contención de los riesgos propios de la empresa se delega total o parcialmente en un consejero o en una comisión de consejeros. Es claro que aquí se produce una delegación y que, por mucho que

²⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2006, pp. 422 ss.

²⁵ V. ya al respecto BACIGALUPO SAGGESE, 2008, p. 184.

²⁶ V. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, pp. 175 ss., 198 ss.

²⁷ Lo niega, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, 2016, pp. 231 ss.

²⁸ V. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2024, pp. 155 ss.

sea en horizontal, no puede llevar a los delegantes a desentenderse del control – de su ámbito de organización– en el sentido de no tener que procurarse conocimientos acerca del modo en el que el delegado realiza su control.

9. Dos problemas más sobre delegación, para finalizar este apartado. Uno es muy ubicuo y propio de todo concepto jurídico indeterminado: ¿qué contenido e intensidad tiene el deber de supervisión del delegante? En materia de seguridad de los trabajadores, la jurisprudencia ha ido avanzando algunas directrices interesantes, pero que no acaban de disipar la niebla. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. Piénsese al respecto en una situación de crisis, en la que podría suceder incluso que la delegación no fuera un modo razonable de abordar el cumplimiento del deber de garantía²⁹. La cualificación, la especialización y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación correctamente desempeñada juegan, por contra, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia. Obvio es, en sentido inverso, que la comisión de irregularidades previas por parte del delegado incrementa el nivel razonable de supervisión en el delegante. Otros factores relevantes son la cercanía al acto de ejecución peligroso y la monotonía de la tarea delegada y supervisada. En las cadenas de delegaciones, quien ha delegado en otro la ejecución del acto debe controlar tal ejecución, como resulta obvio, pero –y discúlpese por el trabalenguas– el primer delegante de este delegante lo que tiene que hacer es solo supervisar que este a su vez controle al ejecutor.

10. El segundo problema es menor por su singularidad: es el caso del delegado incapaz que engañó al delegante acerca de su incapacidad. Ya también es menor porque parece hallar una razonable solución de responsabilización penal en la consideración del frustrado delegado como garante por injerencia³⁰.

IV. EXTENSIÓN DE LA AUTORÍA

11. Antes de concluir con la autoría y pasar a los problemas que suscita la determinación de la participación en los delitos de empresa, querría añadir dos números más a mi enumeración de problemas regulativos o de interpretación, ya el 11 y el 12, atinentes a la cláusula general de extensión de la autoría de los delitos especiales del artículo 31 del Código Penal, que suele denominarse como «responsabilidad del representante». Esta regla se utiliza mucho en los delitos de empresa

²⁹ Así, PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 422.

³⁰ V. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1994, pp. 272.

por la elemental razón fáctica de que la empresa, la persona jurídica, actúa a través de administradores y representantes. Así se enuncia: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

El primer debate hace a qué es un administrador de hecho de una persona jurídica, que es la segunda extensión a la que se refiere el artículo 31 CP (la primera es el administrador de derecho), y exige, en el contexto del artículo 31 CP, una reflexión sobre la justificación de la especialidad en el sujeto activo y sobre las razones de su ampliación³¹. Porque el debate suele ser, expresado ahora simplificado, si podemos atribuir esa administración fáctica penalmente relevante no solo a las personas con una posición general dominante en la persona jurídica, sino también a los altos directivos de la misma³².

Yo creo que no. Que de la mano del artículo 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital³³, perdóneseme la perogrullada, administrador es solo el administrador: es quien tiene el dominio social, por decirlo de nuevo con Gracia Martín³⁴.

12. Esta posición restrictiva lo es solo aparentemente, porque los directivos que no entran por la puerta de la administración, lo podrán hacer por la ventana de la tercera extensión, que es la de la actuación «en nombre de otro», persona física o jurídica. Repárese en que si la administración fáctica alude al origen de un deber (el dominio), la actuación en nombre de otro se emparenta con otra fuente familiar de generación de deberes: la delegación.

V. LA PARTICIPACIÓN

13. Si las dudas de asignación de autorías en los delitos que parten de un colectivo como es la empresa vienen lastradas por nuestras propias du-

³¹ V. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2024, pp. 130 ss.

³² SILVA SÁNCHEZ sostiene, en concepción más amplia, que los altos directivos son también administradores de hecho si reciben la delegación de competencias de los administradores y aunque lo hagan con limitaciones de tiempo, espacio o materia (SILVA SÁNCHEZ, 2016, pp. 179 ss.). También, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SÁGGESE, 2010, p. 121 ss.

³³ «La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

³⁴ GRACIA MARTÍN, 2002, pp. 411 ss.

das conceptuales de partida (qué es la autoría mediata o qué es la coautoría, por ejemplo), lo propio va a suceder con la participación. No está claro cuándo cabe reputar que estamos ante una intolerable contribución al hecho de otro (cuál es el límite mínimo de la responsabilidad penal a título de participación en cuanto a la superación de la frontera del riesgo permitido), como lo muestra el intenso debate en torno al carácter neutro de las conductas de unos en relación con su utilización delictiva por parte de otros. En los delitos de empresa esta cuestión se suscita recurrentemente en relación con los asesores internos o externos de los administradores o ejecutivos que toman decisiones delictivas y también en relación con los trabajadores subordinados que las ejecutan.

El dibujo de esa frontera de la participación (insisto: cuándo se entiende que un comportamiento es colaborativo con el plan delictivo del autor) es harto debatido y la decisión jurisprudencial, ambigua³⁵. Las propuestas, como sabéis, van desde el objetivismo más restrictivo (que califica como «neutra», permitida, toda conducta que en su exterioridad se ajuste al rol social o profesional del sujeto³⁶) hasta el subjetivismo más tradicional y abarcativo (el dolo del contribuyente descarta su neutralidad), pasando, claro, por el objetivismo moderado (la adaptación o acoplamiento de la conducta al hecho del autor que propone Robles Planas³⁷) y por el subjetivismo moderado (dolo directo pero no eventual, simplificando la propuesta de Claus Roxin³⁸).

14. Otro problema general de concepción e interpretación que surge habitualmente en los delitos de empresa es el de la calificación de la partici-

³⁵ Concibe su posición el Tribunal Supremo como mixta (objetiva y subjetiva) para la diferenciación «de actos neutrales de los que no lo son, exigiendo que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y que este, objetivamente sirva, y coadyuve a la facilitación del delito, lo que supone un aporte necesario a tal fin» (STS 165/2013, de 26 de marzo, FD 26; también SSTs 499/2022, de 24 de mayo, FD 4; 89/2023, de 10 de febrero, FD 28), pues «resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero» (STS 91/2014, de 7 de febrero, FD 10). Y es que si bien «[e]n ocasiones, el sentido delictivo de la aportación causal ya se aprecia en el aspecto objetivo, cuando dadas las circunstancias, la aportación solo podrá tener esa finalidad ilícita», en otras ocasiones «será la combinación con el tipo subjetivo lo que determine la imposibilidad de calificar la aportación como un acto neutral, dado el conocimiento de la forma en la que la aportación va a ser empleada por el autor» (STS 84/2020, de 27 de febrero, FD 23).

³⁶ Incisivamente replica LUZÓN PEÑA, en relación con los abogados, que «no es cierto que si la aportación del asesor se mueve objetivamente en el plano de la neutralidad y de lo ajustado al estándar profesional, la pueda efectuar aunque sepa seguro que va a ser utilizada y va a facilitar la comisión futura del delito, pues en tal caso de dolo directo la conducta del abogado pierde precisamente su neutral y conformidad al estándar profesional» (LUZÓN PEÑA, RD, 2011, p. 65).

³⁷ ROBLES PLANAS, 2003, pp. 315 ss. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, pp. 838 ss.

³⁸ ROXIN, 2014, pp. 292 ss.

pación del *extraneus* en un delito especial. Esta frecuencia se debe a que muchos delitos de empresa son delitos especiales cuya comisión requiere asistencia especializada.

La regla del 65.3 del Código Penal español es un avispero de interpretaciones divergentes³⁹: si es aplicable a los delitos especiales impropios, cuándo procede la atenuación y si ello depende del tipo de delito especial (propio o impropio, de posición o de infracción de un deber institucional), qué hacer con los no mencionados cómplices *extranei*. Dice así el enunciado al que me refiero: «Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

De máximo interés es la reflexión de Peñaranda Ramos para la interpretación y aplicación de esta regla. «Hablando en términos más bien metafóricos el artículo 65.3 viene a crear por debajo de los delitos especiales propios una especie de “tipo básico” al que se puede referir plenamente la participación de tercero: la solución que en ese precepto se establece es, en efecto, en gran medida equivalente a la que se daría si esos tipos se pudiesen redactar de un modo neutral respecto a las condiciones, cualidades o relaciones de los distintos intervinientes, y se previera, a continuación, un marco penal más elevado para quien muestre el elemento personal de que se trate [...]. En relación con los elementos típicos limitadamente personales de carácter agravatorio, la solución más adecuada es aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 65.3 CP», en atenuación que no debe caer por debajo «de la que corresponda al delito común o básico respectivo, cuyo contenido de desvalor material está implícito en el del tipo cualificado realizado»⁴⁰.

15. Mucha energía se ha dedicado a otra cuestión muy relevante en el día a día empresarial y que tiene que ver, quizás, con la participación, y es la cuestión de la posible responsabilidad del responsable o delegado de cumplimiento (*compliance officer*) cuando dolosa o imprudentemente desempeña mal su función de *gatekeeper* (no impide un delito futuro o en curso que le es denunciado). Aquí hay dos maneras de resolverla. La primera: el responsable de cumplimiento es un garante y la infracción de su deber de garantía plantea una imputación a título de autor. La segunda: su deber, como en general los

³⁹ A partir de la discusión de su propio fundamento material o de la propia existencia del mismo (PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1422; PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 6;).

⁴⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1450; PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 50 ss.

policiales, no es de garantía, por lo que a lo sumo, en caso de dolo, su conducta podría catalogarse como una participación omisiva⁴¹.

16. La figura del *compliance officer* ha merecido dos reflexiones más en relación con su responsabilidad penal. La primera es definicional y no creo que tenga especial relevancia penal. Si el órgano de supervisión que menciona el artículo 31.bis 2.2.º CP español es el responsable de cumplimiento, como sostienen (creo que equivocadamente) algunos autores⁴², o si es en realidad, como mostraría su ADN italiano, otro órgano de cumplimiento de naturaleza diferente y enfocado al cumplimiento de los de arriba, de los administradores y altos directivos⁴³.

17. La segunda reflexión adicional sobre el responsable de cumplimiento es mi decimoséptima y última cuestión: ¿puede el *compliance officer* en algunos casos ser autor, como garante, por el mal diseño del sistema de cumplimiento que ha impedido el control de un comportamiento delictivo desde la empresa?⁴⁴

VI. EL REINO DE LA INCERTIDUMBRE

Enumero mis diecisiete preguntas:

1. ¿Es autor el superior que dicta instrucciones para la ejecución de un delito?
2. ¿Es aplicable a los testaferros?
3. ¿A qué delitos de omisión y resultado se refiere el artículo 11?
4. ¿Respecto a qué delitos es garante la empresa?
5. ¿Existe un deber inicial de garantía de los socios?
6. ¿Es el delegante no supervisor o corrector autor o partícipe?
7. ¿Es delegable la supervisión que compete al ya delegante?
8. ¿Existen deberes de vigilancia en horizontal, en el seno del consejo de administración?
9. ¿Cuánto hay que supervisar?
10. ¿Es responsable el delegado incapaz que engaña bastante al delegante acerca de su incapacidad?
11. ¿Qué es un administrador de hecho?

⁴¹ Al respecto, en detalle, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2014, pp. 325 ss.

⁴² Por ejemplo, BACIGALUPO SAGGESE, 2023, pp. 32 ss.

⁴³ NIETO MARTÍN, 2022, p. 86.

⁴⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2021, pp. 9 ss.

12. ¿Quiénes son lo que actúan «en nombre de otro» (art. 31 CP)?
13. ¿Cuándo debe calificarse como neutra una conducta respecto a la que se valora su carácter participativo?
14. ¿Cuándo y cuánto debe atenuarse la pena del partícipe *extraneus*?
15. ¿Es el responsable de cumplimiento un garante-autor o un partícipe omisivo respecto de los delitos de terceros que no evita?
16. ¿Existen dos órganos de cumplimiento en la persona jurídica: el responsable de cumplimiento y el órgano de supervisión?
17. ¿Autoría del responsable de cumplimiento por el mal diseño del sistema de cumplimiento del que deriva el delito de un tercero?

Imagino que a estas alturas el lector estará mareado con esta batería de problemas, algunos muy abstractos y merecedores todos ellos de un entero artículo: de mayor descripción y de mucho mayor contraste de pareceres. Me excuso por hacer en esta contribución lo que los pedagogos dicen que no hay que hacer, que es saturarla de ideas que no pueden desarrollarse. Pero es que mi finalidad es precisamente mostrar esta multiplicidad de problemas normativos, de conformación y de interpretación, y subrayar ahora la incertidumbre a la que condena la actividad empresarial en un aspecto tan esencial como la responsabilidad penal⁴⁵.

Al final el problema es un problema grave en cuanto que lo es de inseguridad en el reproche penal y en la cárcel; en cuanto generación de una justicia muy dependiente de la calidad de las defensas y por ello de los recursos económicos del imputado; en cuanto reparto inadecuado del poder de punir, excesivamente dejado en manos de los jueces. En tantos aspectos de los que depende la pena estamos sin ley, como el, en este punto denostado, derecho penal anglosajón (solo el tradicional) y sin los recursos de generación de seguridad que fue aquilatando históricamente la tradición británica de sujeción al precedente.

Creo que urge ponerse la pilas. El legislador, legislando más en la parte general y mejor en la parte especial; la jurisprudencia, empeñándose en lo que Lothar Kuhlen denomina «mandato de determinación jurisprudencial»⁴⁶; nosotros, los investigadores, ayudando a ambas instituciones. Ojalá podamos hacerlo tanto y sepamos hacerlo tan agudamente como lo ha hecho Enrique Peñaranda.

⁴⁵ Esta incertidumbre, por cierto, viene incrementada por la pobre técnica legislativa que acompaña la redacción de los delitos económicos, trufados de reiteraciones y conceptos indeterminados, fruto posiblemente de directivas europeas que se negocian a 54 manos y de la poca inteligencia en su trasposición.

⁴⁶ KUHLEN, 2012, pp. 163 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *¿Responsabilidad penal de los socios por los actos de los administradores?*, Almacén de Derecho, 10.06.22 (<https://almacendederecho.org/52377-2>).
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *Distribución de la responsabilidad penal entre los miembros del consejo de administración de una sociedad*, en *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Madrid, 2008, pp. 181-187.
- *Breves reflexiones sobre la posición de garante del compliance officer*, en *Liber Amicorum*. Estudios homenaje a Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Madrid, 2023, 25-41.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, y Bacigalupo Saggesse, Silvina: *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, 2.^a ed.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: *Problemas específicos de autoría y participación*, en *Tratado de Derecho penal económico*, Valencia, 2019, pp. 79-108.
- CIGÜELA SOLA, Javier: *La responsabilidad penal de los socios por la criminalidad empresarial*, en *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, 2020, 2.^a ed., pp. 75-80.
- CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro: *Autoría y participación en el Derecho penal económico*, en *Derecho penal económico. Pate general*, Valencia, 2024, pp. 245-277.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»*, en *El Derecho Penal Económico en la era compliance*, Valencia, 2013, pp. 165-189.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia: *El administrador de hecho y de Derecho*, Valencia, 2007.
- FRISCH, Wolfgang: *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división de trabajo*, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 99-128.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular*, InDret núm. 3, 2006.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *Los delitos de comisión por omisión {Una exposición crítica de la doctrina dominante}*, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2002, pp. 411-482.
- JAKOBS, Gunther: *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KUHLEN, Lothar: *Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía*, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, pp. 151-171.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.

- *Fundamento y límites del deber de garantía del empresario*, en *Hacia un Derecho Penal europeo*. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 209-227.
 - *Salvar al oficial Ryan. Sobre la responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento*, en *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal, Barcelona, 2014, pp. 301-336.
 - *Omisiones equivalentes*, en *Estudios de Derecho Penal*. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, 2017, pp. 673-683.
 - *Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes*, *La Ley Compliance Penal*, núm. 7, 2021.
 - *La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa*, en *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, 2024, pp. 115-174.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Responsabilidad penal del asesor jurídico*, *Revista de Derecho*, núm. 15, 2011, pp. 45-72.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena: *Criminalidad de empresa*, Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, 2022, 6.ª ed.
- NIETO MARTÍN, Adán: *El cumplimiento normativo como estrategia político-criminal*, Buenos Aires, 2022.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: *¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio*, *Diario La Ley*, núm. 9.400, 2019.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa –y en otras organizaciones–*, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid, 2006, pp. 411-430.
- *Autoría y participación en la empresa*, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 161-186.
 - *Sobre el alcance del artículo 65.3 del Código Penal*, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Barcelona, 2008, pp. 1419-1452.
 - *Sobre el alcance el artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, en *La responsabilidad en los «delitos especiales*, Buenos Aires y Montevideo, 2014, pp. 1-57.
 - *Tipicidad en los delitos omisivos*, en *Memento Penal 2025*, Madrid, 2024, nmm. 1445-1545.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, y Suárez González, Carlos: *Comentario segundo*, en *Autoría y participación en determinados supuestos de «vigilancia* (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989), *Poder Judicial*, núm. 27, 1992, pp. 189-216.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *Imputación del delito económico a personas físicas. I. Tipo objetivo*, en *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, 2023, 2.ª ed., pp. 121-166.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, II, Madrid, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Intervención o misiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1995, pp. 187-263.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Madrid, 2016, 2.^a ed.

TIEDEMANN, Klaus: *Manual de Derecho penal económico*, Valencia, 2010.

TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro: *Consideraciones acerca de la responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 42, 2022, pp. 24-67.

VAN WEEZEL, Alex: *Límites a la imputación penal*, Bogotá, 2011.

6. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN: UNA FUNDAMENTACIÓN NORMOLÓGICA*

JUAN PABLO MAÑALICH R.
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN: LA DISTANCIA (LÓGICA) ENTRE EL HECHO Y EL PARTÍCIPE

En su monumental monografía consagrada a presentar lo que me atrevería a llamar una «desmitificación» de la accesoriidad de la participación, Peñaranda ofrece una demoledora impugnación de la tesis de que habría «una mayor distancia entre el autor *intraneus* y el partícipe *extraneus* en un delito especial, que entre el autor y el partícipe de un delito común»¹. Para denunciar la falacia que subyace a la validación de semejante «pensamiento de la distancia», Peñaranda enuncia, con precisión quirúrgica, la premisa decisiva como sigue: «en un Derecho penal del hecho a un sujeto sólo se lo puede hacer responsable por la conducta que realizó efectivamente y no por lo que hubiese

* El presente trabajo representa la adaptación de una ponencia originalmente redactada en lengua alemana, presentada en el coloquio *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Beteiligten aus normtheoretischer Perspektive*, celebrado en Wittenberg durante los días 9 y 10 de noviembre de 2023, y organizado por el Prof. Dr. Joachim Renzikowski. Una nota de gratitud es debida a Alejandra Olave A. por su colaboración en la preparación de una primera traducción al español. En la versión alemana del texto son discutidos dos problemas adicionales que, por razones de espacio, aquí no serán considerados, a saber: la pregunta de si es concebible la participación en un hecho principal ajeno cuyo injusto radique (exclusivamente) en el menoscabo de un bien jurídico del potencial partícipe, cuya respuesta tendría que ser negativa; y la clarificación del estatus categorial de la (mal) llamada «tentativa de participación».

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 460.

podido realizar en su lugar»². Esto tendría que llevar a la conclusión de que «la distancia del partícipe con respecto al autor de un delito especial es la misma que en cualquier otro delito: ese sujeto no ha cumplido los elementos del tipo correspondiente», de manera tal que, «[s]i al partícipe se le ha de imputar en un caso lo que él mismo no pudo hacer, también se le ha de imputar en el otro lo que de todos modos no hizo»³.

En lo que sigue quisiera esbozar una caracterización general de la participación que, haciendo uso del instrumental provisto por una teoría analítica de las normas, logre implementar cabalmente la impugnación del «pensamiento de la distancia», justamente porque *toda* participación tiene que ser modelada como una intervención *lógicamente* distanciada del hecho con el cual la contribución del partícipe únicamente queda conectada por vía de accesoriedad⁴. A pesar de que la concepción de la accesoriedad de la participación que buscaré hacer explícita diverge, sensiblemente, de la concepción favorecida por Peñaranda, espero con ello documentar la inmensa admiración que guardo hacia la obra y la persona de nuestro homenajeado.

II. ¿PARTICIPACIÓN EN EL DELITO O PARTICIPACIÓN COMO DELITO?

«El partícipe no perpetra delito tentado ni delito consumado alguno; él no perpetra un delito en lo absoluto. Únicamente se deja decir que él ha entrado en una determinada relación con la perpetración de un delito de otro, en virtud de lo cual a él cabe una corresponsabilidad»⁵. Con estas palabras resume Bloy su crítica a la llamada «doctrina del delito de participación», cuyos partidarios defienden una concepción de la participación según la cual el partícipe sería responsable de su propio delito, el cual consistiría, en efecto, en la realización imputable del tipo de un delito de participación⁶. Según Bloy, tal concepción conduce, en último término, a tratar la participación como «una forma de autoría»⁷. Pues, si se parte de la base de que el partícipe (sólo) contraviene una norma de comportamiento distinta de aquella en cuyo quebrantamiento consiste el delito perpetrado por el autor, entonces las distintas formas de partici-

² PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 461.

³ PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 461.

⁴ Véase MAÑALICH, 2014, pp. 71 ss., 86 ss.

⁵ BLOY, 1985, p. 191.

⁶ Al respecto, y críticamente, PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 458 ss.

⁷ BLOY, 1985, p. 187.

pación ya no admitirían ser entendidas como causas de ampliación de la punibilidad, y más precisamente: como fundamentos para la ampliación de una punibilidad que esté referida al quebrantamiento, imputable al autor, de la norma en cuestión⁸.

La crítica de Bloy parece acertada. Si el partícipe perpetra su «propio» delito a través de la posibilitación o el favorecimiento del «hecho principal», entonces ello no puede sino significar que él es autor de *su* delito de participación. La pregunta es, empero, si acaso esto constituye algo distinto de una *contradictio in adjecto*. Si el partícipe es autor de su propio delito, entonces no es comprensible, sin más, en qué sentido él pudiera seguir viniendo en consideración como un «partícipe».

Frente a la crítica de Bloy, Renzikowski observa que la afirmación de que, por esa vía, la participación se convertiría en autoría de un «delito de participación» diferenciado se reduciría a «una cuestión de terminología»⁹. Según Renzikowski, la objeción de Bloy debería verse debilitada por la consideración de que, en el presente contexto, la expresión «causa de ampliación de la punibilidad» meramente apuntaría a «que el concepto restrictivo de autor no incorpora las formas de participación», de manera tal que estas «solo pueden ser penadas si su punibilidad está expresamente indicada por la ley»¹⁰. Esta toma de posición es consistente con la concepción de un delito diferenciado de participación, favorecida por Renzikowski, de acuerdo con la cual la accesoriidad de la participación no tendría otra función que la de restringir «la punibilidad de la trasgresión [*Verletzung*] de normas de comportamiento independientes, aplicables al partícipe»¹¹.

Según Renzikowski, el comportamiento del partícipe contravendría una norma distinta de aquella que fundamenta la ilicitud del comportamiento imputable al autor. El quebrantamiento de semejante «norma de comportamiento de partícipe», que exhibiría la estructura de una prohibición de una puesta en peligro¹², sería completamente independiente de «si el autor efectivamente perpetra el delito»¹³. Así, solo la punibilidad del comportamiento del partícipe, y no su ilicitud, «depende[ría] de la perpetración del hecho principal», que por ello contaría, exclusivamente, como una «condición de punibilidad autónoma de la participación»¹⁴. Más precisamente, la

⁸ BLOY, 1985, p. 252.

⁹ RENZIKOWSKI, 1997, p. 137.

¹⁰ RENZIKOWSKI, 1997, p. 137.

¹¹ RENZIKOWSKI, 1997, p. 137.

¹² Véase RENZIKOWSKI, 1997, pp. 127 ss.

¹³ RENZIKOWSKI, 1997, p. 131.

¹⁴ RENZIKOWSKI, 1997, p. 131.

norma de comportamiento quebrantada por el partícipe debería ser concebida como una prohibición de poner en peligro el mismo bien jurídico susceptible de ser menoscabado a través del hecho principal. Pues el comportamiento del partícipe crearía «los presupuestos para el hecho principal», mientras que, por su parte, el comportamiento constitutivo del hecho principal estaría prohibido «en virtud de la lesión del bien jurídico» que le sería ínsita¹⁵. La función del hecho principal como mera condición de la punibilidad del correspondiente delito de participación se fundaría en que la perpetración del hecho principal confirmaría «el potencial de peligro de la acción de participación»¹⁶.

Sin embargo, tal concepción de la participación como un delito de peligro autónomo se basa en la muy problemática premisa de que el hecho principal, imputable al autor, siempre tomaría la forma de un delito de lesión. Tendría que ser claro, empero, que esta suposición no es plausible: si el autor contraviene una norma de comportamiento que protege el bien jurídico en cuestión frente a un peligro abstracto, entonces no es especialmente esclarecedor sugerir que el injusto del comportamiento del partícipe, susceptible de ser distinguido del injusto del hecho principal, consistiría en una puesta en peligro referida a ese peligro abstracto. Esto debería contar como un indicador de las dificultades constructivas a las que uno se enfrenta cuando —en palabras de Vogel— la fundamentación de la significación jurídico-penal de la participación es tratada como «una cuestión [acerca] del contenido y de la legitimación de la norma», en vez de ser tratada como una pregunta de imputación¹⁷.

El mismo problema se deja atisbar desde una perspectiva distinta, que concierne al núcleo conceptual de lo que se entiende por «participación». Si, en el nivel de las normas de comportamiento, la participación es definida «independientemente del hecho principal», entonces, y como observa Bloy, no puede negarse «la proximidad [que esto tiene] con la doctrina de la autoría unitaria»¹⁸. Frente a esto, sin embargo, Renzikowski observa que sería «evidente» que su concepción de un delito de participación de ninguna manera conduciría «al sistema del autor unitario»¹⁹. Al respecto sería decisivo el hecho de que, en los términos de su modelo de intervención, se seguiría distinguiendo entre autores y partícipes. Si la autoría es «un problema del objeto de

¹⁵ RENZIKOWSKI, 1997, p. 130 ss.

¹⁶ RENZIKOWSKI, 1997, p. 131.

¹⁷ VOGEL, 1993, pp. 81 ss., 84 ss.

¹⁸ BLOY, 1985, p. 185.

¹⁹ RENZIKOWSKI, 1997, p. 137, nota 351.

las normas de comportamiento de autor»²⁰, entonces la participación debería ser, *mutatis mutandis*, un problema del objeto de las normas de comportamiento de partícipe.

Es manifiesto, sin embargo, que tal conceptualización resulta ser viciosamente circular. Pues, si por «autoría» y «participación» se entiende el estatus de un comportamiento respectivamente consistente en la contravención de una «norma de comportamiento de autor» o una «norma de comportamiento de partícipe», entonces, en ambos casos, el *definiendum* figura como un componente del *definiens*. Y si no se dispone de un criterio independiente para distinguir entre normas de comportamiento de autor y de partícipe, entonces la distinción deviene vacía. En efecto, si uno postula semejantes normas de comportamiento de partícipe, entonces la relación existente entre el «partícipe» y la norma que se vería autónomamente quebrantada por el comportamiento de aquel sería idéntica a la relación existente entre el «autor» y la norma aplicable al comportamiento de este último. Dicho de otro modo: si es concebible un delito de participación, consistente en la contravención imputable de una norma de comportamiento de partícipe, entonces tal «partícipe» no puede ser sino el autor de ese delito de participación.

Un modelo de intervención de esta índole no es, en lo absoluto, un modelo diferenciador de una multiplicidad de formas de intervención. Antes bien, tal modelo reconoce *una única especie de responsabilidad* por el delito del que se trate, a saber: una que se basa en la imputación del respectivo comportamiento antinormativo como hecho propio²¹. Así, tal modelo no representa más que una cierta estrategia para la *individuación* de normas punitivamente reforzadas, que no deja espacio conceptual alguno para la admisión de una participación *en el* delito, precisamente porque la participación está siendo concebida *como* delito. De ahí que en referencia a semejante modelo de intervención sea enteramente apropiada la caracterización crítica que Küper ofreciera del enfoque, similarmente orientado, elaborado por Stein, el cual se centra en el diferente grado de «perentoriedad» (*Dringlichkeit*) que exhibirían las respectivas normas de comportamiento²². Según Küper, aquí se trataría «no solo de una doctrina del delito “autónomo” de partícipe o interviniente, sino derechamente de una “doctrina de autor unitario”»²³.

²⁰ RENZIKOWSKI, 1997, p. 134.

²¹ Para una crítica próxima a la así sugerida, en referencia directa al planteamiento de Peñaranda, véase MARAVER GÓMEZ, 2005, pp. 651 ss., 656 ss.

²² Véase STEIN, 1988, pp. 221 ss.

²³ KÜPER, ZStW, 1993, p. 472.

III. LA FALTA DE ANTINORMATIVIDAD DE LA PARTICIPACIÓN

Si se quiere mantener la distinción tradicional entre la autoría y la participación *qua* formas de intervención, entonces es necesario fundar esa distinción en premisas normológicas divergentes. La pregunta crítica atañe a la admisibilidad de una concepción de la participación según la cual el partícipe sea responsabilizado, de una manera compatible con el principio de culpabilidad, por la trasgresión de la norma en cuyo quebrantamiento consiste el hecho principal, a pesar de que su propio comportamiento no es antinormativo bajo esa misma norma. De ello depende la plausibilidad de lo que cabe llamar la estructura «propriadamente accesoria» de la participación: la dependencia de la significación jurídico-penal del comportamiento del partícipe respecto de la trasgresión ajena de una norma, que justamente *no* es imputable al partícipe como hecho propio, tiene que ser explicada en consideración a la relación en la cual su propio comportamiento ha de encontrarse con la norma situacionalmente «dirigida» al potencial autor.

Para explicar qué pudiera significar esto último, puede ser conveniente examinar dónde radica, según Beling, la falta de independencia de las formas de participación. Más específicamente, podemos recurrir a su caracterización de la inducción y la complicidad como formas de comportamiento «dependientes», cuya realización quedaría «referida al tipo» (*tatbestandsbezogen*), mas sin ser «adecuada al tipo» (*tatbestandsmäßig*)²⁴. Aquí es importante no perder de vista que Beling adoptaba un concepto *estricto* de tipo de delito, al que no se ajusta el uso más bien promiscuo del término «tipo» que prevalece en el discurso doctrinal contemporáneo²⁵. Según Beling, por «tipo» hay que entender una descripción abstracta legalmente fijada, de cuya satisfacción (semántica) depende que un comportamiento concreto exhiba relevancia jurídico-penal como instancia de la correspondiente especie de delito²⁶. Si se parte del concepto belingiano de tipo, entonces debería ser claro que el comportamiento de un partícipe no es adecuado al tipo, por cuanto ese comportamiento caería, más bien, en la «zona exterior» del tipo. Dicho con mayor exactitud: «en la zona exterior cae aquel actuar» que recién en conexión con una «acción complementaria» llega a exhibir alguna «coloración típica» (*tatbestandliche Färbung*) en lo absoluto, lo cual implicaría que, ya conceptualmente, el actuar del inductor o del cómplice está «necesitado de complemento» (*ergänzungsbedürftig*) y «por sí solo no [se presenta] como realización del tipo»²⁷.

²⁴ BELING, 1930, pp. 7 ss.

²⁵ Véase KINDHÄUSER, 2021, pp. 729 ss.

²⁶ BELING, 1906, pp. 20 ss., 110 ss.; BELING, 1930, pp. 3 ss.

²⁷ BELING, 1906, pp. 250 ss.

Por esta vía aún no hemos ubicado el problema en el nivel de la norma de comportamiento en cuestión. Esto se debe a que la categoría belingiana de tipo pertenece, antes bien, al nivel de las normas de sanción, desde ya porque el tipo correspondiente no es sino una abstracción que se deja extraer de las condiciones (internas) de aplicación de una o varias «leyes penales»²⁸. Para situar la pregunta aquí relevante en el nivel de la respectiva norma de comportamiento, podemos echar mano a la idea fundamental de Binding: si el «delito genérico» (*Gattungsdelikt*) del que se trate consiste en la «contravención de una y la misma norma» sobre la cual es construido el «crimen genérico» (*Gattungsverbrechen*) penalizado por la correspondiente ley penal²⁹, entonces el tipo de ese delito genérico representa la formulación contradictoria de la respectiva norma primaria de comportamiento³⁰.

Sobre la base de esta relación de correspondencia, la observación de Beling, ya considerada, puede ser reformulada así: si bien el comportamiento del partícipe no es «disconforme» con la norma, en cuanto no satisface el tipo del delito genérico en cuestión, ese comportamiento se deja caracterizar, no obstante, como «referido a la norma», en cuanto se ve especificado a través de una determinada relación con el comportamiento imputable al autor, el cual a su vez realiza o –tratándose de una tentativa– habría podido realizar el tipo del respectivo delito genérico³¹. Esta específica relación con el comportamiento antinormativo en cuestión, que es distintiva de la correspondiente forma de participación según el esquema propio de esta, tendría que fundamentar la imputación de la realización del tipo en cuestión, como hecho ajeno, al partícipe.

Los lineamientos centrales del enfoque esbozado hasta aquí fueron presentados, hace ya un par de décadas, por Joachim Vogel. Según este, la inducción y la complicidad, *qua* formas de participación, no son sino estructuras de imputación³². A diferencia de Bloy, Vogel explícitamente rechazaba el tópico del llamado «dominio del hecho» como criterio plausible para la distinción entre autoría y participación. Se trataría, más bien, de diferenciar la responsabilidad directa del autor por la no-evitación del hecho que –por ello– le es imputable, por un lado, frente a la responsabilidad mediada –y, por tanto, accesorariamente configurada– del partícipe por la falta de evitación del hecho por parte del autor, por otro³³. Para ello, Vogel recurría a una distinción que Kind-

²⁸ BELING, 1906, pp. 113 ss.

²⁹ BINDING, 1885, pp. 504 ss.; también BINDING, 1922, p. 190.

³⁰ Véase BINDING, 1922, pp. 42 ss. Al respecto, KINDHÄUSER, 1989, p. 29; MAÑALICH, 2009, pp. 24 ss.

³¹ Para una clarificación, desde la teoría de las normas, de la estructura de la tentativa punible, véase MAÑALICH, *RChD*, 2017, pp. 461 ss., 467 ss.

³² VOGEL, 1993, pp. 80 ss.

³³ Véase VOGEL, 1993, pp. 84 ss., 86 ss.

häuser ha hecho aprovechable para la teoría de la imputación jurídico-penal, a saber: la distinción (lógica) entre acciones principales y auxiliares³⁴. Por «acción auxiliar» puede entenderse una acción cuya ejecución u omisión posibilita o favorece que otra acción sea ejecutada u omitida. Esta última acción cuenta, entonces, como la correspondiente «acción principal», a la cual se encuentra referida la respectiva acción auxiliar. Esto tendría que hacer reconocible que la identificación de una acción cualquiera como principal o auxiliar es siempre «dependiente de la descripción», o más precisamente dicho: relativa a una descripción que fija su relación con alguna otra acción, según cómo sea descrita, a su vez, esta última.

De la mano de esta distinción es posible fundamentar la siguiente tesis dual: (1) alguien es responsable como autor de un delito si, y sólo si, a él es imputable la ejecución u omisión de la respectiva acción principal, prohibida o requerida por la norma en cuestión, como un hecho propio; (2) como partícipe viene en consideración, en cambio, alguien a quien el hecho es imputable, como hecho ajeno, en virtud de la ejecución u omisión de una acción auxiliar, a través de la cual el hecho principal se ve posibilitado o favorecido. En palabras de Kindhäuser, la responsabilidad a título de participación presupone «una ampliación del círculo de deberes primarios hacia deberes secundarios, cuyo objeto es el aseguramiento de las obligaciones primarias»³⁵. Si por «deber» se entiende, a su vez, la posición en la cual se encuentra una persona cuando ella resulta vinculada por la norma de comportamiento en cuestión³⁶, entonces puede decirse que el autor infringe el «deber primario» de evitar el menoscabo del bien jurídico protegido por la norma, mientras que el partícipe (únicamente) infringe el «deber secundario» de evitar que otro sea «llevado» a, o «apoyado» en, «infringir su deber (primario)»³⁷. Con ello se obtiene un aparato conceptual adecuado para reconstruir con mayor precisión la afirmación de Beling en cuanto a que «la participación accesoria consiste, por principio, en la ejecución de una acción preparatoria o colateral»³⁸.

³⁴ Véase KINDHÄUSER, 1989, pp. 62 ss.; también KINDHÄUSER, 2021, pp. 1299 ss.

³⁵ KINDHÄUSER, 2021, p. 1287.

³⁶ Véase MAÑALICH, 2025, pp. 26 ss., 39 ss.

³⁷ KINDHÄUSER, 2021, p. 1287.

³⁸ BELING, 1906, pp. 422 ss. Que Beling tuviera por autoevidente que el comportamiento del partícipe sería «antijurídico», carece de importancia en el presente contexto. Pues él en todo caso partía de la base de que esa antijuridicidad sería la del hecho principal: «aquel que brinda participación a otro en pos de su crimen [estaría] sin más en el [plano del] injusto», lo cual significaría que «la antijuridicidad del hecho principal del autor repercute en la antijuridicidad de la participación»; así, *ibid.*, p. 424. Frente a lo enfatizado por PEÑARANDA, 2015, p. 452, quien a este respecto se apoya en las disquisiciones de Beling acerca de la antijuridicidad de las acciones preparatorias eventualmente ejecutadas por el autor mismo del posterior hecho principal –véase BELING, 1906, pp. 346 ss.–, lo anterior de todas for-

Contra el planteamiento desarrollado por Kindhäuser y Vogel, sin embargo, Renzikowski ha esgrimido una objeción que, a primera vista al menos, parece tener peso. Dado que, según ese planteamiento, «la acción auxiliar no es antinormativa, tampoco puede haber un deber de omitir la acción auxiliar en virtud del reconocimiento de una norma como razón para la acción», lo cual arrojaría que «[l]a imputación del quebrantamiento ajeno de una norma [...] queda así en el aire»³⁹. En lo que sigue quisiera ofrecer una respuesta a la objeción de Renzikowski, que debería obtenerse de la clarificación de cómo es posible en lo absoluto que alguien sea prácticamente desafiado o interpelado a través de una norma de comportamiento *qua* razón para la acción⁴⁰, a pesar de que su comportamiento no sea interpretable como una contravención de esa misma norma.

IV. LA VINCULACIÓN SECUNDARIA DEL PARTÍCIPE

La tesis de que la base para la imputación de la respectiva realización (no justificada) del tipo, como hecho ajeno, al partícipe consiste en la infracción de un deber secundario no admite ser confundida con la proposición, hecha valer por Jakobs, de que el hecho principal sería imputable al partícipe, como hecho *propio*, sobre la base de la «infracción de una incumbencia»⁴¹. Que en este contexto Jakobs mismo observe que aquí no se trataría, sin embargo, de una imputación «extraordinaria», sino de una imputación «ordinaria»⁴², es indicativo de que el aparato conceptual por él escogido para articular su posición quizá no sea el más afortunado.

Según Jakobs, a través de la infracción de la incumbencia aquí relevante, el partícipe se pondría «en una posición en la cual él no [podría] distanciarse del injusto realizado posteriormente», al haber él «llevado adelante las preparaciones necesarias para su realización»⁴³. Esto es difícilmente conciliable, empero, con la función de imputación atribuible a la infracción de una incumbencia, en la medida en que se parta de un concepto no trivial de incumbencia. Pues dicha función consiste en que la infracción de la correspondiente incumbencia se

mas implica que, «considerado aisladamente», el comportamiento del partícipe no resulta antijurídico bajo la norma en cuestión.

³⁹ RENZIKOWSKI, 1997, p. 40.

⁴⁰ Acerca de las normas de comportamiento como desafíos simbólicos para la acción, véase VON WRIGHT, 1983, pp. 53 ss.

⁴¹ JAKOBS, 2014, pp. 15 ss., 18 ss.

⁴² JAKOBS, 2014, p. 18.

⁴³ JAKOBS, 2014, p. 18.

presenta como un criterio para la subrogación de una base de responsabilidad faltante, cuando esta última ha sido neutralizada al configurarse algún «fundamento de exoneración» (*Entlastungsgrund*)⁴⁴. Sin embargo, un presupuesto pragmático de lo anterior consiste en que, siquiera provisionalmente, algún «fundamento de responsabilización» (*Belastungsgrund*) haya venido en consideración, de manera tal que se presentara un contexto apropiado para tematizar la configuración del correspondiente fundamento de exoneración. Ello priva de plausibilidad a la postulación de la infracción de una incumbencia como la base *originaria* para una responsabilidad a título de participación. Si la imputación del hecho principal al partícipe necesita quedar internamente conectada con la infracción de un deber, entonces –pace Jakobs– el deber en cuestión no puede consistir en «un deber respecto de uno mismo».

Una exposición temprana del modelo de una obligación secundaria del partícipe bajo la norma quebrantada por el autor aparece explícitamente en la fundamentación de la posible participación de un *extraneus* en un delito especial, ofrecida por Nagler⁴⁵. En su monografía *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, publicada en 1903, Nagler afirma la posibilidad de que el *extraneus* que ha colaborado «en la perpetración de un *delictum proprium*» se ponga a sí mismo «en conflicto con los imperativos del legislador»⁴⁶. La dificultad dogmática que ello suscita consiste en que, según Nagler, la «esencia del crimen especial [*Sonderverbrechen*]» radicaría en que «el ordenamiento jurídico pon[ga] en vigor sus requerimientos y prohibiciones únicamente para determinados grupos de personas, más precisamente designados», de lo cual tendría que seguirse «que terceras personas no [sean] alcanzadas en lo absoluto por estos preceptos especiales [*Sondervorschriften*]»⁴⁷. El tratamiento que Nagler daba al problema se funda en la idea de que la estructura de una norma de comportamiento especial determinaría «que, primariamente, solo quienes pertenecen a esos círculos especiales [queden] vinculados» por ella⁴⁸. Según Nagler, esta afirmación

⁴⁴ Al respecto, MAÑALICH, 2009, pp. 67 ss., con referencias ulteriores.

⁴⁵ Véase NAGLER, 1903, pp. 89 ss., 104 ss., 113 ss.

⁴⁶ NAGLER, 1903, p. 114.

⁴⁷ NAGLER, 1903, p. 113.

⁴⁸ NAGLER, 1903, p. 114. Acerca del correspondiente concepto de norma especial, véase *ibid.*, pp. 18 ss.; también BINDING, 1922, p. 126 ss. En detalle al respecto, MAÑALICH, *Pol. Crim.*, 2019, pp. 357 ss., 361 ss.; más recientemente, BELMAR, 2025, pp. 41 ss. Contra lo sostenido por LEIVA, *Pol. Crim.*, 2024, pp. 321 ss., nota 77, ninguna circularidad afecta a la conceptualización de los delitos especiales («propios») como delitos consistentes en el quebrantamiento de normas especiales, conceptualización que descansa en la enunciación de una relación de implicación, cuando esa conceptualización es acompañada de la explicitación de que, en virtud de esa misma relación de implicación, una norma especial es una norma cuyo quebrantamiento consiste en un delito especial. Por esta vía, el concepto de norma especial puede ser *definido* sin referencia al concepto de delito especial, mientras que, por el contrario, el concepto de delito especial es «definido» por referencia al concepto de norma especial, sin que ello vuelva impropio «carac-

no se opondría a que, al tomar parte un *extraneus* «en el hacer criminal de una persona (primariamente) vinculada», el ordenamiento jurídico pretenda poner el actuar del primero «bajo sus órdenes», con lo cual surgiría para él un «deber secundario-general de obediencia» (*allgemeine sekundäre Gehorsamspflicht*), distinto del «deber principal-especial de obediencia» (*spezielle prinzipale Gehorsamspflicht*) que la norma impondría sobre el *intraneus*⁴⁹.

La tesis de Nagler ha tendido a ser tergiversada. Así, por ejemplo, Beling sugería que, aunque alcanzando la conclusión correcta, la línea argumental de Nagler sería «innecesariamente complicada», por cuanto este habría postulado, detrás de la norma aplicable al *intraneus*, «una “norma secundaria” aplicable a todos»⁵⁰. En la misma dirección, Stein observa que, a pesar de partir asumiendo «una norma obligatoria únicamente para el intraneus», Nagler en definitiva habría recurrido a normas «secundarias» que estarían «dirigidas al interviniente extraño» para eludir aquella restricción inicial⁵¹. De esta manera, sin embargo, la solución presentada por Nagler se ve íntegramente distorsionada. Pues en su argumentación aparece una caracterización explícita de las normas de comportamiento cuya contravención puede ser constitutiva de un delito especial (propio) como «preceptos que en primera línea solo se dirigen a específicas clases de personas», a los cuales, empero, el legislador «acompañar[ía] la tendencia general de proscribir, al mismo tiempo, cualquier contribución a un emprendimiento criminal idóneo»⁵². Por ello afirma él, en el mismo contexto, lo siguiente: «En la medida en que los sujetos jurídicos capaces de delinquir [*deliktsfähige Rechtgenossen*] no están ya, de este modo, directamente obligados por los preceptos legales, aquellos resultan al menos secundariamente –es decir, bajo el presupuesto de la autoría de un [individuo] primariamente obligado– vinculados por ellos»⁵³.

Dicho de otra manera: Nagler explícitamente arranca de la premisa de que *la misma* norma de comportamiento que fundamenta el deber primario en cuya infracción se sustenta la responsabilidad del autor de un delito especial fundamentaría, también, el deber secundario en cuya infracción reposa la responsabilidad del partícipe *qua* «extraño». Pienso que la razón principal por la que esta

terizar» una norma especial como una norma cuyo quebrantamiento se corresponde con un delito especial. De ahí que la objeción de Leiva pase por alto la diferencia lógica existente entre definir un concepto, por un lado, y caracterizar de cierta manera –con base en esa definición– aquello que cabe bajo el mismo concepto, por otro.

⁴⁹ NAGLER, 1903, p. 114.

⁵⁰ BELING, 1906, p. 425, nota 2.

⁵¹ STEIN, 1988, p. 211, nota 10.

⁵² NAGLER, 1903, p. 115.

⁵³ NAGLER, 1903, p. 115.

tesis suele ser o bien malinterpretada, o bien tenida por problemática en grado sumo, radica en su anclaje en una concepción imperativista de las normas de comportamiento⁵⁴, que Nagler tomó de Binding⁵⁵. Pues, si semejante norma es entendida como una «orden» (*Befehl*), entonces no es fácil explicar cómo de la orden, pretendidamente dirigida al *intraneus*, de no hacer X sería derivable la obligación secundaria del *extraneus* en cuanto a no contribuir a que un *intraneus* haga X⁵⁶. Para volver plausible la tesis de la obligación secundaria del partícipe, necesitamos partir de un concepto no imperativista de norma, bajo el cual una norma de comportamiento no sea identificada con una orden, sino con una razón para la acción jurídicamente validada⁵⁷. Si por esta vía uno logra explicar cómo una norma especial, que solo puede ser trasgredida por un *intraneus*, es asimismo capaz –aunque derivativamente– de vincular a un *extraneus*, entonces con ello tendría que volverse explicable cómo una norma «general» también puede fundamentar un deber secundario de no contribuir a la infracción de un deber primario fundamentado por esa misma norma⁵⁸.

V. LA NORMA DE COMPORTAMIENTO COMO «RAZÓN ATENCIONAL» PARA EL PARTÍCIPE

Como punto de partida, cabe tomar prestado el análisis, ofrecido por Raz, de las normas jurídicas de requerimiento y prohibición como «razones protegidas» para la acción. De acuerdo con esto, una norma tal representa tanto una razón (de primer orden) para hacer o no hacer X, como una razón (de segundo orden) para no considerar ulteriores razones a favor o en contra de hacer o no hacer X⁵⁹. De ello se sigue que la conformidad o disconformidad de un comportamiento con la norma en cuestión ha de ser estrictamente distinguida del seguimiento o no-seguimiento de la norma a través del respectivo comporta-

⁵⁴ Críticamente al respecto, KINDHÄUSER, 2021, pp. 741 ss. Más pormenorizadamente sobre ello, a partir de la reconstrucción del imperativismo como la variante mejor conocida de una (problemática) concepción «expresiva» de las normas, MAÑALICH, 2025, pp. 159 ss., 171 ss.

⁵⁵ BINDING, 1885, pp. 155 ss.; también BINDING, 1922, pp. 42 ss., 51 ss.

⁵⁶ Para una muestra de la íntegra renuncia a problematizar, a propósito de la valoración del planteamiento de Nagler, la conceptualización imperativista de las normas de comportamiento y, con ello, de las normas cuya contravención puede ser constitutiva de un delito especial, véase LEIVA, *Pol. Crim.*, 2024, pp. 315 ss., 322 ss.

⁵⁷ Véase KINDHÄUSER, 2021, pp. 453 ss.; latamente al respecto, MAÑALICH, *RphZ*, 2022, pp. 407 ss., 425 ss., en inmediata referencia a la conceptualización raziana de las normas obligantes como «razones protegidas».

⁵⁸ Una implicación de lo cual sería, frente a lo planteado en MAÑALICH, 2014, p. 88, nota 276, validar como no sospechosa la fundamentación de tal deber secundario; así, MAÑALICH, 2009, pp. 127 ss.

⁵⁹ RAZ, 1990, pp. 73 ss., 190 ss.; al respecto, MAÑALICH, *RphZ*, 2022, pp. 411 ss.

miento⁶⁰. Mientras que la conformidad o disconformidad con la norma depende únicamente de si el comportamiento en cuestión satisface una descripción que lo haga ser concordante o no con el contenido conceptual de la norma, el seguimiento o no-seguimiento de la norma depende, más bien, de la actitud hacia la norma expresada a través del comportamiento evaluado. Un comportamiento conforme con la norma que, sin embargo, haya estado motivado por una razón que figura entre las razones excluidas por la norma en cuestión no es expresivo de un seguimiento de la norma. De ahí que una norma de comportamiento solo resulte seguida cuando ella es eficazmente reconocida como una razón vinculante para la acción, lo cual quiere decir: cuando ella aparece ocupando el rol de la premisa mayor de un silogismo práctico, de modo tal que su invocación haga posible la racionalización –en el sentido de una explicación teleológica– del comportamiento en cuestión.

Si el seguimiento de una norma de comportamiento consiste en su reconocimiento como una razón vinculante para la acción, entonces no puede ser tal norma la que determine los presupuestos y el alcance de la vinculación personal a la norma. En palabras de Kindhäuser: «La norma misma no dice en qué medida un destinatario está vinculado a ella y bajo qué condiciones él ha de responder jurídico-penalmente por un déficit de reconocimiento, dotado de eficacia para la acción, de su vinculatoriedad [*Verbindlichkeit*]»⁶¹. Por ello, tanto los criterios de la vinculación personal del destinatario a la norma, por un lado, como los criterios de la responsabilidad personal por el desconocimiento de la vinculatoriedad de la norma, por otro, tienen que ser reconstruidos en el nivel de las normas de sanción, que es justamente el nivel en el cual han de ser localizadas las reglas de imputación que fijan esos criterios⁶².

Que el sistema jurídico del que se trate penalice determinadas formas de participación en un hecho ajeno, es indicativo de que, a pesar de que el correspondiente comportamiento antinormativo no le sea imputable como hecho propio, del partícipe se espera que también él reconozca la norma en cuestión como una razón vinculante. A diferencia de la expectativa referida al potencial autor, empero, respecto del partícipe no se trata de la expectativa de que él reconozca el correspondiente requerimiento o la correspondiente prohibición como una razón para hacer o no hacer aquello que la norma requiere o prohíbe, sino más bien de la expectativa de que él reconozca tal norma como una razón para no posibilitar o favorecer el comportamiento antinormativo de otro agente.

⁶⁰ MAÑALICH, *RphZ*, 2022, pp. 419 ss., 423 ss.

⁶¹ KINDHÄUSER, 2021, p. 453.

⁶² KINDHÄUSER, 2021, pp. 453 ss.

Este entendimiento de la significación jurídico-penal de la participación fue expuesto, con especial claridad, por John Gardner. Para ello, Gardner recurría a la distinción entre considerar la respectiva razón para la acción (sólo) como una «razón para la conformidad» o (también) como una «razón para la atención»⁶³. Supóngase que alguien ha prometido a otra persona hacer algo determinado. Al respecto, Gardner nos dice lo siguiente:

«Mi promesa crea un deber para mí que sólo yo puedo cumplir. [...] Como sea que interpretemos la promesa, hay alguna clase de acción consistente en honrar la promesa que me corresponde ejecutar [...]. Si no hago esto, la promesa no fue honrada, y el deber que ella creó no fue cumplido. Así, entonces, la razón que me da mi promesa [...] es, como diré, “personal con respecto a la conformidad”. Gracias a mi promesa hay una razón en conformidad con la cual puedo actuar. Lo que no se sigue [de ello] es que la razón también sea “personal con respecto a la atención”, que sólo yo deba sentir la fuerza de la razón en mi razonamiento práctico. Por el contrario, puede ser que todos deban prestar a mi razón la misma atención racional que yo. [...] En principio, ellos podrían hacer esto por la vía de animarme a honrar mi promesa, o de facilitarme, recordarme, coaccionarme, etc. [a que lo haga]. Hay muchas maneras posibles para que otras personas presten a mi razón toda la atención que merece, asumiendo que la razón es impersonal con respecto a la atención. El único límite de principio a lo que ellos pueden hacer para ayudarme es que ellos no pueden, en efecto, honrar la promesa por mí. Pues, para reiterarlo, mi razón para honrar mi promesa es personal con respecto a la conformidad»⁶⁴.

Según Gardner, que la respectiva razón para la acción sea personal o no, depende de si la razón es «relativa al agente» o, en cambio, «neutral en cuanto al agente». Debería ser claro, con todo, que las normas de comportamiento punitivamente reforzadas nunca son, *stricto sensu*, relativas al agente, por cuanto ellas exhiben, *qua* razones públicas, una pretensión de validez generalizada⁶⁵. Sin embargo, esto deja intacto el hecho de que una norma de comportamiento puede ser relativa al *status* o a la *situación* del agente del que se trate: sólo quien ostenta el estatus de juez puede comportarse en disconformidad con la norma en cuya contravención consiste una prevaricación judicial; y sólo quien se encuentra en una situación que le brinda una oportunidad para destruir la vida de otro ser humano puede comportarse en disconformidad con la norma en cuya contravención consiste un homicidio⁶⁶.

⁶³ GARDNER, 2007, pp. 62 ss.

⁶⁴ GARDNER, 2007, p. 62.

⁶⁵ Véase MAÑALICH, 2024, pp. 133 ss., 148 ss., con referencias ulteriores.

⁶⁶ Acerca del concepto de «oportunidad para la acción», véase VON WRIGHT, 1963, pp. 37, 42 ss., 45 ss.

Desde este punto de vista, y de acuerdo con la crucial observación de Peñaranda, no hay diferencia alguna en la «distancia» que separa al *extraneus* del hecho principal, constitutivo del respectivo delito especial, y la «distancia» que en general separa a todo partícipe del hecho imputable como propio a su autor o a sus coautores, según corresponda, también cuando se trata de un eventual delito común⁶⁷. Pues, en uno y otro contexto, el comportamiento desplegado por el partícipe no resulta, por sí mismo, «desafiado» por la razón en la que consiste la norma de cuya posible trasgresión se trata. Quienes desconocen esto último se comprometen, aunque sea sin notarlo, con un modelo unificador de las formas de intervención en el hecho punible a propósito de la reconstrucción del quebrantamiento de la correspondiente norma de comportamiento⁶⁸, como lo es el modelo tradicionalmente asociado al llamado «concepto unitario de autor»⁶⁹.

En los términos de Gardner, semejante relatividad al estatus o a la situación del agente únicamente concierne al modo en el cual la respectiva norma de comportamiento representa una razón «para la conformidad», lo cual no zanja cómo deba ser respondida la pregunta de si esa norma tendría que mostrar la misma relatividad cuando ella viene en consideración como una razón «para la atención». Según Gardner, la respuesta tendría que ser negativa, lo cual se obtendría de un entendimiento de la diferenciación de la autoría (*principalship*) y la participación (*complicity*) de acuerdo con el cual esa diferenciación está enraizada en la estructura misma de la «agencia racional». En sus propias palabras:

«Yo soy responsable de lo que yo hago y tú eres responsable de lo que tú haces. Pero desde cualquier visión creíble, yo tengo que prestar atención, en lo que hago, a lo que tú harás en consecuencia. Y tú tienes que prestar atención, en lo que haces, a lo que yo haré en consecuencia. [...] Está lo que yo debería hacer *simpliciter*; y luego está lo que yo debo hacer a modo de contribución a lo que tú haces. Si fallo en lo primero, soy un autor [*a principal*]. Si fallo en lo segundo, soy un partícipe [*an accomplice*]. La perogrullada “yo soy responsable de mis acciones” no puede significar que yo sea responsable de mis acciones, sin consideración alguna a tus acciones. Pues mis propias acciones inevitablemente incluyen mis acciones contributivas a tus acciones»⁷⁰.

⁶⁷ *Supra*, secc. I.

⁶⁸ Así, por ejemplo, LEIVA, *Pol. Crim.*, 2024, pp. 325 ss., según quien «la norma “está prohibido matar” [...] admite su extensión a situaciones de participación en sentido estricto, en la medida en que se trata de una prohibición que rige respecto de todos y, por tanto, admite [*sic*] la proscripción de quien “induce” o “colabora” a matar».

⁶⁹ Al respecto, *supra*, secc. II.

⁷⁰ GARDNER, 2007, pp. 63 ss.

Así, la distinción entre autoría y participación se nos presenta como la distinción entre la responsabilidad de una persona que no ha reconocido la norma de comportamiento en cuestión como una razón para hacer o no hacer X *simpliciter*, por un lado, y la responsabilidad de una persona que no ha reconocido la misma norma de comportamiento como una razón para no contribuir a que alguna (otra) persona haga o deje de hacer X, por otro lado⁷¹. Esto significa que sólo al autor puede serle reprochada la falta de reconocimiento de la norma *qua* razón para un comportamiento concordante con la norma, mientras que el partícipe sólo puede ser alcanzado por el reproche de no haber reconocido la norma como una razón para ocuparse de que su propio comportamiento no posibilitara o favoreciera el comportamiento antinormativo de otro. Con esto se vuelve explicable lo que, de la mano de su conceptualización imperativista de las normas, Nagler no podía explicar, a saber: que «el deber de no habilitar [*befähigen*] a un intraneus para la infracción de su deber [...] no [presupone], por su parte, una posición jurídica especial», en la medida en que «el deber secundario del partícipe es distinto del [deber] primario del autor»⁷².

BIBLIOGRAFÍA

- BELMAR, Felipe: Normwidrigkeit und Zurechnung bei Sonderdelikten, Berlín, 2025.
 BELING, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen, Tubinga, 1906.
 — Die Lehre vom Tatbestand, Tubinga, 1930.
 BINDING, Karl: Handbuch des Strafrechts, Léipzig, 1885.
 — Die Normen und ihre Übertretung, tomo I, 4.^a ed., Léipzig, 1922.
 BLOY, René: Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlín, 1985.
 GARDNER, John: Offences and Defences, Oxford, 2007.
 JAKOBS, Günther: Theorie der Beteiligung, Tubinga, 2014.
 KINDHÄUSER, Urs: Gefährdung als Straftat, Fráncfort del Meno, 1989.
 — Analytische Strafrechtswissenschaft, dos tomos, Baden-Baden, 2021.
 KÜPER, Wilfried: *Ein neues Bild der Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 105, 1993.
 LEIVA, Alejandro: *Intervención de extranei en delitos especiales y el deber secundario de Nagler como fundamento de punición de los partícipes*, Política Criminal, vol. 19, núm. 37, 2024.
 MAÑALICH, Juan Pablo: Nötigung und Verantwortung, Baden-Baden, 2009.
 — Norma, causalidad y acción, Madrid, 2014.

⁷¹ Véase GARDNER, 2007, p. 66.

⁷² KINDHÄUSER, 2021, p. 1289.

- *La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica*, Revista Chilena de Derecho, vol. 44, núm. 2, 2017.
 - *Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo*, Política Criminal, vol. 14, núm. 27, 2019.
 - *Norms, Authority, and Practical Reason*, Rechtsphilosophie, núm. 4, 2022.
 - Estudios de filosofía del derecho penal. Volumen 1: La legitimación de la pena, Buenos Aires, 2024.
 - Estudios de filosofía del derecho penal. Volumen 2: Teoría de las normas y teoría de la imputación, Buenos Aires, 2025.
- MARAVÉ GÓMEZ, Mario: *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005.
- NAGLER, Johannes: *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Léipzig, 1903.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2.^a ed., Montevideo, 2015.
- RAZ, Joseph: *Practical Reason and Norms*, 2.^a ed., Oxford, 1990.
- RENIKOWSKI, Joachim: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübinga, 1997.
- STEIN, Ulrich: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín, 1988.
- VOGEL, Joachim: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993.
- VON WRIGHT, Georg Henrik: *Norm and Action*, Londres, 1963.
- *Practical Reason*, Oxford, 1983.

7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

MARIO MARAVER GÓMEZ
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

En materia de autoría y participación, el profesor Peñaranda Ramos parte de dos ideas fundamentales que ha ido desarrollando a lo largo de los años. La primera es que la diferenciación entre autoría y participación debe realizarse en el marco de la *teoría de la imputación objetiva*, entendida como teoría del tipo objetivo. La segunda es que dicha diferenciación ha de tomar como referencia los respectivos *ámbitos de responsabilidad* de quienes intervienen en la comisión del delito.

Así, en su monografía sobre la participación y el principio de accesoriedad, al plantearse cuál podría ser el fundamento dogmático de la afirmación –generalmente aceptada– de que no es autor de un homicidio quien se limita a entregar el arma con el que otro causa la muerte, Peñaranda alude a la posible *interrupción del nexo de imputación* que se produce por la mediación de una tercera persona responsable¹. En este sentido, sostiene también, en otro lugar, que los criterios que permiten delimitar la autoría y la participación son los mismos que sirven para determinar quién realiza el tipo penal; lo que a su vez requiere valorar si se puede imputar a alguien un delito como propio cuando entre su conducta y el resultado delictivo se interpone la actuación de otra persona². Considera que es dentro de la teoría de la imputación objetiva donde

¹ PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 288-290.

² 2003, p. 53.

hay que analizar si el hecho puede imputarse al ámbito de responsabilidad de un tercero y si deben aplicarse, en su caso, los preceptos que sancionan la «participación»³. Para ello, propone otorgar un carácter general al criterio de la «imputación a un ámbito de responsabilidad ajeno», siguiendo la línea de la antigua teoría de la prohibición de regreso⁴.

Desde que, hace ya bastantes años, el profesor Peñaranda dirigiera mi tesina sobre la teoría de la imputación objetiva –habiendo sido antes mi profesor de Derecho Penal Parte Especial–, estas ideas han ejercido una clara influencia en mis investigaciones y han ocupado un lugar destacado en el diálogo académico que he tenido la suerte de mantener con él todo este tiempo. En lo que sigue, como contribución al homenaje a mi antiguo profesor y hoy compañero, Enrique Peñaranda, quiero continuar ese diálogo ofreciendo, de manera resumida, algunas consideraciones generales sobre el tratamiento de la autoría y la participación en el marco de la teoría de la imputación objetiva. Es una muestra de aprecio personal y del deseo de seguir disfrutando de su afecto y magisterio muchos años más.

El trabajo se divide en dos partes. En la primera, se explica la forma en la que el principio de autorresponsabilidad y la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad puede fundamentar la tradicional teoría de la prohibición de regreso como criterio general para delimitar la autoría en el marco de la imputación objetiva (I). En la segunda parte, se hacen algunas observaciones sobre la imputación indirecta o accesorio que fundamenta la responsabilidad de los partícipes y sobre el diferente alcance que se le puede otorgar al principio de accesoriedad (II).

I. AUTORÍA Y PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La primera cuestión que suele abordarse en materia de autoría y participación es la de si el ordenamiento jurídico de referencia parte de un *sistema unitario* de autor, en el que todos los intervinientes en el delito son considerados igualmente autores, o de un *sistema dualista* –o de participación– en el que se establece una diferencia entre autores y partícipes. Si esta diferenciación, además, se realiza en términos cualitativos y se considera que sólo los autores cometen propiamente el delito, mientras que los demás intervinientes simplemente

³ 2003, pp. 84 y 91; 2025, nn.mm. 1418-1420.

⁴ 2020, p. 902.

participan en el delito cometido por los autores, el sistema se define como *restrictivo*, por oposición al *sistema extensivo* de autor, que admite la diferencia entre autores y partícipes, pero lo hace en términos cuantitativos⁵. Como se tendrá ocasión de señalar en la segunda parte de esta exposición, una de las principales implicaciones de esta última diferenciación se refiere al grado de accesoriidad o dependencia que se produce entre autores y partícipes, pues en el sistema restrictivo la responsabilidad de los partícipes se ve condicionada por determinadas cualidades que debe cumplir el hecho del autor⁶.

En un sistema restrictivo de autoría, como el que, en opinión de la doctrina mayoritaria, adopta el Código penal español, es fundamental, cuando intervienen varias personas, determinar quién realiza el delito a título de autor o –como dice nuestro homenajeado– a quién se le puede imputar objetivamente como obra propia la producción de hecho típico⁷. Es aquí donde cobra relevancia la *posible interrupción del nexo de imputación* y la definición de un criterio de imputación que delimite correctamente los *ámbitos de responsabilidad*.

La tradicional teoría de la *prohibición de regreso* formulada por Frank, que el profesor Peñaranda destacó en su momento por apuntar a una adecuada normativización de la tradicional teoría de la interrupción del nexo causal⁸ y que reivindica recientemente como criterio general de imputación⁹, parte de la afirmación de que no toda *condición* ha de verse necesariamente como *causa* del resultado¹⁰. Según Frank, existe una prohibición de regreso que impide definir como causas «las precondiciones de una condición que se ha dirigido libre y conscientemente (dolosa y culpablemente) a la producción del resultado»¹¹. La realización de tales *precondiciones*, observa Frank, sólo podrá dar lugar a una responsabilidad por participación cuando se den los presupuestos necesarios para ello¹².

En esa misma línea, varios autores han apelado posteriormente a la existencia de un *principio de autorresponsabilidad* que, por regla general, impide imputar a una persona lo que pasa a ser responsabilidad de un tercero. Junto a quienes conciben este principio de autorresponsabilidad como una expresión de la falta de *dominabilidad objetiva* de la conducta de los terceros, hay también quienes lo identifican con la necesaria *delimitación de ámbitos de responsabi-*

⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 117-118 y 333-348; REJ, 2008, pp. 13-14

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 337.

⁷ 2003, p. 155.

⁸ 1990, p. 290.

⁹ 2020, p. 902.

¹⁰ FRANK, 1931, p. 14.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

lidad, dando a entender que, en la medida en que el ordenamiento jurídico concibe a los terceros como seres libres y responsables a los que se asignan determinados deberes de actuación, cada uno ha de responder por principio de lo que se encuentre dentro de su ámbito de responsabilidad¹³.

El principio de autorresponsabilidad se convierte así en un *criterio de imputación* que resulta de especial utilidad cuando varias personas intervienen en la realización de un hecho delictivo; un criterio que responde a la valoración favorable que de entrada merece la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad. Se basa en un *esquema de regla/excepción* según el cual, por regla general, las relaciones con los terceros tienen *carácter negativo o descentralizado*, pero, excepcionalmente, pueden tener también un carácter positivo o centralizado. Del mismo modo que no existen solo deberes negativos de no lesionar, sino que también hay deberes positivos de evitar la lesión a los que, excepcionalmente, se les otorga la misma importancia, tampoco existe una absoluta relación negativa de ámbitos de responsabilidad, sino que pueden producirse también, excepcionalmente, relaciones positivas que permitan considerar obra de un sujeto lo que a su vez se encuentra en el ámbito de responsabilidad de un tercero. Lo importante es comprender, en todo caso, que las excepciones o limitaciones al principio de autorresponsabilidad se derivan fundamentalmente del tipo de relación que se mantiene con los terceros¹⁴.

Al hacer referencia al principio de autorresponsabilidad, hay que tener en cuenta, no obstante, que este principio puede ser interpretado de dos maneras diferentes: una en el sentido de que solo se debe responder de aquello que se encuentra en el propio ámbito de responsabilidad y otra en el sentido de que no se debe responder de lo que se encuentra en el ámbito de responsabilidad de un tercero. Aunque ambas interpretaciones parecen decir lo mismo, lo cierto es que la primera presenta el principio de autorresponsabilidad como la expresión de una teoría general de la imputación y la segunda lo convierte en un particular criterio de imputación. La primera, efectivamente, sirve para destacar que el juicio de imputación debe basarse en la oportuna delimitación del ámbito de responsabilidad, mientras que la segunda sirve para expresar la relación negativa o descentralizada que, por principio, se produce entre los diferentes ámbitos de responsabilidad¹⁵. Es la segunda interpretación la que más claramente permite identificar el principio de autorresponsabilidad con la *delimitación*

¹³ MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 202 ss. Una delimitación de ámbitos de responsabilidad que podría encontrar fundamento en la máxima *neminem laedere* y en la primacía con la que cuentan los deberes negativos de no lesionar en los ordenamientos jurídicos de carácter liberal (pp. 247-251).

¹⁴ MARAVER GÓMEZ, 2009, p. 251.

¹⁵ MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 238-240.

negativa de ámbitos de responsabilidad y con la tradicional teoría de la *prohibición de regreso*¹⁶.

Las distintas maneras de interpretar el principio de autorresponsabilidad pueden conducir también a diferentes maneras de entender la prohibición de regreso. Quienes adoptan la primera interpretación –centrada en la atribución del hecho delictivo a un ámbito de responsabilidad determinado– conciben la prohibición de regreso como el reverso del juicio de imputación; como una forma de expresar que, con independencia de la contribución o representación del sujeto, no se le imputa aquello que quede fuera de su ámbito de competencia (posición de garante)¹⁷. Por su parte, quienes enfatizan la relación negativa que por principio existe entre distintos ámbitos de responsabilidad entienden la prohibición de regreso, al modo de Frank, como una forma de descartar la relación de autoría cuando el hecho se puede imputar al ámbito de responsabilidad de un tercero¹⁸. El protagonismo que se otorga a la intervención de terceras personas a la hora de imputar el hecho delictivo es, por tanto, muy distinto en ambas concepciones. La primera se asocia con un concepto unitario o extensivo de autor, mientras que la segunda se vincula con un concepto restrictivo¹⁹. Priorizando aquí la segunda interpretación, aunque aceptando la necesidad de vincular la imputación a la determinación de un ámbito de responsabilidad o de competencia, puede afirmarse que el principio de autorresponsabilidad permite establecer una prohibición de regreso conforme a la cual, por regla general, se *delimita negativamente el ámbito de responsabilidad* y se excluye la *relación de autoría* cuando el hecho es o pasa a ser responsabilidad de una tercera persona²⁰.

Esta interpretación resulta especialmente relevante en el tratamiento de los delitos imprudentes, en donde tradicionalmente ha existido una mayor tendencia a mantener un concepto unitario de autor²¹. A pesar de que en estos delitos se ha intentado históricamente conceder especial relevancia a la mediación de terceras personas, los criterios desarrollados para delimitar en tales casos el deber de

¹⁶ Como afirma PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 186 y 284, «la distinción entre autoría y participación tiene su raíz en la existencia de ámbitos separados de responsabilidad»; la autoría requiere «que la realización del hecho típico se produzca en el propio ámbito de organización y no en un ámbito ajeno».

¹⁷ JAKOBS, ZStW 89, 1977, pp. 1-3 y 29-30; 1996, pp. 156-160; en términos parecidos, REYES ALVARADO, 1994, pp. 50-51 y 332-333; LESCH, 1995, 258-262; ROBLES PLANAS, 2003, pp. 162-164.

¹⁸ RENZIOWSKI, 1997, pp. 160-186, DIEL, 1997, pp. 316-330, PEÑARANDA RAMOS, 2020, p. 902.

¹⁹ MARAVER GÓMEZ, 2005, pp. 652-659. En el marco de un concepto extensivo o unitario, los criterios que conforman la teoría de la imputación objetiva se aplican por igual para autores y partícipes, de manera que la intervención responsable de un tercero, por sí misma, no limita o condiciona la imputación. Cfr. en este sentido, por ejemplo, REYES ALVARADO, 2021, pp. 61-62 y 66-68; ROBLES PLANAS, 2021, pp. 146-147.

²⁰ MARAVER GÓMEZ, 2005, pp. 642-644.

²¹ RENZIOWSKI, 1997, 160-186.

cuidado, como el principio de confianza o la propia prohibición de regreso, se han aplicado de manera muy desigual, castigando como delitos imprudentes conductas que podrían interpretarse como formas de participación. Así, por ejemplo, la conducta de quien imprudentemente deja un instrumento peligroso al alcance de una tercera persona responsable podría valorarse con criterios parecidos a los utilizados en el delito doloso para diferenciar autoría y participación²². Hay que recordar que el propio Frank, al formular la tradicional teoría de la prohibición de regreso, sólo pretendía excluir la relación de autoría: las llamadas precondiciones podían ser castigadas, pero sólo como formas de participación y siempre que se dieran los requisitos legales para ello²³.

El principio de autorresponsabilidad y la prohibición de regreso que de él se deriva puede servir en definitiva como un criterio de imputación objetiva para excluir la relación de autoría tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes²⁴. El *carácter valorativo y objetivo* del principio de autorresponsabilidad –y de la prohibición de regreso que en él se fundamenta– permite, por otra parte, definir este principio como un criterio integrante de la *moderna teoría de la imputación objetiva*. A diferencia de otras concepciones más clásicas de la imputación, en esta moderna teoría de la imputación objetiva, junto a la constatación de un riesgo –basado en la adecuación de la conducta o en la previsibilidad del resultado–, lo decisivo es la *valoración* jurídica del riesgo –o, lo que es lo mismo, la valoración jurídica de la conducta y de su posterior relación con el resultado–; una valoración realizada a partir de una interpretación del correspondiente tipo penal. Se trata, además, de una imputación *objetiva* por cuanto que, aun teniendo en cuenta los conocimientos del sujeto para identificar la conducta que va a ser objeto de valoración, se prescinde de consideraciones sobre la representación o valoración del riesgo por parte del autor, dejando para un momento posterior la pregunta acerca del carácter doloso o imprudente de la conducta²⁵.

²² PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 290-294; Id., 2020, pp. 899-200. Cfr., también, PÉREZ MANZANO, 1999, pp. 81-96, incorporando el análisis de la regulación de la imprudencia en el actual Código penal y argumentando sobre el carácter atípico de la participación imprudente. Cfr., también, con carácter general, desde diferentes aproximaciones, ROSO CAÑADILLAS, 2002, pp. 262 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, 2004, p. 28.

²³ Cfr. ROBLES PLANAS, 2003, pp. 83-84, afirmando, con razón, que desde ese punto de vista la clásica teoría de la prohibición de regreso no serviría para determinar el límite objetivo de la participación.

²⁴ Lo que permite plantear la cuestión de la autoría y la participación no ya en un plano complementario a al de la teoría de la imputación objetiva, sino como parte integrante de esta teoría. Cfr., en este sentido, PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 900-903, ubicando inicialmente esta cuestión en el alcance del tipo y, más recientemente, entre los criterios que sirve para valorar la creación de un riesgo típicamente no permitido (2025, nn.mm. 1378 ss.).

²⁵ Con carácter general, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 137-139; REYES ALVARADO, 1994, pp. 78-82, SUÁREZ GÓNZALEZ/CANCIO MELIÁ, 1996, pp. 50 ss., CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 16 ss. Viene a ser, en este sentido, una teoría integradora en la que se combinan el juicio de atribución (*imputatio*) y el juicio de

En el marco de la teoría de la imputación objetiva, por tanto, junto al criterio del riesgo permitido entraría en juego un criterio general de imputación basado en el principio de autorresponsabilidad, a partir del cual se podrían desarrollar criterios como la *prohibición de regreso*, el *principio de confianza* o la *imputación a la víctima*. En relación con la intervención de los terceros, la diferencia entre la prohibición de regreso y el principio de confianza se encontraría en su función: la prohibición de regreso sirve para *delimitar negativamente la relación de autoría*, tomando como referencia la competencia o el ámbito general de responsabilidad (posición de garante), mientras que el principio de confianza sirve para *delimitar negativamente el deber de cuidado* de quien, a pesar de la intervención de terceros, no ve excluida su relación de autoría²⁶.

La prohibición de regreso, como manifestación del principio de autorresponsabilidad o de la delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad, parte de una serie de presupuestos a partir de los cuales puede resultar más fácil entender las diferentes modalidades de autoría²⁷. En primer lugar, es fundamental que el riesgo del que inicialmente es garante el primer sujeto transcurra por un *ámbito de responsabilidad ajeno*. Si media el comportamiento de un tercero, pero ese tercero, por alguna razón, no es responsable del riesgo, la relación del primer sujeto con el riesgo se mantiene intacta y no es posible la prohibición de regreso. Se produce la situación propia de una *autoría mediata*. En segundo lugar, es necesario que el sujeto mantenga una *relación negativa con el bien jurídico* y ostente una *posición de garante de control del riesgo*. La delimitación negativa del ámbito de responsabilidad solo se produce sobre el propio ámbito de organización. Si el sujeto ostenta en cambio una posición de garante de protección del bien jurídico, su relación no puede verse mediada por la actuación responsable del tercero. Su posición de garante se mantiene igual con respecto a todos los riesgos que amenazan el bien jurídico, con independencia de cuál sea su precedencia. Se produce en este caso la situación propia de una *autoría accesorio*. Algo parecido sucede cuando el sujeto tiene un deber especial de carácter personal que le vincula directamente con el hecho o cuando el riesgo del que es inicialmente competente no transcurre pro-

valoración (*applicatio legis ad factum*). Cfr., no obstante, reivindicando la necesidad de diferenciar ambos juicios y criticando que esta moderna teoría de la imputación objetiva se presente como una teoría de la imputación, HRUSCHKA *ADPCP*, 1994, pp. 344-350; RUEDA MARTÍN, 2001, pp. 66 ss.; MIRÓ LLINARES, 2009, pp. 123-133; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2014, pp. 45 ss.; GONZÁLEZ LILLO, 2023, pp. 84-85. Observa este último autor que no se trata de un juicio adscriptivo, sino uno de carácter prescriptivo formulado a partir de criterios teleológicos destinados a delimitar el ámbito de aplicación de la norma.

²⁶ MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 362 ss.

²⁷ MARAVER GÓMEZ, 2005, pp. 645-649; 2009, 254-266 y 3663-68; 2020, pp. 198-201.

piamente por el ámbito de responsabilidad de un tercero, sino que confluye en un mismo punto con el riesgo ocasionado por el tercero. La relación con el riesgo en estos casos tampoco se ve limitada por la intervención del tercero y no se establece una prohibición de regreso. En tercer lugar, debe darse una *relación negativa con el ámbito de responsabilidad del tercero*, lo que significa que los ámbitos de responsabilidad se encuentran separados. Es aquí donde entra en juego el esquema regla/excepción que define el principio de autorresponsabilidad. Aunque por regla general los ámbitos de responsabilidad se encuentran separados y cada persona gestiona de manera individual su propio ámbito de organización, hay ocasiones en las que los ámbitos de responsabilidad de los diferentes intervinientes aparecen especialmente vinculados. Puede ocurrir que generen o dominen conjuntamente un riesgo, que formen parte de un equipo de trabajo o que participen de manera coordinada en una determinada actividad peligrosa. En estos casos, los sujetos tienen una *competencia compartida* frente al riesgo general y son garantes conjuntamente de los diferentes riesgos en los que pueda concretarse ese riesgo general. Se produce la situación propia de una *coautoría*²⁸.

II. PARTICIPACIÓN E IMPUTACIÓN ACCESORIA

El Código Penal español establece que son responsables del delito quienes han realizado el hecho por sí mismos, conjuntamente o por medio de otro (art. 28. I), pero también quienes inducen a otro u otros a ejecutarlo y quienes cooperan a su ejecución, diferenciando en este último caso entre cooperadores necesarios y cómplices (arts. 28. II y 29). Aunque los inductores y los llamados cooperadores necesarios son *considerados* autores, no realizan o ejecutan el hecho, sino que participan en la ejecución llevada a cabo por el autor.

Conforme a esta regulación, aplicar la prohibición de regreso y negar la imputación a título de autor supone afirmar que la persona cuya conducta se analiza no ha *realizado* o *ejecutado* el hecho. Sólo podrá responder, en su caso, a título de partícipe, si su conducta es susceptible de ser interpretada como una forma de inducción, cooperación necesaria o complicidad. El sistema restrictivo

²⁸ Lo que tiene particular relevancia en el ámbito de la empresa para justificar la relación de autoría de los directivos y altos cargos, a pesar de su distancia fáctica con la ejecución del hecho lesivo, pues en estos casos la esfera de responsabilidad de los encargados o delegados se considera incluida en la más amplia de quienes les hacen el encargo o la delegación. Así, PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 185; 2016, pp. 275-280; 2020, 895-902. Cfr., también, FEJOO SÁNCHEZ, 2007, pp. 226 ss.; MARAVER GÓMEZ, 2020, pp. 201-2013.

de autor parte de la idea de que las normas que definen los delitos en la Parte Especial del Código Penal sólo se aplican directamente a quienes son considerados autores. Son las normas de la Parte General las que permiten *extender la responsabilidad* a quienes no realizan el hecho delictivo, sino que participan, de alguna de las formas allí previstas, en el hecho realizado por un tercero considerado autor. En coherencia con ello, cabe entender que las normas que definen las formas de autoría (autoría directa, coautoría y autoría mediata) tienen un carácter *declarativo*, pues no hacen sino explicitar los supuestos en los que procede la imputación a título de autor, sin extender el alcance del tipo delictivo. Por el contrario, las normas de la Parte General que regulan las formas de participación presentan un carácter *constitutivo*, en cuanto permiten ampliar el círculo de los penalmente responsables²⁹.

Desde la perspectiva propia de un concepto extensivo de autor, podría restarse relevancia a esta distinción entre la realización del hecho y la participación en el hecho realizado por un tercero, destacando que, con independencia de cómo se definan las distintas modalidades de intervención, a todos los intervinientes se les imputa el hecho delictivo y a todos se les considera penalmente responsables. En el caso de los inductores y los cooperadores necesarios, incluso dentro el mismo marco penal. Ello apuntaría al carácter meramente cuantitativo de la distinción entre autoría y participación.

No obstante, existen diversos supuestos en los que el delito se configura de manera sustancialmente distinta según se trate de realizar el hecho o de participar en su realización, pudiendo en algunos casos quedar sin castigo esta última forma de intervención. En tales supuestos se pone de manifiesto que no basta con valorar el grado de imputación, sino que es imprescindible determinar si la conducta debe calificarse como autoría o sólo como participación. Uno de los ejemplos más claros es el de los delitos imprudentes, pues en estos delitos, como se apuntaba anteriormente, se puede poner en duda que estén castigadas las modalidades de participación. Lo determinante a este respecto no es la mayor o menor gravedad de la conducta imprudente, sino la posibilidad de interpretar la conducta como una forma de participación. Otro ejemplo lo ofrecen los supuestos en los que la propia víctima realiza el hecho «típico». Si es la propia víctima quien produce su muerte de manera responsable y se puede imputar el hecho a su ámbito de responsabilidad, no es posible afirmar que los demás intervinientes participen en un homicidio. En cambio, si la víctima solo participa en su propia muerte, provocando o colaborando con la con-

²⁹ Así, por ejemplo, vinculando la autoría con la realización del tipo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 2008, pp. 36-37. Cfr., también, más recientemente, FUENTES OSORIO, 2024, p. 308.

ducta de quien, de manera responsable, le produce la muerte, el delito que se comete es un homicidio. No es lo mismo causar una muerte que participar en la muerte que una persona se produce a sí misma. De nuevo, no se trata de valorar simplemente el grado de imputación o vinculación con el hecho, sino de establecer una *diferencia cualitativa* en la calificación de la conducta. Es precisamente la posibilidad de interpretar la conducta como autoría o como participación lo que determina la existencia de un delito de homicidio o, en su caso, de un delito distinto como el de participación en el suicidio. El delito no viene definido por la actuación conjunta de todos los intervinientes, sino sólo por la de quienes son considerados autores.

El siguiente paso es explicar en qué se fundamenta entonces la particular responsabilidad del partícipe y en qué medida puede verse condicionada por la responsabilidad del autor. Como se ha indicado, el modelo restrictivo de autor parte de que las normas reguladoras de la participación permiten extender la responsabilidad penal a quienes no realizan el hecho, pero contribuyen a su realización. Desde esta perspectiva, la responsabilidad del partícipe se fundamenta en una relación con el hecho delictivo que está mediada por la actuación del autor, razón por la cual se habla de una responsabilidad *accesoria* y dependiente de la de este último. A partir de ahí, el debate se centra en determinar cuál es el alcance de dicha accesoriad y hasta dónde llega la relación de dependencia respecto de la responsabilidad del autor.

Generalmente, la accesoriad se utiliza para *limitar* la responsabilidad de los partícipes identificando determinados requisitos que debe reunir el hecho del autor para poder sancionar a los partícipes. Se distingue, en este sentido, entre una *accesoriad externa* o *cuantitativa*, que exige que el autor haya dado comienzo a la ejecución del delito, y una *accesoriad interna* o *cualitativa*, relativa a la calificación jurídica que debe tener la conducta del autor. Se diferencia, en relación con esta última, entre una accesoriad mínima, limitada, extrema o, incluso, una hiperaccesoriad, en función de que se requiera que la conducta del autor sea típica, antijurídica, culpable o punible, respectivamente. Vinculada a esta accesoriad cualitativa se plantea también la cuestión sobre la necesidad de mantener la unidad del título imputación entre autores y partícipes en aquellos delitos que se configuran sobre la base de circunstancias personales que no concurren en todos los intervinientes³⁰.

La aproximación a este tipo de cuestiones varía en función de la forma en que se fundamente la responsabilidad del partícipe. Por ello, antes de analizar la accesoriad en su dimensión *limitadora* de la responsabilidad, conviene

³⁰ PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 258.

destacar su faceta *fundamentadora*³¹, insistiendo en que la responsabilidad del partícipe es accesoria porque su relación con el hecho delictivo se encuentra mediada por la actuación responsable de un tercero considerado autor³². Quienes, desde un modelo unitario o extensivo de autoría, consideran que el partícipe tiene la misma relación con el hecho delictivo que el resto de los intervinientes parten de una concepción muy distinta de la accesoriedad. Desde su perspectiva, la accesoriedad sólo hace referencia a la imputación recíproca que permite la configuración conjunta del hecho. Consecuentemente, la responsabilidad de cada interviniente puede depender de la forma en que se califique el hecho común, pero no de la responsabilidad de los demás³³. Se ha puesto en duda, por ello, que en el marco de este modelo unitario o extensivo pueda hablarse propiamente de una verdadera accesoriedad. Como advierte Peñaranda, es necesario distinguir entre la *dependencia fáctica* que permite que varias personas se sirvan unas de otras para la realización de un hecho conjunto y la *dependencia cualitativa* que se deriva de la accesoriedad de la participación. Sólo esta última se refiere a la posibilidad de que la responsabilidad del partícipe se vea condicionada por determinadas *cualidades mínimas* que debe reunir el hecho del autor³⁴. Cuando se parte de un modelo restrictivo de autoría, se subraya precisamente la relación indirecta y mediada que el partícipe mantiene con el hecho delictivo. Dicha relación no es equiparable a la de los coautores o autores mediatos, ya que la actuación del tercero no se integra en su propio ámbito de responsabilidad. El distanciamiento del partícipe respecto del hecho se explica porque existe un ámbito de responsabilidad ajeno al que se imputa el hecho de manera preferente. En consecuencia, al partícipe sólo se le puede imputar el hecho delictivo de forma indirecta o accesoria, en la medida en que resulte posible imputarle la actuación del autor³⁵. En el marco de la teoría de la imputación objetiva, ello implica que el partícipe debe ser competente del riesgo jurídicamente desaprobado que no da lugar directamente al

³¹ Cfr., en este sentido, BLOY, 1985, pp. 180-192, subrayando la relación del partícipe con el autor, sin el cual el hecho del partícipe no sólo deja de tener un desvalor del resultado, sino también un desvalor de acción. La accesoriedad, concluye este autor, además de limitar, fundamenta la responsabilidad del partícipe.

³² En la línea de la teoría del «ataque accesorio al bien jurídico», que propone Roxin como teoría intermedia entre la teoría de la corrupción, que acentúa la dependencia con el injusto del autor, y la teoría de causación, que se centra en el ataque independiente al bien jurídico. Cfr. PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 328-330.

³³ Las exigencias establecidas por la accesoriedad en su faceta limitadora de la responsabilidad se verían simplemente como las cualidades que debe presentar el hecho para que puedan responder penalmente los diferentes intervinientes. ROBLES PLANAS, 2003, p. 169.

³⁴ 1990, pp. 284-286, 321 y 337.

³⁵ BLOY, 1985, pp. 250-251.

resultado típico, sino a la conducta del autor que finalmente produce dicho resultado³⁶.

La idea de que al partícipe se le imputa también la producción del hecho típico, aunque sea de manera indirecta, y de que, en consecuencia, responde de su propio injusto, tiene importantes implicaciones en relación con la accesoriidad en su faceta *limitadora* de la responsabilidad³⁷. A este respecto, conviene empezar señalando que la limitación de la responsabilidad no se explica porque el partícipe deba responder del mismo delito que el autor, sino porque su relación con el delito está mediada por el hecho que se imputa al ámbito de responsabilidad del autor. Son varias las consecuencias que podrían extraerse de tales consideraciones y que merecen una reflexión que aquí solo puede quedar apuntada.

En primer lugar, por lo que se refiere a la llamada accesoriidad cuantitativa, es necesario que el autor haya dado comienzo a la ejecución del hecho y se produzca, al menos, una tentativa de delito. Esto es algo generalmente reconocido. Se trata, en realidad, de una exigencia que no se desprende de la accesoriidad de la participación, sino de la necesidad de que exista un hecho delictivo en el que poder intervenir. También en el marco de un sistema unitario o extensivo de autor se considera necesario que el hecho delictivo que se toma de referencia se encuentre en fase de ejecución³⁸.

En segundo lugar, por lo que respecta a la accesoriidad cualitativa, lo importante es que el hecho del autor se corresponda, en términos objetivos, con un tipo delictivo. Basta con que, a partir de un determinado tipo delictivo, el terce-

³⁶ Cfr. en sentido parecido, SÁNCHEZ LÁZARO, 2004, 378 ss. Cfr., también, MARAVER GÓMEZ, 2005, pp. 657-658. Se trata de subrayar que no es partícipe aquel al que se imputa objetivamente el hecho delictivo sin tener el dominio del hecho o sin merecer la pena del autor. La intervención es cualitativamente diferente porque el objeto de la imputación es distinto. Al partícipe se le imputa la contribución al hecho realizado por el autor, en la forma prescrita por la norma reguladora de la participación, que se presenta como un tipo derivado. Cfr., no obstante, desde una óptica distinta, centrando la atención en el fundamento y los criterios del juicio de imputación y no en el objeto, GONZÁLEZ LILLO, 2023, pp. 81-108 y 126-130. En su opinión, la norma de comportamiento es la misma para autores y partícipes, de manera que la diferencia se encuentra solo en el juicio de imputación o adscripción propiamente dicho: al autor se le imputa el hecho como propio porque se encuentra vinculado agencialmente de manera directa con el objeto de la imputación, mientras que al partícipe se le imputa de manera accesoria por su vinculan indirecta a través del comportamiento del autor. Frente a esta aproximación, la interpretación de la imputación accesoria que aquí se propone pretende tomar como referencia la delimitación normativa del objeto de imputación a partir de la concreta relación que se produce entre los ámbitos de responsabilidad de las personas implicadas.

³⁷ Al margen de otras consecuencias que podrían extraerse sobre el menor merecimiento de pena, como apunta, por ejemplo, FUENTES OSORIO, 2024, pp. 310-313, núm. 17. Cfr., también, GONZÁLEZ LILLO, 2023, pp. 77-78, llamando la atención sobre el efecto político-criminal adverso que se produce cuando la imposición de la misma pena limita «las razones para reprimir el impulso de tomar parte principal en la ejecución del hecho, en lugar de solo facilitarlo».

³⁸ Cfr. JAKOBS, 1996, p. 154; GA, 1996, pp. 259-260.

ro –autor– tenga reconocido un ámbito de responsabilidad en el que se incluye el hecho típico. Se podría hablar, en este sentido, de una *accesoriedad mínima objetiva* o de una *accesoriedad mínima relativa*, en la medida en que dicha correspondencia ha de valorarse desde la perspectiva del partícipe, que es a quien, aunque indirectamente, se le debe imputar el hecho delictivo³⁹. Así, por ejemplo, si el autor incurre en un error de tipo invencible, puede seguir habiendo participación, siempre que, desde un punto de vista *ex ante*, no concurra ninguna circunstancia que haga previsible ese error. En tal caso, puede reconocerse la existencia objetiva de un ámbito de responsabilidad ajeno por el que posteriormente discurre el riesgo, lo que permite establecer una distancia con el hecho delictivo. De este modo, puede producirse la paradoja de que, en determinados supuestos, exista una *participación sin autor*, en la medida en la imputación indirecta propia del ataque mediato o accesorio del partícipe se produce con independencia de la imputación al autor⁴⁰. Cuestión distinta es que, ante una irresponsabilidad del tercero reconocible *ex ante*, pudiera descartarse la prohibición de regreso y afirmarse una autoría mediata. Como puede apreciarse, el efecto limitador de la accesoriedad en este punto es también muy reducido y apenas presenta diferencias con la interpretación que se hace en el modelo unitario o extensivo de autor, que toma igualmente como referencia el tipo objetivo del delito para la definición del hecho común.

Finalmente, en relación con el tratamiento que debe darse a las circunstancias personales del tipo, uno de los aspectos en los que se evidencia la dificultad para precisar el alcance de la accesoriedad, es el de la participación de un *intraneus* en un delito realizado por un *extraneus*; como en el caso del hijo que ayuda a un tercero a matar a su padre. En un modelo unitario o extensivo de autor no habría problema para que, en principio, en la medida que las circunstancias personas pudieran diferenciarse claramente del resto de elementos que configuran el hecho objetivo común, cualquiera de los intervinientes respondiera conforme al tipo penal que se ajuste a su condición personal, lo que en este caso supondría castigar al hijo por su intervención en un parricidio. En

³⁹ Se muestran partidarios de una accesoriedad mínima objetiva, recientemente, SILVA SÁNCHEZ, 2025, 16/46, exigiendo una conducta *ex ante* intersubjetivamente típica del autor, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, EPCr, XL, 2020, pp. 858-873, quien incluso considera posible la participación, aunque el hecho esté justificado desde la perspectiva del autor, cuando no lo está también desde la del partícipe.

⁴⁰ Admite también la posibilidad de llegar a esta conclusión PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 338, núm. 55, indicando que puede ser suficiente que el «hecho» principal represente un suceso que encaja en la definición general del tipo de la parte especial y explicando, apoyándose en Pedrazzi, que la tipicidad puede entenderse como una «tipicidad relativa» (y la antijuridicidad como una «antijuridicidad relativa»), valorándose desde el punto de vista del sujeto que ha de sufrir las consecuencias. Cfr., también, en sentido parecido, ROBLES PLANAS, 2003, pp. 221-224; 2021, pp. 154-155.

cambio, partiendo de un modelo restrictivo de autor, la accesoriedad podría implicar la necesidad de tomar como referencia la cualificación jurídica del hecho realizado por el autor, en este caso un homicidio. Esta última es la conclusión a la que llega Peñaranda en su mencionada monografía sobre el principio de accesoriedad⁴¹; aunque la acompaña de algunas observaciones que ponen de manifiesto lo abierta que queda la cuestión sobre el alcance de la accesoriedad en la participación. A su juicio, en el supuesto en el que el *extra-neus* participa en el delito del *intraneus*, como en el ejemplo de quien colabora con la madre a dar muerte a su hijo recién nacido para ocultar su deshonor, no hay problema en romper la unidad del título de imputación y castigar al primero no por un delito de infanticidio, sino por un delito de homicidio, pues este delito formaría parte también del hecho realizado por el autor⁴². La diferencia con el supuesto anterior es que el delito cometido por el autor es aquí más amplio que el del partícipe, por lo que no se ve cuestionada la función limitadora de la accesoriedad. El parricidio del partícipe no es abarcado por el homicidio del autor, pero el homicidio sí es abarcado por el infanticidio. Aquí se aprecia el límite marcado por la accesoriedad propia del concepto restrictivo de autor: «la necesidad de que el tipo de delito del que se haya de extraer la pena haya sido plenamente realizado por el autor»⁴³.

Con todo, puede llamar la atención que, habiéndose intervenido en ambos supuestos en la causación de la muerte de un tercero, las condiciones puramente personales que acompañan la producción del homicidio reciban un tratamiento distinto⁴⁴. Que la solución puede resultar materialmente insatisfactoria se aprecia también en el caso inverso del infanticidio, cuando es la madre la que colabora con un tercero a dar muerte a su hijo, pues en tal caso la madre seguiría teniendo que responder por la participación en un homicidio. Para evitarlo, dice Peñaranda que se podría acudir a una analogía o una imputación del infanticidio por autoría, en comisión por omisión, al tener la madre una posición de garante de protección del bien jurídico⁴⁵. Esta última solución, sin embargo, no serviría para todos los supuestos de infanticidio, pues los responsables y las situaciones puede ser diferentes. Más que en una causación de la muerte en comisión por omisión, que evite la accesoriedad, podría pensarse

⁴¹ 1990, pp. 347-349 y 355-356.

⁴² 1990, p. 356; pues «en todo delito de infanticidio hay un hecho típico de homicidio que solo por razones personales se especializa para la madre (o los abuelos maternos) en el tipo privilegiado de homicidio».

⁴³ 1990, p. 356.

⁴⁴ En opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, nn.mm., 2989 y 3003, esto «pone de relieve los insuperables inconvenientes de la accesoriedad y con ello del propio concepto restrictivo de autor», por lo que propone que el *intraneus* puede responder del delito especial impropio, aunque el autor lo haga del delito común.

⁴⁵ 1990, p. 357.

en una condición personal que evita o *trasciende la accesoriedad*, manteniéndose la distancia del partícipe con respecto al delito en la parte más objetiva o impersonal del hecho realizado por el autor. Desde este punto de vista, se podría plantear que la relación de accesoriedad solo se produzca en un plano objetivo, dejando al margen las circunstancias del delito que tienen un carácter estrictamente personal⁴⁶. Ello es coherente con la idea de que el partícipe es responsable de un injusto personal consistente en la realización del delito de manera indirecta o accesoría. La importancia dada al injusto personal del partícipe se evidencia en el punto de partida de la investigación realizada por nuestro homenajeado al poner en duda al comienzo de su monografía que el principio de accesoriedad haya de conducir necesariamente al mantenimiento de la unidad del título de imputación. El completo estudio histórico y comparado que lleva a cabo vendría a demostrar precisamente que la relación de accesoriedad que se establece entre los sujetos que intervienen en un delito puede tener muy diferentes implicaciones. De hecho, aunque toma como punto de partida la tesis, aceptada por la doctrina mayoritaria, de que el Código Penal español establece una distinción entre autoría y participación, dedica buena parte de su investigación al estudio de modelo unitario para que sirva de contraste en la definición de «un sistema de autoría y participación accesoría que esté a la altura de los tiempos»⁴⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- BLOY, René: *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, 1985.
 CANCIO MELIÁ, Manuel: *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México, 2001.
 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.
 — *Autoría y participación*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 10, 2008, pp. 13-61.

⁴⁶ De hecho, PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 340 y 349, se adhiere a las consideraciones de Herzberg en el sentido de que la accesoriedad positiva que vincula al partícipe con el autor no plantea problemas cuando se refiere «a los “elementos impersonales” del tipo, pero que la situación se transforma radicalmente cuando de los elementos personales se trata. Aquí estaría vigente más bien un “principio de no accesoriedad”». Serían razones de legalidad en un ordenamiento regido por la idea de la accesoriedad las que impiden restringir el hecho principal a elementos del tipo relacionados con el contenido del injusto y no de la culpabilidad, pues si «la conducta del partícipe se cualifica como delito solo de un modo indirecto, la exigencia de tipicidad del hecho principal ha de ser entendida, no en el sentido del tipo de injusto, sino en el del “tipo de delito”: como conformidad con la entera descripción legal de la concreta especie delictiva».

⁴⁷ 1990, pp. 23-28 y 325.

- DIEL, Katja: *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestadnsgrenze im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, 1997.
- HRUSCHKA, Joachim: *Reglas de comportamiento y reglas de imputación* (trad. Baldó Lavilla, Francisco), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 343-356,
- FRANK, Reinhard: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., Tubinga, 1931.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis: *La accesoriedad de la participación*, en *Libro Homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.^a aniversario*, vol. 1, tomo 1, 2024, pp. 307-319.
- GONZÁLEZ LILLO, Diego: *Autoría y participación como criterios de imputación*. Una aproximación a su objeto, fundamento y estructura, Barcelona, 2023.
- JAKOBS, Günther: *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Dugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89, 1977, pp. 1-35.
- *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Melia, Manuel), Madrid, 1996.
- *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 253 ss.
- LESCH, Heiko: *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier), Bogotá, 1995.
- MARAVAR GÓMEZ, Mario: *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor, 2005, pp. 627-663.
- *El principio de confianza en Derecho penal*. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Cizur Menor, 2009.
- *El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa*, en *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia, 2020, pp. 179-238.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *La accesoriedad cualitativa de la participación*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XL, 2020, pp. 855-939.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Autoría y participación delictiva*, en *Memento Penal*, 2025.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.
- *Homicidio*, en *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, vol.1, Madrid, 2003.
- *Autoría y participación en la empresa*, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, 2006, 161-186.
- *Autoría y participación en la empresa*, en *Fraude a consumidores y derecho Penal: fundamentos y talleres de leading cases*, Montevideo, 2016, pp. 235-280.

- *Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor*, en Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, vol. 1, Madrid, 2020.
- *Acción y tipicidad en los delitos activos*, en Memento Penal, Madrid, 2025.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999.
- RENZIKOWSKI, Joachim: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübinga, 1997.
- REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994.
- *La teoría del dominio del hecho: el fin de un siglo*, en ¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho, Madrid, 2021, pp. 35-69.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.
- *La estructura de la intervención en el delito*, en ¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho, Madrid, 2021, pp. 145-159.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Barcelona, 2001.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2004.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo: *La libertad del Derecho penal*, Estudios sobre la doctrina de la imputación, Barcelona, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2025.
- SUAREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel: *Estudio preliminar*, en La teoría de la imputación objetiva (trad. Cancio Melia, Manuel), Madrid, 1996.

8. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. UN DIÁLOGO CON ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS DESDE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DEL DELITO

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidade da Coruña

Enrique Peñaranda es uno de los penalistas más brillantes que he conocido y de quien he aprendido mucho: no solo de sus publicaciones, sino también de las enseñanzas que en privado me ha transmitido. Concorre además la circunstancia de que –y son palabras suyas– parece que nos hubiésemos conocido de toda la vida.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las geniales aportaciones que Enrique Peñaranda ha efectuado a la dogmática de la teoría jurídica del delito voy a referirme a tres materias que se hallan interrelacionadas: en primer lugar, la materia referente a la naturaleza de los delitos especiales y singularmente a la necesidad de distinguir, en el seno de los delitos especiales propios, tipos de naturaleza diversa, con las consiguientes repercusiones en materia de autoría y de participación; en segundo lugar, y partiendo de la premisa acabada de apuntar, la caracterización de la autoría a la luz del Código penal español; en tercer lugar, la caracterización de la participación, con particular referencia a la accesoriedad cualitativa y a la regla contenida en el artículo 65.3 del CP español.

Vaya por delante que, sin perjuicio de algunos mínimos aspectos de matiz, comparto las tesis que él sostiene con relación a las aludidas materias, según he

venido exponiendo en diferentes trabajos en los que abordo su análisis a partir de las premisas de la denominada concepción significativa del delito, basada en los fundamentos del sistema penal propuestos por Vives Antón.

En las páginas siguientes iré desgranando las principales conclusiones de las contribuciones de Peñaranda, al propio tiempo que iré señalando las coincidencias (y, en su caso, los matices) con las conclusiones que personalmente he venido manteniendo al respecto.

II. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES

De conformidad con una opinión unánime en la doctrina y en la jurisprudencia, Peñaranda parte de la necesidad de distinguir entre delitos especiales propiamente dichos y delitos especiales en un sentido impropio.

Ahora bien, llegado el momento de definir ambas clases de delitos, Peñaranda caracteriza el delito especial *propio* por el dato de que el elemento personal respectivo «fundamenta» la punibilidad, a diferencia del delito especial *impropio*, en el que el elemento personal se limita meramente a «agrarar» (o «atenuar») una punibilidad ya fundamentada en otro delito más básico¹. Eso sí, conviene anticipar ya, por de pronto, que (como aduce el propio Peñaranda) esto no es obstáculo para que ambas clases de delitos puedan llegar a tener un tratamiento equivalente, y para que, en particular, la participación de sujetos no cualificados en unos y otros delitos requiera, a igualdad de elementos cualificativos, el mismo tratamiento punitivo: accesorio, no accesorio o semiaccesorio, según se interprete en el caso concreto. Con todo, el hecho de que el llamado delito especial impropio tenga, en efecto, un correlativo delito común (con su marco penal respectivo) obligará a efectuar ciertos ajustes en el uso de la rebaja de pena facultativamente dispuesta en el artículo 65.3 CP con el fin de evitar que con dicha rebaja se produzcan resultados axiológicamente inconsistentes².

Tal caracterización me parece acertada, como ya subrayé en su día³, acogiendo la idea previamente apuntada en la doctrina española por Cobo/Vives, quienes distinguieron entre *delitos especiales en sentido estricto* (o delitos especiales propiamente dichos) y *delitos especiales en sentido amplio*, o sea, los impropios. En los primeros, los elementos personales especiales constituyen

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1431.

² PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 339 ss.

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, p. 404.

siempre elementos *fundamentadores* de la responsabilidad, lo cual comporta asumir la idea de que tales elementos –por afectar a la esencia del injusto– contribuyen a fundamentar un contenido de injusto especial, que hace que el delito especial (propriadamente dicho) pueda ser distinguido cualitativamente de los restantes delitos⁴.

Sentado lo que antecede, Peñaranda procede a efectuar una ulterior distinción en el seno de los delitos especiales propios, basada en la aportación de JAKOBS, quien, como es sabido, propugnó un nuevo enfoque para su identificación, partiendo de un concepto amplio de delito especial, caracterizado *prima facie* –sobre la base de un criterio meramente *formal*– por el dato de que en él el legislador ha restringido el círculo de sujetos activos a una clase determinada de personas, con independencia de que en el tipo se incorpore, o no, un elemento de infracción de un deber jurídico especial. Ahora bien, lo que sucede es que dentro de los delitos especiales así formalmente definidos es preciso distinguir entre delitos especiales que se fundamentan en la creación o incremento del riesgo no permitido y delitos especiales que se fundamentan en la infracción del deber específico.

Como subraya correctamente Peñaranda, con independencia de que se acepten las premisas metodológicas de Jakobs para la doctrina de los delitos de infracción de un deber (que ni él ni yo compartimos), la aportación del penalista alemán supuso un «refinamiento y, en algunos aspectos, un indudable progreso para esta construcción», al extraer de los hasta entonces llamados delitos de infracción de un deber lo que el autor alemán denomina «delitos especiales en sentido amplio», es decir, aquellos en los que el círculo de posibles autores, estén o no obligados por un determinado deber, se delimita más bien por referencia a un círculo de organización del que surge típicamente el riesgo para el bien jurídico⁵.

Así las cosas, en el seno de los delitos especiales propios cabe efectuar –a mi juicio– una distinción básica entre delitos especiales de pura realización típica (que vendrían a equipararse a los delitos especiales de *dominio*, según la terminología que proponen los partidarios de la doctrina del dominio del hecho⁶), de un lado, y delitos especiales que consisten en la *infracción de un deber*, de otro.

⁴ COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, 1999, pp. 357 ss.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1426 ss.

⁶ Doctrina que tanto Peñaranda como yo tampoco compartimos. Y de ahí que, desde la perspectiva de la concepción significativa, la terminología correcta sea la de delitos especiales propios «de pura realización típica», dado que la autoría se caracteriza por la «realización del significado específico del hecho típico», y no por criterios materiales como el dominio, la pertenencia o la competencia. *Vid.* MARTÍNEZ-

Ahora bien, más allá del referido rechazo que a Peñaranda y a mí nos merezca la concepción del Derecho penal sustentada por Jakobs⁷, la discrepancia particular con respecto al penalista alemán en el tema que nos ocupa reside en la caracterización de los delitos de infracción de un deber⁸.

Y es que, en mi opinión, la existencia de delitos basados *exclusivamente* en la infracción de un deber institucional, como criterio fundamentador del injusto, debe ser admitida con muchos reparos⁹.

Con relación a estos delitos ha criticado en particular, acertadamente, Peñaranda¹⁰ el hecho de que la caracterización del autor alemán se vincule a la idea de una «competencia institucional», entre otras razones porque con ello se viene a sugerir que en tales delitos lo decisivo para el injusto del hecho o, al menos, un componente esencial de él viene dado, de forma necesaria, por el ataque a la propia institución, lo cual no siempre sucede; critica además Peñaranda que dicha idea puede provocar conclusiones precipitadas en lo que atañe al problema de la participación del *extraneus* que lesiona el deber o ataca la institución «desde fuera», y en concreto en lo que concierne al fundamento de un castigo atenuado para él. En cambio, lo que no comparte Peñaranda es la crítica que esgrimen algunos penalistas en el sentido de que de que con esta concepción de los delitos especiales de Jakobs se cree un «subsistema» normativo ajeno al principio de protección de bienes jurídicos, puesto que, para este penalista y sus seguidores, los delitos «por competencia institucional» contienen con carácter general una referencia a un estado (futuro) de cosas, que se define precisamente por la existencia de un bien jurídico que el sujeto ha de preservar, fomentar o producir, «de modo que es sólo una visión estática del concepto de bien jurídico, limitada al mantenimiento del *statu quo*, la que encuentra dificultades para compatibilizar las nociones de protección de bienes

BUJÁN PÉREZ, 2019, pp. 26 ss., 46 ss. y 74 ss. *Vid.* además, empleando también esta terminología, SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 16/66 (p. 1207) y *passim*.

⁷ *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, pp. 62 ss.

⁸ En efecto, no existe discrepancia en lo tocante a los delitos especiales de pura realización típica (o de dominio), que en la caracterización de Jakobs se basan en competencias de organización, puesto que estos pueden ser reconducidos al clásico concepto de la responsabilidad penal general por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sustentado por la doctrina mayoritaria. En este sentido, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1429, y 2014, p. 319.

⁹ Y no ya sólo, en general, porque (como sucede con todas las teorías que basan el injusto en un deber jurídico especial) se pueda ver asociada a un Derecho penal con tintes autoritarios, sino también porque los elementos limitadores de la autoría no son elementos que pertenezcan a la «autoría» o a la «antijuridicidad» como categorías separadas del tipo, sino que se trata de elementos que pertenecen a la tipicidad, esto es, son auténticos elementos del tipo y, por tanto, como tales se integran entre los «presupuestos» fundadores de la antijuridicidad. *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, P. G., 2022, pp. 406 ss. y bibliografía que se cita.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1426.

jurídicos y de sujeción a deberes de carácter institucional», unos deberes cuya infracción puede verse como un ataque a «algo con una “sustancia” susceptible de ser “dañada” y, por tanto, en términos semejantes a aquellos en los que se habla de lesión o ataque a un bien jurídico» ¹¹.

No obstante, con relación a esto último, lo que sucede, a mi juicio, es que Jakobs incluye en la categoría de delitos de infracción de deber (por competencia institucional) una heterogéneo catálogo de delitos, muchos de los cuales en realidad no se fundamentan *exclusivamente* en la infracción de un deber específico, dado que contienen también otros elementos de pura realización típica (o de dominio), que comportan una lesión o un peligro para un bien jurídico «estáticamente» configurado (a los que personalmente he venido denominando delitos «mixtos»: de pura realización típica y de infracción de deber); por el contrario, aquellos delitos –de los que indudablemente existen ejemplos en el CP español– cuyo injusto se caracteriza exclusivamente por la infracción de un deber extrapenal específico sí podrían ser tal vez reconducidos al aludido «subsistema» normativo ajeno al principio de protección de bienes jurídicos (penales).

Por lo demás, desde la perspectiva de quienes nos inscribimos en las premisas de la concepción significativa lo que sí resulta singularmente criticable es la circunstancia de que la teoría de los delitos de infracción del deber conduzca a calificar siempre como autor al sujeto que infringe su obligación positiva, con independencia de cuál haya sido su concreta contribución al hecho. De este modo, acciones que, a mi juicio, son de simple participación (incluso de mera complicidad) son consideradas como acciones de autoría, vulnerándose el principio de legalidad ¹².

En resumidas cuentas, a mi entender tiene que ser puesta en tela de juicio la decisión de crear delitos basados *exclusivamente* en la infracción de un deber (que, sin duda, existen en nuestra legislación penal), en la medida en que, desde la perspectiva del Derecho penal que acojo, son meros delitos de peligro abstracto, pero no de peligro abstracto genuino o material ¹³, sino con función puramente organizativa formal (meros delitos de desobediencia), sin que sea posible transformar las «instituciones» que se infringen en auténticos bienes jurídicos de carácter supraindividual o colectivo; y de ahí que, consecuentemente, resulte necesario preconizar la idea de restringir de *lege lata* el número de delitos que deba ser incluido en esta categoría, en el sentido de admitir que

¹¹ PEÑARANDA RAMOS, 2008., núm. 23.

¹² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, pp. 407 ss. y bibliografía que se cita, a partir de otras concepciones sistemáticas.

¹³ Como, sin embargo, parece dar a entender PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1427, núm. 23.

no todos los delitos que usualmente se califican de infracción de deber contienen un injusto que se fundamenta exclusivamente en la infracción de tal deber, sino que vulneran además un bien jurídico («estáticamente») merecedor de tutela penal ¹⁴.

Realizadas estas aclaraciones sobre la concepción de Jakobs y retomando el hilo principal de la caracterización de los delitos especiales, cabría sostener, pues, que, con independencia de la crítica que, desde la perspectiva de su legitimidad político-criminal, merezca la existencia de delitos puros de infracción de un deber y con independencia de la fundamentación que de ellos se ofrezca, lo cierto es que de *lege lata* tal distinción entre delitos especiales de pura realización típica y delitos especiales de infracción de un deber es imprescindible para descubrir la diferente esencia de los tipos especiales propios (dado que en algunos de ellos indudablemente podemos encontrar delitos que incluyen la infracción de un deber específico como elemento necesario, co-fundamentador, del injusto) y, en concreto, para resolver una tarea de gran trascendencia, como es, singularmente, el ámbito de aplicación de la institución del actuar en lugar de otro, tarea en la que no me puedo detener aquí.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, cabría decir que normalmente los delitos de pura realización típica (o de dominio) se configuran en los tipos penales como delitos *comunes*, cuyos destinatarios son todos los ciudadanos; pero puede suceder que algunos delitos de pura realización típica se construyan como delitos *especiales*, en virtud de lo cual el círculo de posibles autores se restringe a determinadas personas que se hallan en una situación de mayor proximidad en relación con el bien jurídico protegido. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, a efectos de determinar la autoría en estos delitos, el criterio de imputación del hecho delictivo continúa siendo la creación o el aumento del riesgo no permitido, dado que las personas que aparecen descritas como sujetos activos no están obligadas con anterioridad a la configuración de la norma penal a la tutela de un bien jurídico, sino que lo que hace el tipo es limitar el mandato penal a cierta clase de sujetos caracterizados por ostentar una determinada posición dentro del ámbito de protección de la norma ¹⁵.

¹⁴ Por tanto, conviene dejar bien sentada la idea de que, a mi juicio, el hecho de que en algunas figuras delictivas se exija la infracción de un deber como un elemento del tipo de acción no implica que tal infracción de deber agote el contenido del injusto de dichas figuras.

¹⁵ En el vigente CP español existen numerosos ejemplos de delitos especiales de pura realización típica. Por citar únicamente ejemplos en el ámbito socioeconómico artículos 257, 259, 261 282, 285, 291, 292 y 293. Y, en este sentido, cabe resaltar también la depurada caracterización de ROBLES PLANAS (2003, pp. 240 ss., 2007, pp. 129 ss., y 2020, pp. 157 ss.), quien distingue entre delitos especiales de deber (que serían los delitos especiales en sentido estricto) y delitos de posición (que no serían delitos especiales en el sentido tradicional): en los primeros, el legislador selecciona una serie de posiciones de afectación al bien

Por el contrario, los delitos puros de infracción de un deber se caracterizan siempre por el dato de que la fundamentación del injusto queda restringida a la vulneración de deberes jurídicos específicos de carácter institucional.

Con todo, a la vista de las precisiones anteriormente efectuadas, se hace preciso distinguir, a mi juicio, una tercera categoría, intermedia entre los delitos de pura realización típica (o de dominio) y los delitos de infracción de un deber institucional, que se podría calificar de delitos especiales propios de *naturaleza mixta*¹⁶. Son delitos que, indudablemente, se construyen sobre la base de la infracción de un deber extrapenal, pero que presentan un contenido de ilicitud que no se agota exclusivamente en ese dato, en la medida en que el tipo exige un requisito ulterior elemento que comporta la lesión o el peligro para un bien jurídico firmemente delimitado, cuya preservación compete en principio (antes de la tipificación de la norma penal) genéricamente a todos los ciudadanos, y que posee una dimensión general accesible a la responsabilidad de terceros no cualificados. En otras palabras, en estos delitos la infracción del deber extrapenal específico es ciertamente un elemento integrante del tipo y, por consiguiente, delimita el círculo de sujetos activos, pero no fundamenta exclusivamente el injusto, con lo cual la determinación de la autoría no sólo exige la presencia de tal infracción del deber, sino además la atribución del ulterior (o ulteriores) requisito típico con arreglo al criterio general caracterizador de la autoría de los delitos comunes¹⁷.

No obstante, el problema que se plantea (tarea pendiente de estudio detenido en la doctrina española) es que no existe unanimidad en nuestra doctrina a la hora de señalar qué delitos quedarían integrados en la categoría de los delitos mixtos¹⁸.

jurídico, pero el injusto no consiste primariamente en la lesión del bien jurídico a través de esa posición sino en el incumplimiento de un haz de deberes que la define; en los segundos, su particularidad con respecto a los delitos comunes reside únicamente en que para la constitución del tipo es necesaria la «posición» que otorga idoneidad o relevancia típica al hecho, posición que no determina *per se* la autoría, por más que generalmente suceda que quien ocupe dicha posición será el autor del delito (aunque no tenga que ocurrir necesariamente así, porque el que ocupa la posición no llega a dominar o a configurar el hecho desde ella y es, en cambio, un tercero quien lo hace, usurpando la posición o subrogándose en ella).

¹⁶ Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, pp. 311 ss. (2022, pp. 411 ss.) y 2010, pp. 70 ss.

¹⁷ En un sentido similar, vid. SILVA SÁNCHEZ, 2005, p. 69 y 2025, pp. 1299 ss.; ROSO CAÑADILLAS, 2018, pp. 519 ss., especialmente, pp. 544 ss., y 2019, pp. 2 ss., especialmente, pp. 21 ss. A mi juicio, un genuino ejemplo de la clase de delitos mixtos sería el delito del artículo 305 (consecuentemente, también el delito del artículo 307), según apunté ya en mi libro de 1995 (pp. 37 ss.). También serían claros ejemplos el delito del artículo 279.1.º (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, pp. 70 ss. y 91 ss.; vid. además TORRES CADAVID, 2020, pp. 1131 ss.) y el delito del artículo 316 (vid. HORTAL IBARRA, 2005, pp. 246 ss., quien propone un entendimiento de este precepto que viene a identificarse con la categoría mixta que aquí se sugiere).

¹⁸ Y así mientras, p. ej., unos (v.gr., SILVA SÁNCHEZ, MARTÍNEZ-BUJÁN, TORRES CADAVID) incluimos el delito del artículo 305 en esta categoría, otros consideran que es un delito especial de «pura»

Pues bien, en un sentido próximo a la categoría de los delitos de naturaleza mixta cabría situar la categoría de los delitos que se fundamentan en un elemento «limitadamente personal», a la que alude Peñaranda¹⁹, y cuyo prototipo serían los delitos contra la Administración pública y otros delitos de funcionarios. A su entender, estos delitos especiales se diferenciarían, de un lado, de aquellos delitos especiales (más arriba citados) caracterizados por el dato de 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 (delitos que se vendrían a identificar con los que aquí denomino convencionalmente delitos de pura realización típica), y, de otro lado, se diferenciarían de aquellos delitos especiales en los que el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto posee un sentido «exclusivamente personal». Dejando de momento al margen la concreta caracterización de este último grupo (que para Peñaranda²⁰, sería un fenómeno sumamente raro, citando como posible ejemplo –dudoso– el de la habitualidad en la receptación de faltas del antiguo artículo 299-1 CP –dejado sin contenido en la reforma de 2015–), parece que, por de pronto, la categoría de los delitos especiales con elementos «limitadamente personales» permitiría englobar también todas las figuras que incluyo en los delitos mixtos, o, dicho de otro modo, todos los delitos de naturaleza mixta serían delitos con elementos limitadamente personales en el sentido de Peñaranda. De hecho, según indico más abajo al analizar el ámbito de aplicación del artículo 65.3 CP y la participación del *extraneus* en los delitos especiales, considera Peñaranda²¹ que este precepto se halla dirigido ante todo a regular los casos de delitos que, al margen de elementos puramente personales y completamente impersonales, contienen elementos que poseen un *status* intermedio o (también emplea este vocablo) «mixto».

No obstante, ello no significa que exista una plena identificación entre la categoría de los delitos mixtos que vengo propugnando y la de los delitos con

realización típica (o de dominio). Especial mención merece al respecto la caracterización de ROBLES PLANAS, 2003, pp. 240 ss., quien, partiendo de la (ya apuntada) base de diferenciar entre delitos especiales de dominio (a los que él denomina «de posición») y delitos especiales de infracción de un deber, sostiene que el delito de defraudación tributaria sería un ejemplo de la primera clase, esto es, de la misma naturaleza, en su opinión, que, v.gr., el delito de publicidad engañosa del artículo 282, en la medida en que la infracción del deber no es el núcleo de la conducta típica, sino que aporta únicamente la posición «idónea» para lesionar el bien jurídico. En fin, otros, como Peñaranda muestran sus dudas acerca de que la figura delictiva del artículo 305 pueda ser considerada como un delito especial: *vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1431, núm. 33, quien, con todo, en privado (y asumiendo el argumento gramatical que yo invoqué en su día) me ha reconocido que, de *lege lata*, dicho delito puede ser considerado especial «pero solo por un gerundio».

¹⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1429 ss.

²⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1429, núm. 30.

²¹ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1449.

elementos «limitadamente personales» que propone Peñaranda, puesto que, dada su diferente fundamentación –y aunque no se pronuncie explícitamente al respecto–, Peñaranda seguramente incluirá entre los delitos con elementos limitadamente personales algunos de los que aquí califico como puros delitos de infracción de deber –en el sentido de que, a mi modo de ver, su injusto consiste exclusivamente en la infracción del deber, como sucede, paradigmáticamente, con los delitos de los artículos 294 y 310.a) CP–, en la medida en que, a su juicio, tendrían, en el contexto de la realización del hecho típico, una dimensión general, accesible a la responsabilidad de terceros²².

III. LA CARACTERIZACIÓN DE LA AUTORÍA

Peñaranda parte de la base de que el *criterio de autoría* para caracterizar al autor en sentido estricto que debe ser acogido a la vista de la regulación del CP español es el criterio de la *realización típica* (criterio que es común a los hechos dolosos y a los imprudentes) y parte asimismo de la idea de que la autoría no es una parte separada del tipo, dado que la determinación del concepto de autor presupone precisar objetivamente el «alcance del tipo» correspondiente²³.

Sentadas tales premisas, aclara de modo consecuente que dicha caracterización se opone a una entendimiento constitutivamente *material* de la autoría²⁴, siendo, por tanto incompatible ya, de entrada, con todas las tesis que se basan en la idea del *dominio del hecho* (incluyendo aun la versión más restrictiva según la formulación de Roxin), o en ideas afines, como la de la *pertenencia* del delito, sustentada por Mir, o, en fin, y por descontado, con las tesis que se fundamentan en la idea de la *competencia* (o dominio competencial del hecho), en el sentido formulado primigeniamente por Jakobs.

Como ya puse de relieve en diversos trabajos, las premisas que se acaban de apuntar deben ser plenamente asumidas desde la perspectiva de la concep-

²² Así puede deducirse de lo que refleja en PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1430, núm. 30.

Por lo demás, con relación al muy restringido ámbito que Peñaranda otorga al grupo de los delitos con «sentido exclusivamente personal», cabe destacar también la discrepancia que manifiestan ROBLES PLANAS/RIGGI, 2008, pp. 13 ss. (y 2014, pp. 72 ss.), quienes sugieren que Peñaranda debería haber interpretado desde tal perspectiva todos los delitos especiales que no fuesen «de posición» (o de dominio). Con todo, *vid.* la réplica de PEÑARANDA RAMOS (2014, pp. 341), sobre la base de subrayar el diferente entendimiento que él propugna de los delitos de infracción de un deber, que le lleva a partir de la premisa de que en los delitos especiales (con elementos limitadamente personales o, si se prefiere, con elementos de deber) siempre existe un injusto común que *intranei* y *extranei* pueden compartir.

²³ PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 887 ss.

²⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 894 ss.

ción significativa que acojo. En efecto, de conformidad con los postulados de esta, hay que tener en cuenta que, si bien cabe hablar de *autoría* en sentidos diversos, el concepto más básico y principal es el que va referido al plano *lógico* (no valorativo) de la determinación de quién lleva a cabo el hecho definido en un tipo penal, que es lo único que es *susceptible de hacerse*: en otras palabras, se trata de un problema que, en el seno de la teoría jurídica del delito, va vinculado exclusivamente a la acción.

Como escribe Vives, no hay nada más básico o nuclear que la *realización de la acción típica* tal y como esta se describe por el legislador, que es lo que constituye el significado social primario de la conducta humana y sobre el cual podrán después añadirse otras determinaciones de sentido. La acción u omisión que siguen o quebrantan una regla son, junto con el lenguaje (con el que aquellas se hallan inexorablemente entrelazadas), origen y portadores del significado. Antes de la acción y del lenguaje no hay nada que pueda determinar el sentido que viene a la vida social con ellos. En suma, solo puede ser autor la persona que lleva a cabo, en todo o en parte, el hecho típico. No se trata, pues, de dilucidar la cuestión *sustantiva* de a quién cabe atribuir mayor *responsabilidad* por la realización de un hecho, sino la cuestión más limitada, por ser puramente conceptual, de a quién cabe tener por autor. Esta premisa metodológica aparece inequívocamente plasmada en el CP español, que (a diferencia de otros Códigos como el alemán) distingue entre un concepto de autoría concebida como realización del tipo penal y un concepto de responsabilidad a título de autor, acompañado de criterios para castigar como autores a quienes materialmente son solo partícipes²⁵. Repárese en que el CP español no explicita en qué consiste la *realización* del hecho típico que caracteriza a la autoría. Esta ausencia de explicitación se acompasa con la premisa de la concepción significativa, puesto que, si se asume que es imposible formular un supraconcepto material y unitario de acción, también lo será definir unitariamente lo que entendemos por realizar una acción.

²⁵ Vid. VIVES ANTÓN, 2011, pp. 784, 791 y 794. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, pp. 24 ss., con amplias indicaciones bibliográficas de otros trabajos de Vives, así como de otros penalistas que adoptan también los postulados de la concepción significativa.

Sobre la caracterización de la autoría en el marco de la concepción significativa, adoptando como punto de partida la perspectiva «objetivo-formal», *vid.*, con amplitud y con indicaciones bibliográficas, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, pp. 26 ss. En particular, hay que hacer hincapié en que –según explico en pp. 26 ss., núm. 10– acojo la perspectiva formal como un «punto de partida o premisa básica». Pero, obviamente, ello no implica que acoja la versión «clásica» de la teoría objetivo-formal, puesto que dicho punto de partida deberá ser completado con ulteriores criterios restrictivos, avanzando en la línea emprendida por la denominada versión moderna o modificada.

Ciertamente, sobre la base de la apuntada caracterización de la autoría, puede advertirse una coincidencia sustancial con el criterio de la *determinación objetiva del hecho*, elaborado por Luzón Peña, y desarrollado, con matices propios, por Díaz G.-Conlledo principalmente –aunque no exclusivamente– para los delitos dolosos, y por Roso Cañadillas para los imprudentes²⁶. No obstante, subsiste una divergencia con este criterio: tal criterio no viene a añadir nada nuevo al criterio de la *realización típica*. Una divergencia que comparte Peñaranda²⁷, quien, tras ofrecer una caracterización coincidente con la que propongo, matiza que el criterio de la *determinación objetiva del hecho* supone «una duplicación innecesaria» frente al de la realización típica, criterio este que él considera «suficiente por sí solo para definir el comportamiento del autor en sentido estricto».

IV. LA PARTICIPACIÓN: LA ACCESORIEDAD CUALITATIVA Y LA REGLA DEL ARTÍCULO 65.3 CP

En diferentes trabajos, elaborados desde la perspectiva de la concepción significativa, he venido sosteniendo que el criterio que debe regir en materia de accesoriadad cualitativa de la participación es el de la *accesoriadad mínima objetiva*, lo que en la terminología de la concepción significativa se traduce en la idea de que el elemento que se toma como referencia para permitir el castigo de la participación (así como también para las actuaciones defensivas de terceros) es el hecho de que se realice una conducta que encaje en un tipo de acción *objetivamente* relevante y ofensivo para un bien jurídico-penal, sin que se exija además que ese hecho sea ilícito (o *antijurídico* en el sentido usual del término, empleado por la doctrina dominante)²⁸.

Este criterio es compartido por Peñaranda, quien, por lo demás, en diferentes ocasiones me ha transmitido su pleno acuerdo en este punto y en concreto con mi trabajo monográfico dedicado a esta materia²⁹. Y no podía ser de otro modo, dado que en realidad, mucho antes de que yo llegase a proponer dicho criterio sobre la base de la concepción significativa del deli-

²⁶ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, pp. 46 ss., con amplias indicaciones bibliográficas de los autores citados en el texto. En particular, sobre la posibilidad de recurrir a «criterios adicionales materiales» que permitan ofrecer un concepto «general» más depurado de autor, *vid.* pp. 66 ss.

²⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 890 ss. y 900.

²⁸ Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2013, p. 90, núm. 146 y 147 y, posteriormente, con amplitud, *vid.* EPCr, 2020, pp. 857 ss. En idéntico sentido y con terminología similar *vid.* SILVA SÁNCHEZ, 2020, pp. 796 ss. y 798, y 2025, nms. 16/45 ss. (pp. 1198 ss.).

²⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, EPCr, 2020, pp. 857 ss.

to, ya Peñaranda (desarrollando una idea sugerida por Pedrazzi y por Rodríguez Mourullo, en el sentido de que «no se participa en el *delito* en sí –hecho ya valorado–, sino en el *hecho*», y que «normalmente a unidad de hecho corresponde unidad de valoración, pero a veces el mismo y único hecho es susceptible de ser calificado –valorado– en atención a la *intención específica* o por la personal condición de algunos de los participantes, conforme a figuras delictivas diversas»)³⁰, escribía que, a la vista de la «parca regulación» que ofrece el CP español en esta materia, «no existen inconvenientes especiales para alcanzar una solución que permita, en general, adecuar la responsabilidad de los partícipes al contenido del injusto y de la culpabilidad de la conducta por ellos realizada»³¹. De ahí que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el alemán, en el CP español no hay obstáculo para interpretar que la accesoriedad del partícipe debe ir referida, no al tipo delictivo ya valorado, sino al sustrato fáctico de los tipos de la parte especial, con independencia de la valoración que el Derecho penal haga de tal sustrato fáctico³².

Por otra parte, en lo que concierne a la controvertida regla contenida en el artículo 65.3 CP, Peñaranda ha descrito magistralmente por qué esta disposición cobra pleno sentido llegado el momento de resolver, ante todo, el problema de la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de naturaleza mixta, como ya puse de relieve en su momento³³.

En efecto, partiendo de su caracterización de los delitos especiales, Peñaranda entiende acertadamente que «el único campo de aplicación razonable» del precepto se halla allí donde las «condiciones, cualidades o relaciones personales» del autor tienen el carácter de circunstancias mixtas de fundamentación de la responsabilidad criminal, esto es, lo que él denomina un carácter solo «limitadamente personal»³⁴. Dado que estos delitos tendrían, en el contexto de la realización del hecho típico, elementos personales pero con una

³⁰ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, p. 866 (planteamiento esbozado ya antes en DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, 1962, pp. 185 y 211). Las cursivas son mías. Posteriormente, reitera este autor su idea en el Prólogo a PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 17, quien también la asume en esta obra. Vid. PEDRAZZI, 1952, p. 91.

³¹ PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 341.

³² Justo es reconocer que esta era la interpretación que proponía DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, 1991, pp. 245 ss. para los casos de fuerza directa del antiguo artículo 14 núm. 1 del CP. A ello cabe añadir que, haciéndose eco de esta posición, el propio PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 337, núm. 55 consideraba que «es teóricamente posible interpretar la idea de accesoriedad mínima en el sentido de que con ella solo se exige que el “hecho” principal cumpla formalmente las características de una determinada figura de delito, extendiendo así a todas las formas de participación el concepto de hecho» propuesto por Díaz.

³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, pp. 97 ss.

³⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1429 ss.

dimensión general, accesible a la responsabilidad de terceros, la solución que proporciona el artículo 65.3 es adecuada, al consistir materialmente en una escisión de ambos aspectos para discriminar el tratamiento de los sujetos cualificados y no cualificados: del aspecto general o «impersonal» todos responden; del «personal», solo quienes muestran la respectiva cualificación, porque estos tienen un motivo más para atenerse al Derecho y en consecuencia les es exigible, más que a cualquier otro, hacerlo³⁵.

En cambio, lo que resulta inadecuado es que en los delitos especiales propios de pura realización típica (o de dominio) el *extraneus* inductor o cooperador necesario (o incluso el coautor «material») merezca, por el mero hecho de serlo, una atenuación de la pena que corresponde al autor *intraneus*³⁶. Así lo sostiene también Peñaranda, quien, en relación a estos delitos, considera que una atenuación de la pena para el que se encuentra fuera del círculo de autores idóneos resulta ya de antemano injustificada.

En fin, en lo que atañe a los delitos que se fundamentan exclusivamente en la infracción de un deber (o delitos «puros» de infracción de deber), la cuestión de saber si el artículo 65-3 puede ser aplicado, es más compleja, entre otras razones porque –como ya señalé– no hay unanimidad en la doctrina sobre la caracterización de esta categoría.

Peñaranda considera que en esta clase de delitos el *extraneus* no puede responder a título de partícipe (salvo que infrinja deberes propios legalmente previstos), sobre la base de entender que el *extraneus* no infringe el deber específico del *intraneus* que fundamenta exclusivamente el injusto. Ahora bien, es preciso recordar que, como indiqué en el epígrafe anterior, Peñaranda se refiere sólo a los delitos en los que el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto cualificado tiene (según su terminología) un «sentido *exclusivamente* personal»; delitos que, en su opinión, son –recuérdese– un fenómeno sumamente raro en el caso de que *fundamenten* (y no meramente *agraven*) la punibilidad³⁷. Por tanto, en punto a esta categoría, no creo que Peñaranda incluya en ella los delitos de infracción de deber, ni siquiera en la versión más estricta que personalmente acojo, restringida a aquellas figuras cuya tipicidad consiste, en su literalidad, exclusivamente en la infracción del deber [v. gr. arts. 294, 310.a)], puesto que, con arreglo a la caracterización que ofrece este penalista, también dichas figuras seguramente se reconducirían a la citada categoría de los delitos especiales con elementos «limitadamente personales».

³⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1449 ss., siguiendo una línea propuesta por Puppe en la doctrina alemana, de la que PEÑARANDA se hace eco en p. 1430.

³⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, p. 97 y núm. 185.

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1429.

A mi juicio, la calificación de un delito como *puro* delito de infracción de un deber tendría que conducir a la impunidad del partícipe *extraneus*. Pero conviene insistir en que, según la caracterización que aquí se acoge, ello afecta a un muy reducido grupo de delitos (ciertamente no tan restringido como el que propone Peñaranda, pero mucho más que el que sugieren otros autores como, v. gr., los más arriba citados Robles/Riggi), cuyo injusto se construye *exclusivamente* sobre la base de la infracción de un deber extrapenal, y que son, pues, meros delitos de peligro abstracto con función puramente organizativa formal, en atención a lo cual cabría interpretar que dicha infracción de deber posee un sentido también exclusivamente personal.

Así, más allá de casos como los citados *supra* –artículos 294 y 310.a) CP–, tales delitos puros de infracción de deber también serían un caso bastante excepcional y, desde luego, en mi opinión, no cabría incluir en dicha categoría los delitos contra la Administración pública y otros delitos de funcionarios.

La única duda podría venir dada por los delitos de prevaricación (algunas de cuyas figuras se incluyen formalmente entre los delitos socioeconómicos, en los artículos 320, 322 y 329, calificadas usualmente como prevaricaciones específicas), puesto que (como proponen algunos penalistas) tal vez pudiera sostenerse que en estos delitos el injusto viene definido exclusivamente por la lesión de un deber específico entre el obligado y la institución a la que sirve, sin que sea posible identificar una lesividad diferente a la de la propia lesión de aquel deber³⁸. No obstante, me inclino a pensar que, si bien es cierto que deben ser caracterizados como delitos con elementos personales a los efectos de la imposibilidad de trasladar el deber por la vía del artículo 31, cabría entender que tendrían, además, en el contexto de la realización del hecho típico, una dimensión general, accesible a la responsabilidad de terceros, que permitiría fundamentar el castigo de la participación, y en cuyo caso sería aplicable, obviamente, la regla del artículo 65-3.

Con todo, creo que en el seno de los delitos de prevaricación habría que distinguir todavía entre, por una parte, los delitos genéricos de los artículos 404 y 446 ss., y, por otra parte, los aludidos delitos de prevaricaciones específicas, habida cuenta de que me parece indudable que en estos últimos que existe una lesividad añadida a la infracción del deber específico, integrada por la vulneración del bien jurídico que en cada caso se agrega (la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, el medio ambiente) que fundamenta en todo caso el castigo de la participación del *extraneus*³⁹.

³⁸ Vid. en este sentido, p. ej., ROBLES PLANAS, 2003, p. 243, y 2007, p. 155; ROBLES PLANAS/RIGGI, 2008, p. 30; de otra opinión es, como queda dicho, PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1429 ss.

³⁹ Vid., sin embargo, ROBLES PLANAS, *InDret*, 2013, p. 16.

Otro problema diferente es saber si la regla del artículo 65.3 es aplicable además a los elementos que se limitan a «agravar» (o atenuar) la punibilidad ya fundamentada en otro delito más básico, o sea, saber, ante todo, si dicho precepto se proyecta sobre los denominados *delitos especiales impropios*.

Aunque un autorizado sector doctrinal se ha pronunciado en sentido afirmativo, sobre la base de diferentes razones que en esencia pueden reconducirse a la idea central de que en realidad esta categoría de los delitos especiales «impropios» no existe⁴⁰, lo cierto es que (además de la fundada crítica que en su día esgrimió Peñaranda⁴¹) de *lege lata* el artículo 65.3 CP no incluye en su esfera de aplicación los supuestos de los delitos especiales impropios, puesto que, si nos atenemos a la letra del precepto, hay que llegar a la conclusión de que la interpretación que mejor se adecua al tenor literal es la que limita su ámbito de aplicación a los delitos especiales propios, dado que, al referirse privativamente a los requisitos que «*fundamentan* la culpabilidad del autor», la norma excluye aquellos requisitos que operan como elementos (no ya *fundamentadores*) simplemente modificativos de la pena, por más que el empleo del término «culpabilidad» (que sustituyó al vocablo «responsabilidad» del Proyecto) no haya sido en todo caso afortunado⁴².

⁴⁰ Vid. singularmente GÓMEZ MARTÍN, 2003, pp. 669 ss.; en una línea similar, vid. RUEDA MARTÍN, 2010, pp. 75 ss. Asimismo, a idéntica conclusión llega SÁNCHEZ-VERA (2002, pp. 249 ss. y 288 ss.) desde su particular concepción metodológica, partiendo de la base de que en el seno de la categoría de los delitos especiales de infracción de deber no tienen cabida los denominados delitos especiales de infracción de deber «impropios».

⁴¹ PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1434 ss. y 2008, pp. 1438 ss., y 2014, pp. 318 ss., respectivamente.

⁴² En su libro de 2006 (pp. 505 ss. y 538 ss.) GÓMEZ MARTÍN cree que la redacción del precepto contenido en el artículo 65.3 se adecua mejor a la tesis «unificadora» por él mantenida, de otorgar el mismo tratamiento a todos los delitos especiales, habida cuenta de que en su opinión los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales «fundamentan» en todo caso (sean propios, sean impropios) la pena. Sin embargo, si, de acuerdo con un importante sector doctrinal, se parte de la base de que en los delitos especiales impropios los elementos delimitadores de la autoría no «fundamentan» la culpabilidad del autor, sino que sirven simplemente para «modificar» la pena de un mismo tipo de injusto (p. ej., Cobo/Vives) o de una figura básica (p. ej., Peñaranda), entonces el artículo 65-3 puede ser interpretado con arreglo a los postulados de la solución «individualizadora», entendiéndose que únicamente es aplicable a los delitos especiales propios. El propio GÓMEZ MARTÍN reconoce que no cabe descartar una interpretación del artículo 65.3 en la línea de la solución «individualizadora», y que, para imponer la solución «unificadora» de todos los delitos especiales, lo más correcto habría sido utilizar otra redacción en la que no se diferenciase entre elementos fundadores y modificativos de la pena, como la de aludir a aquellos requisitos «que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo» (2006, pp. 543 ss.). Por lo demás, aun reconociendo a efectos meramente dialécticos que el artículo 65-3 fuese aplicable también a los delitos especiales impropios, siempre se podría interpretar que en realidad se limitaría a establecer una especie de regla de determinación de la pena, en virtud de la cual se facultaría al juez para imponer al *extraneus* el «marco penal» del delito especial, pero no expresaría el título de imputación por el que debe responder el *extraneus*, que podría seguir siendo el del delito común; el propio GÓMEZ MARTÍN, 2006, p. 548) admite que, desde las premisas de la solución «unificadora», lo correcto habría sido que en el artículo 65.3 incluyese una redacción en la que se aclarase que el *extraneus* en un delito especial impropio no sólo responde «con la pena» prevista para el *intraneus*, sino que responde «por» el delito especial.

Ahora bien, ello no se opone, en su caso, a aplicar por analogía la regla establecida en dicho precepto a esta clase de delitos, de tal forma que el *extraneus* que participa en un delito especial impropio pueda responder con base en el delito cometido por el autor cualificado (y no con base en el delito común correspondiente) y ser objeto después de una rebaja de la pena en un grado.

En este sentido se ha pronunciado (con su característica brillantez) Peñaranda⁴³, en referencia, obviamente, a los elementos típicos *limitadamente personales* de carácter agravatorio, agregando que dicha aplicación analógica no iría acompañada de más peculiaridad que la derivada del dato de que el artículo 65.3 viene a crear o definir⁴⁴, por así decirlo, una especie de «tipo intermedio» al que referir el castigo del *extraneus*: ello significa que este castigo deberá ser algo menor que el previsto para el delito especial, pero algo mayor que el asignado al tipo básico correspondiente (cuyo contenido de desvalor material está *implícito* en el tipo cualificado realizado), lo cual, por lo demás, a juicio de Peñaranda, constituiría una *pauta adicional* para determinar la pena y, en particular, para decidir cuándo se habrá de hacer uso, o no, de la atenuación facultativa prevista en el artículo 65.3⁴⁵.

Evidentemente, la regla del artículo 65.3 no entraría en juego en aquellos casos en que el elemento agravatorio fuese *puramente* personal, porque entonces sí habría que romper el título de imputación y hacer responder al partícipe *extraneus* por el delito común correspondiente, como, a juicio de Peñaranda, sucedía paradigmáticamente en el derogado delito de parricidio⁴⁶ y como debe suceder, a mi juicio, en la actualidad con los elementos susceptibles de ser calificados como puros elementos de infracción de deber.

⁴³ PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1450 y 1452.

⁴⁴ O a «especificar», según aclara en PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 343.

⁴⁵ Añade asimismo que una pauta similar a la apuntada podría seguirse en relación con aquellos delitos especiales «propios» que se estructuran en paralelo a delitos especiales impropios, como sucede en el caso de las falsedades documentales del artículo 390.1 (PEÑARANDA RAMOS, 2014, núm. 88).

⁴⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1425, núm. 16 y núm. 36, quien sigue considerando adecuada esta solución que defendió en su trabajo de 1990 (pp. 355 ss y *passim*) para delitos especiales impropios en los que el elemento en cuestión sea de naturaleza «alta o puramente personal»; en cambio en los delitos especiales impropios de funcionarios la participación del *extraneus* deberá ir referida al delito especial (y no al delito común correspondiente), en la medida en que (según expliqué más arriba) los elementos agravatorios no poseen aquí tan sólo un carácter altamente personal, sino «limitadamente personal».

Y, de hecho, en relación con lo que se acaba de indicar, resulta muy interesante –a la vez que plausible– la explicación que ofrece el propio PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1450 ss. ante la pregunta de por qué el legislador no incluyó explícitamente los delitos especiales impropios en la esfera de aplicación del artículo 65-3: mientras que los elementos que «“fundamentan” la culpabilidad» son muy homogéneos y se adecuan prácticamente en su totalidad al tratamiento semi-accesorio establecido en dicho precepto, los elementos típicos personales que «modifican» la responsabilidad son de muy diferentes clases (unos agravatorios y otros atenuatorios, unos puramente personales y otros limitadamente personales), en atención a lo cual está justificado dejar en manos del intérprete la tarea de encontrar el régimen más adecuado a su respectiva naturaleza, eso sí, sobre la base de los principios que se desprenden del artículo 65 en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: Derecho penal. Parte general, 5.^a ed., Valencia, 1999.
- DEL ROSAL, Juan, COBO DEL ROSAL, Manuel y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1962.
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho penal, Barcelona, 1991.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: La autoría en los delitos especiales, Barcelona, 2003.
- Los delitos especiales, Buenos Aires, 2006.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos: Protección penal de la seguridad en el trabajo, Barcelona, 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, Madrid, 1995.
- Derecho penal económico y de la empresa (Parte general), 2.^a ed., Valencia, 2007.
- Delitos relativos al secreto de empresa, Valencia, 2010.
- El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito), Valencia, 2013.
- La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), Valencia, 2019.
- *La accesoriedad cualitativa de la participación*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL, 2020.
- Derecho penal económico y de la empresa (Parte general), 6.^a ed., Valencia, 2022.
- PEDRAZZI, Cesare: Il concorso di persone nel reato, Palermo, 1952.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, 1990.
- Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid, 1991.
- *Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)*, en Libro Homenaje a González-Cuéllar, Madrid, 2006.
- *Sobre el alcance del artículo 65.3 del CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, en Libro Homenaje a Gimbernat, Madrid, 2008.
- *Autoría y participación en la empresa*, en Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Madrid, 2008.
- *La responsabilidad en los delitos especiales*, en La responsabilidad en los delitos especiales, Buenos Aires, 2014.
- *Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor*, en Estudios penales en homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña, vol. I, Zaragoza, 2020.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, Madrid, 2003.
- Garantes y cómplices, Barcelona, 2007.

- Deberes negativos y positivos en Derecho penal, InDret, núm. 4, 2013.
- ROBLES PLANAS, Ricardo y RIGGI, Eduardo: *El extraño artículo 65.3 del Código penal*, en *La responsabilidad en los delitos especiales*, Buenos Aires, 2014.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Comentarios al Código penal*, en *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona, 1972.
- *Prólogo*, en Peñaranda Ramos, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Los delitos de deber, de dominio y polivalentes de autoría*, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Manuel Maza Martín*, t. II, Pamplona, 2018.
- *Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio*, InDret, núm. 3, 2019.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3*, Granada, 2010.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Jesús: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005.
- *Empresas prevaricadoras. Delitos especiales de funcionarios públicos, sociedades mercantiles y medio ambiente*, en *Libro Homenaje a Górriz Royo*, Valencia, 2020.
- *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2025.
- TORRES CADAVID, Natalia: *La autoría en los delitos especiales mixtos: un análisis a través del delito de defraudación tributaria*, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, vol. I, Zaragoza, 2020.
- VIVES ANTÓN, Tomás: *Fundamentos del sistema penal*, en *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1999.
- *Fundamentos del sistema penal (Acción significativa y derechos constitucionales)*, 2.^a ed., Valencia, 2011.

9. ¿AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ACCESORIA?: LOS EPICICLOS DE LA DOGMÁTICA

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

Hablar de autoría en el homenaje a Enrique Peñaranda puede parecer presuntuoso, o estúpido, o las dos cosas, pero sé que él lo verá de otra manera, como yo lo siento. Durante años, he gozado del privilegio de tenerle a dos puertas, siempre dispuesto al debate, y lo he utilizado de forma poco kantiana en mi provecho: si cualquier idea crítica o supuestamente innovadora que pasaba por mi cabeza superaba el test «Enrique», y lo descolocaba o lograba su acuerdo, había razones para perseverar. Pocas lo han hecho. Su escalpelo ha derribado espejismos y me ha puesto tantas veces en mi sitio. Pero soy contumaz, así que no veo mejor manera de rendirle homenaje que debatiendo de nuevo con él, esta vez por escrito, disculpándome por tratar de forma tan apresurada temas tan complejos, a cuyo entendimiento ha contribuido su obra como pocas.

Lo que pretendo en esta muy breve aportación, en una línea que, desde luego, no es novedosa, es apuntar que el sistema actual, mayoritario en la doctrina, que parte de una aguda distinción entre autor y partícipe ligada al principio de accesoriedad, tiene demasiadas contradicciones, que apuntan a que el sistema está mal en su base.

Los trajes mal hechos acaban desgarrándose por sus costuras, desgarros que en un primer momento se resuelven con remiendos. Pero la acumulación de remiendos suele ser un indicador infalible de que debe rehacerse el traje. Los sistemas científicos funcionan igual. A las incongruencias –nuestros desgarros– se responde inicialmente con refinamientos, y es lo correcto, pero

cuando las incongruencias y las construcciones *ad hoc* se acumulan, casi con toda seguridad hay algo mal en la estructura básica del sistema. El muy conocido ejemplo de los «epiciclos», ingeniosas construcciones con las que el sistema ptolemaico trataba de mantener a flote el sistema geocéntrico, y que se iban acumulando y haciéndose cada vez más rebuscadas, incorporando ecuan-tes y deferentes, hasta que se produjo el colapso del sistema, puede servir como denominación genérica del problema ¹.

La teoría del delito tiene en su seno unos cuantos epiciclos, pero seguramente en ningún sitio se acumulan tanto como en autoría y participación. Si tomamos la obra cumbre de la concepción actual de la intervención delictiva –el *Almagesto* de la autoría–, la monumental *Täterschaft und Tatherrschaft*, de Roxin ², es difícil no tener la sensación de que se desarrolla un sistema alambicado, que multiplica los entes estructurales –delitos de dominio con tres diferentes formas de dominar, de infracción de deber, de propia mano, concepto unitario en la imprudencia–, y luego, en el relato fino vuelve a acumular excepción tras excepción sin una justificación convincente (aunque siempre inteligente). Y esto no es un problema exclusivo de la obra de Roxin. ¿Quién, leyendo de autoría y participación, no ha tenido la percepción de que una y otra vez aparecen excesos o defectos de responsabilidad que se intentan evitar con categorías *ad hoc*, que van poblando el sistema hasta convertirlo en un ejemplo *anti-ockham*?; ¿que en cualquier tema medianamente conflictivo hay tantas propuestas en la academia como modalidades de intervención posibles, porque es imposible llegar a un acuerdo? ³

En mi opinión, ello es consecuencia de un problema estructural del modelo mayoritario, que parte de dos presupuestos erróneos entrelazados: primero, de asumir que hay dos niveles *cualitativamente* distintos de intervenir en un curso delictivo, uno como autor y otro como mero partícipe; segundo, de entender que la responsabilidad del partícipe está *necesariamente* condicionada por la del autor, de manera que la responsabilidad de éste es autónoma y la de aquel accesoria (vicaria). Como el sistema geocéntrico, este esquema tiene a

¹ Hay muchos otros ejemplos de epiciclo. El denodado esfuerzo de las teorías de la creación divina para explicar con ingeniosas construcciones las evidencias de la paleontología y la biología que apoyaban la revolución darwiniana son otro ejemplo perfecto de ello. Un muy interesante examen histórico de esta cuestión puede verse en el libro de JASON ROBERTS, *Todos los seres vivos. La gran carrera por entender la vida en la tierra*, 2025.

² Aquí citada por la traducción al español de la 7.ª edición, ROXIN, 2000.

³ En su obra clásica sobre el principio de accesoriedad, además de hacer un magistral estudio del origen histórico del principio de accesoriedad y su aplicación actual, nuestro homenajeado recoge y analiza con su habitual finura muchas de las incongruencias que provoca este principio en su colisión con el principio de responsabilidad personal. PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 326 ss. y esp. 336 ss.

su favor algunas ideas intuitivas que la historia ha recogido y a veces amplificado en las leyes penales (como la alemana), pero su debilidad estructural, cuando se aplica, es tal, que provoca una acumulación sin igual de epíclisis, que permiten considerarlo un sistema fallido.

Justificar por completo una afirmación tan radical necesitaría de muchas páginas. Afortunadamente, muchas han sido ya escritas por otros, que han criticado con agudeza las debilidades del sistema⁴. Aquí me limitaré a algunas observaciones generales sobre la cuestión de fondo.

I. ¿DISTINCIÓN CUALITATIVA ENTRE AUTOR Y PARTÍCIPE?

Todo el sistema de intervención en el delito con mayor apoyo entre nosotros descansa en una distinción esencial: hay autores, que responden de forma autónoma, y hay partícipes, que responden de forma accesoria. Pero, ¿cómo determinamos quién cae a cada lado de esta línea?

Descartada hoy casi de forma unánime la distinción subjetiva⁵, hay tres criterios objetivos que, eventualmente, podrían apoyar la distinción de autor y partícipe: un criterio formal, ligado a la redacción de los tipos penales; un criterio material, ligado a un diferente dominio o control del hecho; y un criterio material-normativo, ligado a una diferente competencia legal sobre el curso de riesgo.

Ninguno de los tres suele aparecer de forma pura. Lo más frecuente es que quienes defienden la distinción de autor y partícipe se apoyen a la vez en criterios formales y materiales, de control y de competencia. En los delitos especiales se percibe especialmente bien esta triple sinergia: el tipo obliga a distinguir *formalmente* entre *intranei* –autores– y *extranei* –sólo posibles partícipes–; salvo excepciones, sólo los primeros suelen tener un *dominio* suficiente del curso lesivo; y la especialidad está ligada a una *competencia* específica, que no se da en los *extranei*.

Con esta conjunción, parece difícil sustraerse al atractivo de la teoría mayoritaria. Pese a ello, creo que ninguno de los tres criterios individualmente, y tampoco en conjunción, está en condiciones de sustentar una verdadera distinción cualitativa entre autor y partícipe que justifique la accesoriedad del segundo⁶.

⁴ Por las limitaciones de extensión del trabajo, lamento no poder dar cuenta aquí de estas aportaciones, pero sus argumentos pesan en los míos.

⁵ Que se sustenta en dos errores: pensar que quien realiza el hecho se representa de alguna manera su intervención como principal, de autor, o secundaria, de partícipe; y creer que, incluso si se diera esta representación, ello debería tener alguna trascendencia legal en la responsabilidad.

⁶ En sentido contrario, en favor de una distinción cualitativa, SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 1201ss.

1. ¿Distinción objetivo-formal?

El principio de legalidad *obliga* a dar relevancia a la distinción formal. Nadie puede ser responsable de un delito si su comportamiento concreto no es encuadrable en la ley. Identificar formalmente «autor» con «persona que cumple el tipo penal» y, consecuentemente, «partícipe» con quien, sin cumplirlo, tiene también algún tipo de responsabilidad porque una cláusula general autoriza la *extensión*, es una decisión tan razonable (esta es la principal fuerza del concepto *restrictivo* de autor), como problemática si lo que se busca es una distinción que permita sustentar un principio tan escasamente formal como el de accesoriadad.

El planteamiento formal tiene dos serios inconvenientes, que lo hacen inviable:

— En primer lugar, al identificar autor con persona que formalmente cumple el tipo, no permite dar una explicación razonable a los «tipos de participación», como el artículo 143.1 y 2 (inducción y cooperación ejecutiva al suicidio) y tantos otros, cuya *autoría* consiste precisamente en *participar* en el hecho de otro. Da la impresión de que, con una teoría formal, el inductor, el cooperador necesario o el cómplice de un delito, hoy inequívocamente considerados partícipes accesorios, dejarían de serlo y pasarían a ser autores no accesorios con el simple expediente de redactar un tipo autónomo en la parte especial. Por ejemplo, en el homicidio, con una redacción como la siguiente: «El que matare a otro, o el que indujere a matar a otro, o el que cooperase necesariamente con quien mata a otro será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años. Si la cooperación fuese no necesaria (complicidad), la pena será de prisión de 5 a 10 años». Con tal redacción, y un sistema formal de distinción, se habría legalizado un sistema unitario de autor.

En tal sistema, que la inducción o la cooperación fuera participación accesoria o autoría no accesoria dependería de algo tan arbitrario como que el legislador hubiera optado por hacer punibles estas figuras mediante cláusulas de extensión (participación accesoria) o directamente en tipos de la parte especial (autoría no accesoria). Y la accesoriadad desaparecería por completo con el sencillo expediente de redactar en la parte especial *todas* las conductas punibles, suprimiendo las cláusulas generales de participación.

La necesidad de distinguir entre tipos de autoría y tipos de participación reclama algún tipo de distinción que *no puede ser sólo formal*. El principio de accesoriadad se presenta por la doctrina como un principio fuertemente *material*. Si desapareciese con una mera emigración de la responsabilidad a la par-

te especial, no sería una cuestión sustantiva, vinculada al principio de responsabilidad. Ello invalida una distinción puramente formal.

— El segundo inconveniente es similar al anterior, pero en la dirección opuesta: si sólo es autor quien cumple los requisitos del tipo de la parte especial, figuras que hoy son indiscutidamente consideradas de autoría, como la coautoría o la autoría mediata, dejarían de serlo en aquellos casos en los que el comportamiento del sujeto no cumple formalmente el tipo. Si bien la presencia de cláusulas generales, como la del artículo 28 pfo 1.º CP, permitiría *extender* la autoría en estos casos, ya no sería algo distinto de lo que sucede en la participación, con las cláusulas extensivas del artículo 28 pfo. 2.º.

Podría negarse esta objeción, interpretando que las disposiciones de autoría de la parte general no son constitutivas (extensivas del tipo), sino meramente declarativas. Pero, aunque esto es cierto a veces, porque la redacción de algunos tipos, en particular los denominados tipos prohibitivos de causar, permiten sin analogía subsumir en ellos conductas de coautoría y de autoría mediata, es inequívocamente incorrecto en otros casos. En los delitos en los que se pormenoriza la acción prohibida, sólo quien la ejecuta por sí mismo cumple formalmente el tipo, de manera que la conducta de quien instrumentaliza a otro («autor» mediato), o se reparte en plano de igualdad con él eslabones del curso causal («coautor»), sólo es punible si una cláusula general, como la del artículo 28 pfo. 1.º, permite la extensión, y sólo dentro de los límites que permita la redacción de la cláusula extensiva⁷. Ello, de nuevo, invalida una distinción puramente formal entre autor y partícipe, que, de ser posible, debería apoyarse en diferencias materiales, como el dominio del hecho o el reparto de competencias.

2. ¿Diferente dominio/control del hecho?

Una distinción material es aquella que se vincula a la relación del sujeto con el hecho delictivo, y no meramente a la redacción formal de los tipos penales. La forma aparentemente más prometedora de poder distinguir autor y

⁷ En el caso del artículo 28.1, por ejemplo, contra lo que se ha afirmado en ocasiones, no es cierto que suponga la desaparición de los delitos de propia mano. En algunos casos es así, pero sigue habiendo hechos que son atípicos porque algún requisito legal no es posible en ningún sentido realizarlo a través de otro. Uno puede, por ejemplo, casarse por poderes instrumentalizando a otro, pero es él quien debe casarse, así que quien instrumentaliza a otro para cometer bigamia sigue sin cometer bigamia, aunque exista el artículo 28.1 CP. Para que abarcara también estos hechos, sería necesario dar al 28 una redacción más amplia. Una propuesta, y un análisis detallado de esta cuestión puede verse en MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, pp. 983 ss.

partícipe es identificando un distinto nivel de *dominio* sobre el hecho. No es extraño que, cuando Roxin distingue grupos de delitos a efectos de participación, el grupo principal se denomine precisamente delitos de dominio⁸. En esta concepción, habría un nivel máximo, correspondiente al autor, que, de diferentes maneras, verdaderamente controlaría el suceder de los hechos, y un nivel inferior, el del partícipe, que, sin dominar el hecho global, contribuiría al hecho del autor, siendo, por ello, su responsabilidad accesorio.

Todas las teorías objetivo-materiales, con matices insustanciales que no alteran el núcleo común, han centrado su atención en esta idea. El autor directo, el coautor y el autor mediato serían los únicos autores, porque tienen dominio/control del hecho, que por eso *les pertenece*, y el inductor, el cooperador necesario y el cómplice serían sólo partícipes en hecho ajeno.

La plausibilidad de esta tesis depende, entonces, de *dos presupuestos*: primero, que, efectivamente, puedan distinguirse dos niveles de intervención, uno con dominio/control/pertenencia del hecho y otro sin verdadero dominio, pero con alguna eficacia causal a través de quien lo domina, que justifique la sanción; y segundo, que la línea entre ambos discurra precisamente por donde se ha trazado. Un examen detallado muestra que ambos resultan falsos, aunque de manera distinta. El primero tiene, al menos, una base cierta, que justifica que la ley haya hecho algunas distinciones, aunque en su núcleo no es correcto: no hay dos niveles, uno con dominio y otro sin él, sino más bien una escala gradual de más o menos dominio. El segundo es simplemente erróneo: la teoría mayoritaria, centrada en el dominio del hecho, traza la línea entre autor y partícipe apoyándose en un presupuesto prácticamente metafísico, inmune, como tal, a cualquier evidencia, erróneamente derivado del principio de responsabilidad personal⁹, según el cual la intervención posterior de un sujeto responsable supone la pérdida inevitable de dominio de quien actuó en primer lugar, que sólo podría ser partícipe accesorio. Eso diferenciaría al inductor o el cooperador, sin dominio, del autor mediato o el coautor, que tienen respectivamente un dominio de la voluntad ajena o un dominio funcional. Veamos, con algún detalle, ambas objeciones.

⁸ ROXIN, 2000; 2014, pp. 69, núm. 13 y pp. 80 ss. La teoría del dominio del hecho se ha convertido, entretanto, en mayoritaria, aunque no se puede hablar de una sola teoría porque esta expresión está afectada de la misma general imprecisión que aqueja a toda la teoría de la intervención en el delito. Una conocida propuesta de restricción de la teoría del dominio del hecho es la de Luzón Peña y Díaz y García Conlledo de requerir una «determinación objetiva y positiva del hecho». LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023 y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 625 ss.

⁹ Sobre este principio, ROXIN, 2000; HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, pp. 150 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, 2006, pp. 86 ss.

2.1 ¿DOMINIO DEL AUTOR Y NO DOMINIO DEL PARTÍCIPE?

Que es posible identificar en la realidad diferentes niveles de controlar un hecho es algo difícilmente discutible. Pero aceptar que pueden distinguirse niveles de dominio, y determinar cuáles sean, requiere primero determinar qué es dominar (controlar) un hecho en general.

Si prescindimos de expresiones tan frecuentes como vagas para definir el dominio, como que el hecho «pertenece» al sujeto, que es «su señor» o «su dueño», que «lo tiene en sus manos», que «lleva las riendas», que «es el protagonista central», etc.¹⁰, hechas a medida del prototipo de «autoría», que es la directa –autor único– y dolosa –particularmente con dolo de primer grado–, pero que cada vez son más imprecisas en otros casos, parece que una distinción material que aspire a otorgar una base sólida a la distinción de autor y partícipe debe situarse en el plano del *control causal* del suceso: la capacidad positiva del sujeto de conseguir que suceda, y/o la capacidad negativa de evitar que suceda¹¹.

Este control causal opera en varias fases. El origen de cualquier control humano se encuentra en la mente, en particular en el córtex, que toma voluntariamente la decisión de hacer o no hacer (primer nivel causal). A partir de ahí, el pensamiento ejecutivo se trasmite al propio cuerpo (segundo nivel) y luego al resto del entorno, donde desencadena efectos guiados por leyes causales (tercer nivel). Los tres niveles reflejan la secuencia temporal del comportamiento voluntario, pero no hay entre ellos diferencias sustantivas:

— Acreditar dominio en el primer nivel requiere verificar que el pensamiento ejecutivo procede del yo consciente del sujeto¹². Como aquí no hay más escalones causales, el control suele ser máximo, salvo enfermedades o factores externos que lo alteren.

¹⁰ Una relación de esas expresiones «vacías» puede verse en GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 127 y ss.

¹¹ Aunque, para sortear algunas objeciones fuertes que siempre se plantean sobre si es posible una distinción de autor y partícipe se introduzca con frecuencia la observación de que se trata de un dominio «normativo», lo cierto es que al final el dominio se define en términos básicamente «causales» (como no podía ser de otro modo). Un ejemplo puede ser la definición de Kindhäuser, según la cual «se considera hecho propio aquello que puede ser dominado (causalmente) por el agente», KINDHÄUSER, 2002, cit. p. 14, o ahora la de SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1204, núm. 61, que habla de «dominio configurativo del proceso causal».

El propio ROXIN acaba definiendo el dominio funcional en la coautoría en términos simplemente causales (*infra*, Coautoría y dominio funcional).

¹² Cuestión distinta es si controlamos también nuestra propia personalidad, lo que nos remitiría todavía a un nivel inferior, 0. Como es obvio, esta es la cuestión filosófica y neurológica del libre albedrío, que a los efectos que estamos aquí examinando puede dejarse de lado.

— En el segundo nivel, conseguir dominio es algo más complejo, pero todavía no mucho. Además de la voluntariedad del propio impulso ejecutivo, debe darse una condición añadida: el dominio del propio cuerpo, a través del cual nos manifestamos en la realidad. El cuerpo es un instrumento (por eso puede ser sustituido –por ahora parcialmente– por miembros artificiales que reciben directamente las señales cerebrales) que es movido por el cerebro de acuerdo con las leyes causales de la neurología y la fisiología. Aquí el control empieza a debilitarse. Cuanto más simple es un movimiento, como tocarse la frente con el dedo, el dominio es mayor, pero cuando se hace más complejo, como hacer un salto mortal o un discurso bien hilado, el control suele disminuir, salvo que medie entrenamiento específico. En Derecho penal, la *aberratio ictus* opera mayoritariamente en este nivel de dominio incompleto, como, por ejemplo, cuando un sujeto dispara un rifle con temblor en las manos, alcanzando la bala a quien no quería.

— Por último, en el tercer nivel se alcanza el nivel mayor de complejidad causal, y correlativamente el menor de dominio. Además del control propio de los dos niveles anteriores, si queremos imputar a un sujeto un resultado espacio-temporalmente separado de su propia acción corporal, debemos verificar adicionalmente que conocía la realidad circundante en la que se insertaba su comportamiento (saber ontológico) y las leyes causales de transformación (saber nomológico). Ello permite al protagonista establecer la necesaria conexión entre su acción/omisión y la ocurrencia del hecho.

Cada uno de los sucesivos niveles aumenta la complejidad causal, y con ello disminuye el dominio. Y en el tercer nivel, que admite cualquier marco espacio-temporal, la pérdida de dominio es mucho más perceptible cuanto más *distancia* haya entre la acción y el resultado, hasta hacerse literalmente impredecible cuando las variables aumentan tanto que no hay capacidad de cálculo para evaluarlas (procesos caóticos, que son deterministas pero epistemológicamente no dominables), y cuando aparecen eventos contingentes, como la actuación libre de terceras personas.

Pero es muy importante no olvidar que, en cualquiera de los tres niveles, el dominio causal es siempre incompleto, porque una parte del proceso es incierta para el actuante. Y, como todos los fenómenos inciertos, se mide en términos de probabilidad. Dos factores permiten explicar que el análisis causal de dominio sea siempre probable: el primero, *epistemológico*, es que el conocimiento causal es inductivo, y la inducción es siempre probabilística, ya que se obtiene por generalización a partir de observaciones de hechos anteriores, generalización que puede ser contradicha por evidencias posteriores (como acer-

tadamente mostró Hume); el segundo, *ontológico*, aunque hoy por hoy inverificable, es la existencia de otros eventos contingentes –indeterminados en el sentido fuerte del término– que pueden condicionar la existencia del hecho, como puede ser, en el nivel físico, la indeterminación cuántica, y en el comportamiento humano, la acción libre de otro.

Tenemos, por ello, una *doble contingencia*, lo que significa, nos guste o no, que nuestro dominio de la realidad es siempre y necesariamente parcial. Puede ser muy alto, tanto que la probabilidad de provocar un determinado efecto con nuestra acción/omisión se aproxime a la certeza (probabilidad cercana a 1), o muy baja, lindando con la imposibilidad (próxima a 0), pero nunca es completa. Quien quiera exigir responsabilidad a otro por su dominio sobre un hecho ilícito debe asumir esta limitación, que es literalmente inamovible.

Esencial, para lo que aquí estamos analizando, es destacar que el efecto de ambas fuentes de contingencia, la epistemológica y la ontológica, *es idéntico a efectos de dominio*. Domina igual de poco (o mucho) quien, al actuar, no conoce algún dato de la realidad determinada (algún hecho; alguna ley causal) que quien se encuentra en su camino causal una realidad intrínsecamente indeterminada. En ambos casos sólo podrá predecir con una cierta probabilidad el efecto de su acción, y esa probabilidad marca precisamente su dominio del hecho. Cualquier distinción entre niveles de control, ya sea en la intervención de varias personas en el delito o en cualquier otro ámbito, debe contar con este dato. Sin embargo, la doctrina mayoritaria de la participación no comparte esta identidad, e introduce aquí un principio que marca una línea supuestamente diferencial: la no dominabilidad del comportamiento responsable. Enseguida volveré sobre ello.

Un dominio absoluto sólo se daría en el hipotético, pero irreal caso, de que el comportamiento voluntario y consciente del sujeto fuera el único factor contingente que se insertase en un mundo plenamente determinado, y que el sujeto tuviera las condiciones del demonio de Laplace: un conocimiento ontológico y nomológico perfecto que le permitiera determinar que su hecho es una condición necesaria y suficiente del resultado; que *sólo* su comportamiento, y *siempre* su comportamiento producirá el resultado. Sólo en esta irreal situación el actuante tendría pleno (100 %) dominio del hecho.

Por debajo de este nivel, y nuestra realidad *siempre* está por debajo, el dominio es necesariamente parcial. Debido a la doble contingencia antes señalada, ningún análisis *ex ante* de una conducta permite predecir con certeza absoluta (probabilidad 1) que una conducta producirá el resultado y que su ausencia lo impedirá, y, de la misma manera, contra una percepción extendida,

tampoco un análisis *ex post* permitirá alcanzar una conclusión 100% cierta sobre lo que ya ha sucedido.

Pero esta inevitable limitación no impide reconocer que podemos acercarnos a esa situación ideal muchísimo; tanto, que a efectos prácticos sea indistinguible de la certeza. Llamar «autor» a quien se encuentra en esa zona alta del dominio es completamente natural, pero es necesario recordar que, como en tantos otros ejemplos de categorización en situaciones graduales, tiene sólo un valor aproximado, como demuestra cualquier análisis *step by step*, así que el término va poco a poco perdiendo evidencia cuanto más nos alejamos del dominio máximo. Aunque psicológicamente categorizamos las situaciones graduales mediante prototipos (los ejemplares más extremos de cada categoría, que menos se pueden confundir con otras), lo que nos crea la percepción de que realmente existen estas categorías, lo cierto es que se trata de una ilusión, persistente y difícil de percibir y tratar, pero una ilusión, que alimenta la conocida paradoja de sorites¹³. Así que una distinción categorial, absoluta, entre autor y partícipe, basada en un correlativo sistema dual de dominio o no dominio es sencillamente imposible, lo que no quiere decir que no sea posible hacer distinciones que permitan un sistema de responsabilidad progresivo¹⁴, basado en un mayor o menor dominio del hecho, lo que nos sitúa ante la siguiente pregunta.

2.2 ¿DÓNDE TRAZAMOS LA LÍNEA?

Partiendo de que no hay una línea exacta, si optamos por un sistema de responsabilidad en dos escalones y apelamos a un criterio de diferenciación objetivo material basado en el mayor o menor dominio del hecho, la línea no debería trazarse donde hoy lo hace la doctrina, sino donde siempre estuvo, desde el Código de 1848: en la distinción entre autor y cómplice.

Con buen criterio, el legislador español optó por un sistema dual en el que a un lado situó a los que tienen un mayor control sobre el hecho, a los que la ley «consideró» autores, y al otro a aquellos cuya colaboración es sustituible, por lo que tienen un menor control, los cómplices. Desde el CP de 1848 (art. 11) hasta hoy, y dejando de lado el caso singular del encubrimiento, los Códigos penales españoles han determinado las personas responsables de la

¹³ Sobre gradualidad y categorización, véase MOLINA FERNÁNDEZ, 2005, pp. 691 ss.

¹⁴ Aunque con un punto de partida distinto, también entiende que la distinción entre autor y partícipe no puede ser cualitativa, sino meramente cuantitativa, LESCH, 1995, pp. 73 ss.

misma manera, que recoge el vigente artículo 27: «Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices». Y a partir de esta dualidad, hasta el CP TR 1973 se determinaba quienes eran legalmente autores de la misma forma: «*Se consideran autores*: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado». Así que, de las seis categorías de intervinientes que hoy distingue la doctrina (autor directo, coautor, autor mediato, inductor, cooperador necesario y cómplice), el código, con un criterio material claro, situaba a cinco entre los autores —«se consideran autores»—, por su mayor dominio sobre el hecho, y uno, el cómplice, aparte, porque no lo domina tanto, al ser su aportación reemplazable (no es escasa) ¹⁵.

Esta redacción no impidió que la doctrina española mayoritaria interpretara las palabras de la ley de una manera «peculiar», según la cual, donde la ley decía «se consideran autores», había que entender «recibirán la misma pena que los autores» ¹⁶. Por qué el legislador habría utilizado una frase tan poco apropiada para reflejar esta idea era algo que no se explicaba, pero la cuestión era transparente: no es que al legislador español le gustaran los textos oscuros, es que la doctrina española quería interpretar un texto diáfano, que contiene una definición legal de autoría (no hay alumno o lector neutral que, en su ingenuidad, no lo haya interpretado así; también, continuamente, los tribunales) en clave de la teoría dominante en Alemania, que ve, allí sí con apoyo en la ley, en el inductor un partícipe accesorio. El § 26 StGB, dice, efectivamente, que el «El inductor *será castigado igual que el autor*», una redacción que no alimenta dudas, pero es que, aquí, hasta 1995 decía que el inductor y el cooperador necesario «se consideran autores», lo que directamente apuntaba a una definición legal de autoría, igual que, de manera constante, la expresión paralela del artículo 239, «*se considerarán llaves falsas*», se ha interpretado como una definición legal de llave falsa, que otorga a esta expresión un contenido legal más amplio que el coloquial ¹⁷.

¿Qué razones podría tener el legislador para apartarse del significado más usual del término «autor», que lo identifica con el ejecutor material, y adoptar

¹⁵ Para la distinción entre complicidad y cooperación necesaria sobre la base de la escasez de la aportación, GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 151 ss. Esta construcción pone de relieve seguramente mejor que ninguna otra la gradualidad de la distinción.

¹⁶ Para una interpretación detallada de las palabras del Código penal en esta materia, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 205 ss., que reconoce las ambigüedades del Código, aunque se inclina por la tesis diferenciadora mayoritaria, con mucha tradición entre nosotros.

¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 222, menciona otro ejemplo: la definición de funcionario público del artículo 24.2 CP, que emplea la misma expresión: «se considerará funcionario público...».

una definición extendida que considera también autores al inductor y al cooperador necesario? Con toda probabilidad, las dos ya apuntadas.

Por un lado, como en todas las definiciones legales (de nuevo, el concepto de llave falsa es un ejemplo) el intento de reducir la vaguedad del lenguaje natural por razones de seguridad jurídica. Si en el lenguaje ordinario la precisión es un valor relativo, en el legal es prioritario, así que el legislador no pudo dejar de percibir la ínsita vaguedad del término «autor», no problemático en el prototipo —el autor directo doloso que completa el tipo—, pero cada vez más impreciso según nos alejamos del modelo. Así que, incluir en el Código una definición legal de autoría —se consideran autores—, era lo pertinente. Y ello nos sitúa ante la segunda cuestión.

Para concretar esa definición legal, el legislador apeló, de manera que considero muy acertada, al dato objetivo-material más relevante a efectos de responsabilidad: el dominio o control causal del hecho¹⁸. Atendiendo a este criterio, consideró autores a los que merecen mayor pena precisamente porque tienen un dominio amplio, positivo o negativo del hecho. Y ello abarca al ejecutor de propia mano —el prototipo— pero también a otros intervinientes que tienen en su mano que el hecho suceda o no: los que fuerzan o inducen de manera efectiva a otro y consiguen que lo haga; los que realizan una parte esencial del proceso ejecutivo en colaboración con otros, e incluso los que ponen una condición sin la cual no se habría producido el evento. Todos ellos controlan el hecho típico de manera suficiente como para merecer la sanción máxima. No quiere decir que todos lo controlen igual —el autor directo único es el epítome de la categoría— pero todos aportan condiciones necesarias y normalmente suficientes, verdadero núcleo del dominio causal. No es una casualidad, y sí muy significativo, que el legislador histórico situara en el mismo apartado, con plena identidad de trato, al que *fuerza* a otro a cometer un delito —hoy, indiscutidamente un caso de autoría mediata— y al *inductor* —hoy relegado a la participación—, identificando que ambos controlan el delito de manera negativa —su contribución fue condición necesaria— y generalmente positiva —en un contexto adecuado, son una condición suficiente del resultado—. alguna consecuencia debería haberse extraído de esta equiparación, aunque sea poco complaciente con la interpretación mayoritaria.

El resto de los intervinientes, los cómplices, cuya contribución es fácilmente sustituible, merecen una menor sanción, porque el hecho final es menos

¹⁸ Pero no sólo en esto acertó el legislador histórico. Percatándose de que las dos categorías no eran más que los términos extremos de un dominio que admite gradualidad continua, les fijó marcos de pena sucesivos, de manera que la pena pudiera ajustarse a esa gradualidad de base.

suyo. El dato importante no es que ellos sean partícipes en hecho ajeno, cuestión que, a efectos de dominio causal del hecho, es irrelevante, y que se da igualmente en la cooperación necesaria, sino que tienen un control positivo y negativo reducido. Con alta probabilidad, el resultado se produciría igual si no actuase, porque el autor mantiene la iniciativa y puede fácilmente sustituir su contribución por otra similar (la posición del cómplice es fungible).

¿Y qué dice ahora el Código? Por la presión doctrinal, el Código de 1995 cambió *algo*, pero no mucho, las cosas. En lugar de definir sólo quienes «se consideran autores», el actual artículo 28 distingue quienes «son» autores y quienes *también serán considerados autores*. Un lector independiente podría seguir diciendo que las cosas no han cambiado tanto, y que seguimos teniendo una definición legal *ampliada* de autoría, aunque ahora venga acompañada de una definición más estricta, pero es innegable que el texto actual es más ambiguo, y que permite otras interpretaciones, que en el anterior resultaban forzadas (lo que no impidió que se hicieran).

La doctrina mayoritaria interpreta que ahora sí está claro: que una cosa *son* los verdaderos autores –directo, mediano y coautor– y otra los que sólo *se consideran así a efectos de pena*, pero, de nuevo, la manera en la que la ley expresaría esta supuestamente clara interpretación sigue siendo, por lo menos, peculiar. ¿No hubiera sido lógico que, después de definir en el párrafo primero quiénes son autores, en el segundo se hubiera definido quiénes son inductores y quiénes cooperadores necesarios, y se hubiera añadido, como hace el StGB, que ambos responderán «con la misma pena» que los autores? ¿Por qué introducir una expresión tan ambigua como «también “serán considerados” autores»? Y, todavía más, ¿cómo interpretamos la permanencia en el Código actual de tantos artículos (al menos ocho, si no me equivoco: 27, 30, 62-63, 116, 192, 298, 300 y 451), con el 27 a la cabeza, que, con inusual persistencia y claridad siguen diciendo que hay dos tipos de responsables, los autores y los cómplices? La impresión de que se ha hecho una lectura sesgada e interesada de la ley para adaptarla a un esquema previo es inevitable.

Pero, aunque el argumento gramatical e histórico favorece una distinción como la que aquí se considera más adecuada, no debe dársele demasiada importancia, porque la letra de la ley puede cambiar. Nada impediría que en una futura reforma se redactase el CP como el alemán, y, entonces sí, el inductor y el cooperador necesario no serían legalmente «considerados» autores, sino simplemente «penados» igual que los autores. Lo que defiende es que ésta sería una *mala solución de lege ferenda*, igual que lo es la interpretación mayoritaria de la ley actual, porque traza la línea en un punto que nada tiene que ver con el dominio efectivo del hecho, sino con un «dominio» definido arbitra-

riamente a partir de un principio que ha tenido un peso esencial en todo el debate, pero que, aplicado al dominio del hecho, es simple metafísica: el denominado principio de responsabilidad, que, contra toda evidencia de la psicología, la neurología y la propia experiencia diaria de cualquiera, viene a negar que pueda dominarse el hecho si en el proceso causal se interpone un sujeto responsable.

Es importante destacar que esto no es una crítica a la vigencia y el valor de un principio de autorresponsabilidad que permita separar esferas de competencia; por el contrario, creo que es un principio esencial en la fijación de los deberes jurídicos. De ello me ocuparé en el último apartado. En éste, lo único que quiero afirmar es que es falsa la interpretación que, aceptando el principio material del dominio del hecho, traza la línea entre autor y partícipe como hace la doctrina mayoritaria basándose en que intervinientes como el inductor y el cooperador necesario no pueden tener verdadero dominio del hecho porque es imposible dominar un hecho si el curso causal está mediado por un sujeto libre.

En los términos más arriba anticipados, el principio de responsabilidad entraña reconocer que hay un tipo de contingencia, la que introduce un ser responsable, que operaría de forma distinta a las demás (las epistemológicas, derivadas de nuestra capacidad limitada de conocer la realidad y sus leyes causales, y las ónticas puramente físicas, como un suceso cuántico): si la presencia de éstas no impide el dominio causal del hecho (solo lo reduce), las de las otras, al parecer, lo impediría por completo, estableciendo una suerte de prohibición de regreso, pero no, y esto es lo peculiar, para la responsabilidad, sino *tan sólo para la responsabilidad como autor*, hasta el punto de que se admite, sin queja alguna, que esta barrera para la autoría permita una pena para la participación igual a la del autor.

Expondré a continuación, muy sucintamente, cuatro *argumentos* que creo de peso contra esta tesis: un argumento de experiencia cotidiana, que la ciencia refuerza; un argumento legal, basado en la pena de la participación; un argumento que incide en la errónea concepción de lo que es dominar un curso causal; y un argumento lógico, que destaca la frecuente incoherencia de la posición mayoritaria, puesta de relieve por la inusual acumulación de excepciones, que deviene en un sistema atormentado.

1. La primera objeción, que en un sistema científico debería ser suficiente, es que el planteamiento mayoritario se apoya en una conclusión que contradice frontalmente lo que dice nuestra propia experiencia cotidiana y corrobora la psicología, sobre el control que podemos tener de otros. El punto de

vista mayoritario rezaría aproximadamente así: podemos actuar en la realidad con nuestro cuerpo o con *instrumentos*; instrumentos pueden ser cosas –un arma–, animales –un perro al que se jalea–, o personas en ciertos contextos que recoge la autoría mediata, y que se basan en un control de la voluntad –utilizar a un niño o coaccionar–, pero no podemos usar como instrumento a una persona responsable porque no tenemos dominio sobre él, que goza de una intrínseca libertad que le hace responsable de sus actos.

Pero esta afirmación plantea una inquietante pregunta que puede ponerse relieve con un ejemplo poco académico: ¿cómo es posible que, de manera constante, con una probabilidad que roza el 100% y por ello hace pensar en algún tipo de dominio fuerte por nuestra parte, el camarero, que es un ser libre y responsable, nos sirva un café cuando se lo pedimos? Me disculpo por utilizar un ejemplo que parece pueril, pero es que la forma en que tradicionalmente se niega que el inductor (en este caso el cliente) pueda dominar el curso causal (en este caso, que le sirvan un café), parece obligar a la sorprendente conclusión de que el que podamos tomarnos el café todos los días, o comprar el pan, cuando simplemente lo pedimos (inducción), es magia, y no lo que es, un hecho casi, casi tan predecible, si el contexto es el adecuado, como la salida del sol, y que ha sido provocado por nosotros en un contexto apropiado. Así que si, como vimos, el dominio tiene que ver con la capacidad de dirigir la realidad, y es medible en términos probabilísticos, es innegable que en este caso el cliente consigue prácticamente en el 100% de los casos provocar un comportamiento de otro, lo que supone un control casi total del hecho.

Los objetores seguirán apelando al argumento central del principio de responsabilidad: si es libre, no es controlable, y como presumimos que es libre, concluimos *iuris et de iure* que no es controlable. Pero ésta, además de circular, es una conclusión que se da de bruces contra el hecho indiscutible de que los seres sociales, y especialmente los seres humanos, estamos fuertemente conectados psicológicamente, de manera que, por un lado, podemos ejercer una influencia sobre otros¹⁹ que, en el contexto adecuado, permite hacer extraordinariamente predecible su comportamiento, y, por otro, aunque a veces no podamos provocarlo, sí podemos predecirlo razonablemente, como cualquier otro hecho que evolutivamente necesitamos para la supervivencia, y con ello insertarlo en un curso causal propio dominable (de esto segundo me ocuparé en el argumento tercero).

¹⁹ Un reciente análisis de la motivación para cometer un delito y la causalidad psíquica puede verse en MARTÍNEZ SANROMÀ, 2023.

Lo primero lo sabemos y lo practicamos con notable éxito todos los días. Cuando Roxin, abanderado fuerte del principio de responsabilidad, daba una indicación, no ya una orden, a un asistente en el seminario de Munich, o a un alumno en clase, en el contexto habitual de su relación, ¿de verdad no «dominaba» en un sentido suficiente la respuesta de su subordinado? Claro está que no se puede conseguir siempre y todo mediante influjo psicológico (tampoco, con un arma, o con cualquier otro instrumento), pero en *el contexto adecuado* puede conseguirse mucho; a veces un control casi total. Por eso los sicarios matan por dinero, los soldados cometen genocidios cumpliendo órdenes, los amantes hacen locuras por amor, y los camareros nos sirven cafés. Todo con aburrida monotonía, siempre y en todas partes.

Si se admite que el dominio causal del hecho es el criterio para distinguir autor y partícipe, trazar la línea de delimitación dejando a un lado al autor directo, al coautor y al autor mediato, y al otro al inductor, al cooperador necesario y al cómplice es incoherente.

En el caso del *inductor*, la incoherencia es especialmente notoria. Quien promueve que otro cometa el delito tiene un control en todo equivalente al que lo hace a través de cualquier otro medio de eficacia parcial. Como ya vimos, las dos fuentes de contingencia que hacen parcialmente indomitable cualquier curso causal tienen idéntico efecto. No hay nada en la contingencia que introduce un sujeto responsable que sea esencialmente distinto, a efectos de control causal, que cualquier otra contingencia epistemológica. Así que el inductor tiene un *control negativo máximo*, porque en pocos casos es tan claro que un comportamiento es una *conditio sine qua non* del resultado, y además en dos momentos: al inducir primero y al no abortar después. Y que tiene el *control positivo* es un requisito definicional de la propia inducción: sólo es inductor quien *hace nacer en otro* la voluntad de cometer el delito. ¿Hace falta algo más para un dominio positivo?

Es más, si se compara con otros casos de «genuina» autoría, como la autoría mediata, pretender que su control positivo es menor en algunos de los casos más característicos de autoría mediata es simplemente, irreal. Un ejemplo permite aclarar esta afirmación: si alguien quisiera matar a otro y, por las razones que sea, tuviera garantizada su completa impunidad (por ejemplo, porque va a morir inmediatamente después, o porque goza de un poder supremo o inmunidad total), y no pudiera hacerlo personalmente pero sí a través de otro, ¿qué elegiría, convencer a un loco/niño para que mate (situación en la que, se dice, sería autor mediato, porque tiene pleno dominio positivo del hecho por dominio de la voluntad) o pagar a un reputado y efectivo sicario (caso en el que sería sólo partícipe inductor, porque, supuestamente carece del dominio del

hecho)? He hecho esta pregunta en muchas ocasiones en distintos foros, y la respuesta invariablemente es la que cualquiera imagina. Que las organizaciones criminales, salvo en contextos muy singulares, suelen hacer la misma elección es un buen indicador de la falacia del no dominio positivo mediante inducción.

Y en la *cooperación necesaria* la cuestión no es distinta. Precisamente porque su cooperación es necesaria (*sine qua non*)²⁰, su control negativo causal es máximo: puede abortar el proceso simplemente absteniéndose de cooperar. En este caso, a diferencia de la inducción, no hay iniciativa, pero ello no impide que el sujeto sea consciente de que, estando el autor directo dispuesto a realizar el hecho, su cooperación sea suficiente para provocar el resultado (control positivo). No es raro que su pena, como la del inductor, se equipare legalmente a la del «autor»: a un mismo control causal, en idénticas situaciones de competencia, una misma responsabilidad.

2. La segunda objeción necesita poco desarrollo. ¿Cómo puede explicarse que al inductor y al cooperador necesario, que supuestamente no tienen dominio del hecho, pese a ello se les impute ese hecho y se les sancione con la misma pena que a los autores? Exigir dominio del hecho para la imputación no es un requisito cualquiera. Es un primer elemento necesario para atribuir el hecho a una persona, al que luego se suman la competencia y la imputación subjetiva (culpabilidad). Cuando la pena prevista es la máxima posible para ese hecho, es porque le es imputable al sujeto con la máxima intensidad en los tres factores: porque tiene un dominio causal máximo, una competencia completa y una culpabilidad también máxima. Si en cualquiera de los tres factores se puntúa menos, la pena se reduce. Si el dominio es inferior, como sucede con el cómplice, la pena es menor. Si lo es la competencia, como sucede en un delito común respecto del especial agravado, la pena también se reduce (el artículo 65.3 lo expresa perfectamente). Y si lo es la culpabilidad, por ejemplo, cuando el hecho lo comete un semiimputable, o se actúa por imprudencia, la pena también disminuye. Con cada una de estas reducciones, el hecho es algo menos del sujeto.

La distinción de autor y cómplice se corresponde con una graduación en dos niveles del dominio causal, y es una distinción razonable en un sistema progresivo de imputación. Por el contrario, la distinción entre autor y partícipe accesorio no responde ni a un distinto dominio causal, ni a una diferente competencia, ni a una distinta culpabilidad. Lo tercero no necesita aclaración; lo

²⁰ Crítica, sin embargo, con la vinculación entre cooperación necesaria y *conditio sine qua non*, BOLEA BARDON, 2004, p. 23.

primero lo estamos viendo, y sólo queda concluir la argumentación; de lo segundo, trataré al final.

En el esquema mayoritario, basado en el dominio del hecho, no es fácil vislumbrar una respuesta satisfactoria a la pregunta de por qué se castiga a algunos partícipes, que supuestamente no dominan el hecho, con la pena máxima asignada a los autores. Esta pregunta, sin embargo, resulta muy fácil de responder en un sistema sin los prejuicios asociados al principio de responsabilidad: tienen asignada la misma pena porque todos ellos –autor directo, coautor, autor mediato, inductor y cooperador necesario– tienen un dominio de nivel *superior*. Así que es razonable que el Código los haya considerado siempre autores.

3. La tercera objeción incide de nuevo en el principio de responsabilidad, para mostrar que ni siquiera es cierto que para dominar un curso causal en el que interviene una persona responsable sea necesario dominar su voluntad. Por lo pronto, si el principio de responsabilidad se tomara en serio, en la coautoría no podría haber dominio, porque una parte del proceso ejecutivo necesario pasa por la acción de otra persona responsable, que por definición no sería dominable (luego volveré sobre ello), pero tampoco en otros casos.

Como vimos, dominar un curso causal requiere dominar el propio comportamiento (primer y segundo nivel de dominio) y dominar sus efectos transformadores en el contexto de sucesos en el que se inserta (tercer nivel), pero no requiere dominar a su vez la propia aparición de esas circunstancias concomitantes, sino tan sólo *conocer* que se van a producir. Como plásticamente dice el artículo 65.2 CP, las circunstancias no personales se imputan al que las conoce²¹.

Cuando las condiciones causales son inanimadas, ello es obvio. Si alguien aprovecha la subida de la marea para matar a alguien atándolo a una roca que quedará sumergida, domina el hecho de la muerte, pese a que no domina la subida de la marea: conoce que subirá y se aprovecha de ella. Con animales no es distinto: quien arroja voluntariamente a otro a la jaula de un tigre, no domina el comportamiento del tigre, pero se aprovecha de él, y como la experiencia nos dice que la probabilidad de un ataque es extraordinariamente alta, domina causalmente con esa misma probabilidad la muerte del atacado. Y con personas sucede otro tanto: quien coloca a su víctima en la trayectoria del disparo del asesino dirigido a un tercero, de manera que éste acaba matando a los dos, a uno dolosamente y al otro por error, es autor de la muerte de su víctima,

²¹ Un examen de la trascendencia del conocimiento en la participación delictiva puede encontrarse en MIRO LLINARES, 2009.

y no inductor²². Pese a que no controla la voluntad del asesino, en la que ni siquiera ha intentado influir, domina el curso causal porque el disparo del asesino es predecible. Todo ello debería ser trivial.

Se dirá que, en este último caso, el sujeto es en realidad un autor mediato a través de quien actúa por error, pero la objeción, más que serlo, es un reconocimiento de la tesis que se aquí se está defendiendo. En los casos de autoría mediata por error, el sujeto de atrás domina el hecho, efectivamente, pero *no domina la voluntad* de otro; se aprovecha de una voluntad impulsada por un error, como el del tigre o de la subida de la manera, porque todos ellos son predecibles, y en ese sentido insertables en un curso causal dominable. Así que, si lo importante para el dominio del hecho fuera realmente tener el dominio de la voluntad del autor inmediato, el autor mediato por error no sería autor, porque no la domina; sólo la conoce y la aprovecha. Y tampoco lo sería el coautor, que no domina la voluntad de su socio, y pese a ello responde como autor porque domina de forma suficiente el curso causal.

Podría decirse, sin embargo, que al menos hay un caso en el que sí se requiere dominar la voluntad de otro, que es la inducción, que consiste precisamente en hacer *nacer* en otro una voluntad delictiva, y que el principio de responsabilidad actúa aquí como una barrera infranqueable al dominio, pero, como vimos al examinar el primer argumento, ni siquiera esto es cierto: en un contexto adecuado, de suficiente incentivo (positivo o negativo), de autoridad, de afecto, etc, el comportamiento del inducido puede provocarse con una alta probabilidad, que es lo único que exigimos en general para hablar de dominio.

4. Por último, quisiera esgrimir un último argumento que destaca la frecuente incoherencia del discurso, poblado de «epiciclos, que se presentan como ajustes del sistema cuando en realidad son indicadores de su debilidad. Me limitaré a hacer una breve enumeración de algunos, siendo consciente que hay más –toda la teoría estándar de la intervención delictiva está atravesada por ellos–, y que cada uno de los enumerados requeriría un estudio mucho más detallado.

a. Autoría mediata en aparatos organizados de poder. Es uno de los ejemplos más claros de epiciclo. La propuesta de Roxin de considerar autor mediato, y no meramente inductor, a quien se vale de un aparato organizado de

²² Especialmente debatido es el caso de quien provoca un error en la persona, en principio irrelevante. Las dificultades de la teoría mayoritaria para lidiar con este caso se perciben en el tratamiento que se le ha dado. Como recuerda HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, pp. 197: «constituye uno de los pocos supuestos en los que la doctrina ha recorrido prácticamente todo el abanico de las formas de autoría y de participación para fundamentar la responsabilidad del que actúa detrás».

poder²³ es tan razonable desde cualquier perspectiva fáctica de dominio del hecho (de aquí su éxito entre legos, no condicionados por planteamientos doctrinales a priori) como incompatible con los propios presupuestos del autor, que asume el principio de responsabilidad²⁴. Su solución, que apela a un dato tan obvio como la fungibilidad del instrumento, que aumenta exponencialmente la probabilidad de un resultado (el dominio, por tanto), es por completo adecuada, pero incoherente con el esquema que acepta Roxin. Si, según su propio planteamiento, una persona responsable *no puede* ser usada como instrumento, el que haya muchas, incluso infinitas a su disposición, no puede mejorar nada la inanidad del supuesto «autor mediato», que nunca tendría un verdadero dominio.

b. Autoría mediata en estructuras organizadas de empresa. La situación es idéntica a la anterior, de la que se considera una derivación lógica²⁵. También en este caso, sus defensores prescinden del principio de responsabilidad en favor de consideraciones fácticas de dominio ejercidas de arriba (la dirección) a abajo (los empleados ejecutores), tan razonables como incompatibles con la manera en que se traza la distinción entre autor y partícipe. El planteamiento original, que pone el centro de la autoría en el escalón inferior, que ejecuta las órdenes, resulta tan insatisfactorio, que no es raro que tantos autores hayan optado por hacer una nueva excepción, imputando autoría a los directivos, pese a que, teóricamente, deberían estar a salvo de dicha imputación al ser «meros» inductores.

c. Autoría mediata con instrumento doloso no cualificado. Otro buen ejemplo de epíclito. La doctrina estándar ha reconocido uno de sus problemas más evidentes: en los delitos especiales, el *intraneus* que induce al *extraneus* a realizar el hecho (por ejemplo, el funcionario que induce a un civil a apoderarse de fondos públicos a cargo de aquel), no podría responder por el delito especial, como sería lo lógico, porque el hecho es una inducción a través de un sujeto responsable, pero el inducido, único que puede ser autor según la teoría estándar, es *extraneus* y no puede cometer el tipo²⁶. ¿Solución?: admitir una autoría mediata con instrumento doloso no cualificado. En otras palabras, nin-

²³ ROXIN, 2000, pp. 269 ss. Igualmente, AMBOS, 1998, que examina también otros planteamientos alternativos, pp. 25 ss.

²⁴ Son muchos los autores críticos con la propuesta de Roxin por contradecir el principio de responsabilidad, que él mismo promociona. Por todos, HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, pp. 257 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, pp. 185 ss.

²⁵ Un análisis de esta extensión, PEÑARANDA RAMOS, 2008b; también crítico, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ 2019, pp. 185 ss.

²⁶ Así plantea el trágico dilema de la teoría del dominio del hecho, ROXIN, T II, p. 184. Analiza el problema en su conjunto, COLOMER BEA, 2020, pp. 237 ss.

gunear el principio de responsabilidad, ya que este impide lo obvio: hacer responsable al *intraneus*.

d. *Delitos de infracción de deber*. La solución del instrumento doloso no cualificado deja demasiado clara la incoherencia del sistema, así que, algunos autores, encabezados por el propio Roxin²⁷, después secundado por Jakobs²⁸ y otros²⁹, idearon una solución aparentemente más «limpia», pero que en realidad introduce una excepción aún mayor, casi colosal, en el sistema: los delitos de infracción de deber, en los que simplemente se prescinde de los límites del dominio del hecho, de la distinción de autor y partícipe, y con ello de la accesoriedad. El propio Roxin tiene que admitir que «con el reconocimiento de los delitos de infracción de deber se puede resolver sobre todo un problema en el que ha fracasado la teoría del dominio del hecho: el caso de la autoría mediata con ayuda de un instrumento doloso no cualificado»³⁰. Un reconocimiento completo del epíclito.

Esta figura no es un refinamiento del sistema mediante la introducción de una nueva categoría, sino una enmienda a su postulado central cuando se enfrenta a un problema que no puede resolver. Así, el inductor que hasta ahora no podía ser autor porque no controlaba el hecho debido a que en su camino se interponía otra persona responsable, pasa a ser autor, porque aquí ese dominio deja de tener relevancia. Y otro tanto sucede con el cooperador. Para ello, inevitablemente de forma poco elegante, se multiplican los entes, duplicando el sistema de intervención en el delito³¹: habría delitos de dominio y delitos de infracción de deber, regidos por reglas de imputación distintas. Más adelante será el momento de ver si esta categoría puede justificarse desde la perspectiva de una diferente competencia, pero desde la óptica de un dominio causal limitado por el principio de responsabilidad, no parece otra cosa que un remiendo *ad hoc*.

e. *Sistema unitario en la imprudencia (en la doctrina alemana)*. Aquí ni siquiera se disimula el epíclito; directamente se asume. En la imprudencia, la dificultad de distinguir autores y partícipes se hace tan obvia que la solución

²⁷ ROXIN, 2000, pp. 385 ss.

²⁸ Entre otros muchos trabajos, JAKOBS, 1995, pp. 791 ss.; 2001, pp. 65 ss.

²⁹ Desarrolla con el máximo detalle la figura de los delitos de infracción de deber SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002.

³⁰ ROXIN, 2014, cit. p. 183, núm. 275.

³¹ Una compartible crítica a los delitos de infracción de deber puede encontrarse en PEÑARANDA RAMOS (2008a); también MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, p. 994, núm. 15. Contra la duplicación de categorías, requiriendo siempre dominio del hecho, tanto en los delitos comunes como en los especiales, RUEDA MARTÍN, 2020, pp. 69 ss.

de la doctrina alemana es renunciar a la distinción en favor de un sistema unitario³². Esta solución permite muchas críticas, pero sólo enunciaré dos:

(1) En la imprudencia, ¿todos tienen el dominio del hecho, y por eso son autores, o no lo tiene nadie? Si lo primero, ¿cómo es posible que todos los intervinientes imprudentes lo tengan y un cooperador doloso no?; si lo segundo, ¿cómo puede justificarse que, sin dominio del hecho, cualquiera sea autor no accesorio en el delito imprudente, pero en el delito doloso el inductor y el cooperador necesario deban necesariamente ser relegados al escalón de los partícipes?

(2) ¿Cómo puede justificarse que el, por sí difuso, límite entre dolo e imprudencia (como muestra el inacabable debate sobre el dolo eventual), cargue con la titánica tarea de justificar que en este tema las cosas son completamente distintas a un lado y otro de la línea: sólo autores del lado de la imprudencia, pero autores y partícipes, en una distinción irrenunciable, del lado del dolo?

f. *Coautoría y dominio «funcional»*. Si el principio de responsabilidad fuera cierto, y no se pudiera dominar un curso causal mediado por un comportamiento libre, ¿cómo hacer responsable a cualquiera de los coautores cuando se han repartido el proceso ejecutivo y uno actúa antes que el otro? Sólo el último coautor controlaría el hecho, pero nunca el primero, porque su acción requiere necesariamente del comportamiento del otro, por definición indomitable. Y si actúan simultáneamente, «ninguno» tendría el dominio del hecho. Asumir esto supondría, claro, relegar a la coautoría a doble participación sin autor, lo cual es absurdo. ¿Solución?: los coautores tienen el dominio «funcional» del hecho. Pero, ¿qué significa «funcional». Desgraciadamente, nada, salvo, quizás, que teníamos un problema y había que resolverlo con el arsenal habitual de palabras «mágicas». Que ahora con tanta frecuencia, en trabajos y sentencias, cada vez que se quiere «fundamentar» una responsabilidad se diga que el sujeto tenía el dominio funcional, muestra que se trata de una expresión vacía, un comodín para no dar otra explicación. El dominio «funcional» en los contextos que se han examinado más arriba: controlando positiva o negativamente el curso causal, y con ello la existencia del hecho. Todo lo demás es humo. No es extraño que Roxin acabe definiendo el dominio funcional en los términos habituales del dominio «causal»: el coautor «asume una

³² En general, sobre la intervención en el delito imprudente, PÉREZ MANZANO, 1999. Destaca cómo el teórico sistema de diferenciación entre autor y partícipe que se sigue en Alemania se aproxima mucho a un sistema unitario, ROTSCH, 2009, pp. 297 ss.

tarea que es esencial para la realización del plan del hecho»; ambos coautores «tienen una función irreemplazable que les confiere el codominio»³³. ¿No es acaso ésta una definición casi perfecta de nuestra cooperación necesaria? ¿No debería ser entonces el cooperador necesario un auténtico autor por tener el dominio funcional?

Lo que muestra la coautoría, seguramente mejor que ninguna otra figura, es que el núcleo central del principio de responsabilidad –que no puede dominarse un hecho en el que interviene un ser libre– carece de relevancia. Se puede dominar suficientemente un hecho si nuestra aportación es necesaria y contamos con una probabilidad relevante de que se cumplan las condiciones que acompañan a nuestra conducta, sean eventos naturales, comportamiento de animales o acciones humanas, responsables o no. La diferencia es insustancial. Así que los coautores pueden dominar fácticamente el hecho porque, incluso si no dominan la conducta de su socio, ésta puede ser tan o tan poco predecible como cualquier otra condición del curso causal. No hace falta apelar a ningún dominio «funcional». Y la misma situación se da, de forma completa, en la inducción y en la cooperación necesaria.

g. *Dominio por coacción y falta de dominio por premio: el caso del premio «irrenunciable».* Se ha considerado que la coacción es la forma más clara de autoría mediata, porque quien coacciona domina la voluntad del coaccionado³⁴. A la vez, se entiende que promover un delito mediante premio, por ejemplo, el caso de quien paga a un asesino, sólo puede ser participación accesoria como inducción. En otras palabras, puede dominarse la voluntad de otro coaccionándolo, porque en este caso deja de ser responsable, pero no premiándolo. ¿Hay alguna evidencia de la psicología, u otras ciencias del comportamiento, que avale esta radical asimetría? Los incentivos externos, cualquiera, influyen en nuestra conducta. Influyen los negativos –la pena; la amenaza de muerte–, pero también los positivos –la posibilidad de ganar un premio Nobel o un precio por matar–. En ninguno de los dos casos se anula por completo la voluntad del incentivado, así que, como mucho, quien incentiva tendrá un dominio parcial en ambos. Pero, ¿hay una diferencia cualitativa entre ambos dominios parciales? Todo parece indicar, pese a lo que se proclama, que no. Es cierto que hay cosas que pueden conseguirse mediante coacción y no, o más difícilmente, mediante premio: conseguir que un ciudadano con valores morales asesine a otro seguramente no podrá conseguirse mediante premio económico alguno, y sí, aunque tampoco siempre ni fácil, por coacción. Pero en

³³ ROXIN, 2014, cit. p. 146, núm. 188.

³⁴ ROXIN 2014, p. 85.

otros casos es al revés. El mismo ciudadano moral, que investiga sobre el cáncer, seguramente se verá incentivado en su investigación por la posibilidad de ganar el premio Nóbel, pero no lo sería de la misma manera por coacción. La diferencia no está en el tipo de incentivo, sino en el *contexto* en el que se realiza y en su intensidad: en el mercado de asesinos profesionales, la entrega del precio prácticamente garantiza la ejecución.

Un caso interesante que muestra las dificultades de la distinción anterior es el de quien ofrece un premio de tal entidad que es indistinguible en eficacia de la coacción, y que incluso podría llevar a los ciudadanos más honestos a realizar un hecho delictivo. Un ejemplo de película: el Gobernador corrupto de un Estado que ofrece al condenado a muerte el indulto a cambio de que, al salir, asesine a otro. En este caso, el Gobernador no controla la voluntad del preso mediante coacción, como parece requerir la autoría mediata, pero de hecho su control por premio es por completo equivalente, así que no es extraño que Roxin lo considere autor mediato³⁵, aunque otros lo han negado. Por qué con este premio quien lo ofrece mantiene el dominio del hecho, pero no si paga a un sicario para actuar, es algo que no queda claro. Es verdad que en el primer caso el «instrumento» podría no ser penalmente responsable debido a un estado de necesidad exculpante, pero es difícil negar que sigue siendo una persona que sabía lo que hacía y que optó por una elección que le favorecía. Si se atiende al significado profundo del principio de responsabilidad, no parece que sea un mero instrumento, dominado por el hombre de atrás.

Los ejemplos anteriores, entre otros posibles, ponen de relieve que la supuesta radical diferencia entre ser autor que domina o partícipe accesorio es, como mínimo, poco clara, y además fácilmente maleable a gusto del intérprete con sólo introducir categorías excepcionales. Pero podría existir otra posibilidad, que es ligar la distinción a una diferente competencia normativa.

3 ¿Diferente competencia?

Hasta tiempos recientes, la teoría del delito ha minusvalorado la importancia de la competencia para la imputación objetiva³⁶, seguramente porque en

³⁵ ROXIN, 2014, p. 87.

³⁶ La moderna reivindicación de la competencia como elemento central de la imputación objetiva debe mucho a la obra de Jakobs, por ejemplo, JAKOBS, 2001. Véase también, LESCH, 1995; SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002; MARAVER GÓMEZ, 2005 y 2009; entre otros muchos. Este enfoque introduce en el análisis del delito elementos que son imprescindibles. En el ámbito de la intervención delictiva, creo que no permite fundamentar la distinción de autor y partícipe, como enseguida se verá, pero sí aclara otras cuestiones que lo requieren. Por ejemplo, da una explicación convincente al problema que suscita la «re-

el delito activo común (el modelo de delito) es un elemento tan general, que suele pasar desapercibido.

Tener competencia (penal) sobre un riesgo no es otra cosa que ser titular de un deber jurídico-penal de evitarlo. Otra forma de decirlo es: ser competente es ser garante de que no se producirá el hecho lesivo. En los delitos activos ello se traduce en el deber *negativo* de no realizar acciones peligrosas que desemboquen en el resultado, y en el delito omisivo en el deber *positivo*, simétrico al anterior, de interrumpir el curso causal lesivo. Pero no todos lo somos siempre, ni cuando lo somos es con la misma intensidad. La posición de garantía se ha circunscrito tradicionalmente al delito omisivo, y sólo a una de sus modalidades, la comisión por omisión, en la que el sujeto tiene un deber *positivo* tan intenso que equivale o está muy próximo al deber negativo de no dañar, pero esto es apenas una convención terminológica. La terminología puede mantenerse, pero siempre que no se pierda de vista que detrás hay algo que es propio de *todo* delito, activo u omisivo, de cualquier tipo: la competencia sobre un riesgo atribuida a un sujeto.

En el delito activo, el *neminem laedere* tiene una extensión tan amplia, que la regla es que todo el mundo sea garante de lo que provoca, lo que se traduce en el nítido protagonismo de los delitos comunes. Por su ubicuidad, la competencia sólo se hace visible en los delitos activos cuando es asimétrica, lo que sucede en los delitos especiales, que no son otra cosa que delitos de infracción de un deber *especial*³⁷, más o menos exigente que la infracción del deber común propio de todo delito.

En los delitos omisivos la situación se invierte. Aquí el grado máximo de competencia es muy restringido, así que la regla son los delitos especiales: sólo algunos son competentes en un nivel equiparable al delito activo. Por eso, se ha reservado el término «garante» para este reducido grupo, y ello ha oscu-

lación entre la previa conducta activa y la posterior omisión en posición de garante por injerencia», cuando en el segundo momento, el omisivo, parece agravarse la calificación. Esto no plantea problemas cuando el tránsito es de un hecho imprudente activo a un posterior hecho doloso en comisión por omisión por injerencia, pero sí cuando una primera conducta de participación activa parece reconvertirse en autoría omisiva, lo que gráficamente se ha denominado «sobrevaloración del aporte», que debe estar prohibida, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 1997, pp. 83 ss. Al margen de la oportunidad de la expresión (más que de una prohibición, se trata de una aplicación consecuente del principio de competencia), la explicación, dentro de una teoría de la competencia, de por qué no debe producirse esta sobrevaloración, me parece coherente: la competencia del injerente se limita a la evitación de los riesgos que él ha creado, no a los que ha creado el autor autorresponsable, así que si la intervención primera es de inducción, cooperación necesaria o complicidad, el deber posterior de evitar se refiere a este mismo tipo de intervención.

³⁷ Y no, como se pretende por una parte de la doctrina, delitos de infracción de deber sin más. «Todo» delito es la infracción de un deber, pero estos pueden ser asimétricos: hablamos de delitos comunes cuando el deber afecta a todos por igual y de delitos especiales cuando sólo afecta a algunos, o sólo de una forma más o menos intensa.

recido el hecho de que en los delitos activos cualquiera es garante, y que en los delitos omisivos comunes, como la omisión de socorro, también cualquiera lo es, pero con una intensidad muy reducida. Hay pocos delitos de este tipo, pero los que hay imponen a sus destinatarios igualmente un deber de evitar el resultado: un deber de garante, aunque sea un garante con *competencia reducida*, si se quiere expresar así.

Contra una interpretación bastante extendida en la dogmática, los deberes comunes de omisión no se imponen para favorecer la solidaridad en abstracto (no más que en cualquier otro delito). Todos los delitos imponen restricciones solidarias, que son la base de cualquier sociedad: no ejercer tu libertad para no dañar activamente a otro es la primera restricción solidaria³⁸, y ayudar a quien está en peligro la segunda. La ley impone el deber de socorrer a quien se está ahogando no para promover un principio ético de solidaridad, sino, más simplemente, para tratar de evitar que se ahogue³⁹. Nada distinto de lo que sucede en la comisión por omisión, sólo que el deber en ésta es más intenso. Así que en el delito omisivo la situación se invierte respecto de lo que sucede en el delito activo. Si en éste la regla es el deber común (competencia general) y la excepción el especial, en la omisión la regla es el deber especial (competencia restringida) y la excepción los deberes comunes, que además son de menor intensidad. La relación que se da entre el delito de omisión de socorro y el de comisión por omisión correspondiente es la propia de los delitos comunes activos en su relación con los especiales: la comisión por omisión es un delito especial, con un círculo reducido de *intraneus*. Es especial *impropio* cuando coincide con un delito omisivo común —cuando está en peligro la vida, la salud e integridad o la libertad y libertad sexual— y especial *propio* cuando los *extranei* no responden de nada si omiten —cuando están en peligro otros bienes jurídicos, como la propiedad—.

Una vez admitida la relevancia general de la competencia, cabe preguntarse si esta categoría no podría ser el lugar adecuado para ubicar la distinción entre autor y partícipe. ¿Podría ser el autor la persona que tiene competencia autónoma sobre el riesgo, y partícipe el que la tiene derivada, dando con ello refrendo al principio de accesoriedad?

³⁸ El *neminem laedere* es la primera manifestación de la *solidaridad* requerida por la ley, por la que el más poderoso es forzado a no abusar de su fuerza.

³⁹ En otra dirección, considerando que en la omisión de socorro no se está configurando un mudo en común, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002, pp. 93 ss. Es difícil entender esta observación. Que se trate de un deber débil no significa que no se instituya para configurar un mundo común en el que, cuando una persona se encuentra en riesgo grave, hay un deber general de socorrerla.

Hasta ahora, en los delitos especiales, la competencia se había traducido en una atribución asimétrica de deberes entre personas que podían tener un mismo control fáctico sobre el peligro: por razones de eficiencia social y de respeto a la individualidad, se imponen deberes a unos y no a otros, o se imponen con diferente intensidad. Pero aquí ya no se trata de eso, o no solo: se trata de justificar la accesoriedad de unos respecto de otros.

Que cuando intervienen varias personas en el hecho pueden establecerse niveles de competencia, es indiscutible. En realidad, es la situación de partida de la institución: varias personas tienen algún tipo de control fáctico del riesgo, y se reparten obligaciones. Y que un criterio importante para distribuir competencias es el principio de *autorresponsabilidad*, es también difícilmente discutible⁴⁰. Esto quiere decir que una *prohibición de regreso* —o de *avance*— basada en el principio de que en un cierto ámbito social decide alguien, y los demás no son responsables, es perfectamente razonable⁴¹. En algunos casos, esta limitación de responsabilidad por competencia afecta sólo a la delimitación del deber de cuidado (principio de confianza), pero en otras puede erigirse en barrera absoluta de responsabilidad: es lo que sucede en el grupo de casos examinados bajo el rótulo de autorresponsabilidad de la propia víctima. En una conducta de autopuesta en peligro, o de heteropuesta en peligro consentida por la víctima en un ámbito en el que sólo esta decida, como el tratamiento médico, o incluso el suicidio en ciertos contextos, o incluso en una directamente lesiva, como el suicidio voluntario de un adulto imputable en un contexto eutanásico, sólo decide el afectado, de manera que no hay obligación legal para terceros de impedirlo, ni de alta intensidad —comisión por omisión—, ni de baja —omisión de socorro—. Incluso en la acción se pueden establecer diferencias: por ejemplo, la mera complicidad en un suicidio eutanásico practicado fuera de los requisitos de la ley de Eutanasia no es punible; según el artículo 143.4 sólo lo es la cooperación necesaria activa. Pero determinar si la división de responsabilidades por competencia permite distinguir autoría y participación accesoría, se enfrenta a dos objeciones difíciles de superar:

— La primera es el hecho notorio y no discutido de que algunas modalidades de participación, concretamente la inducción y la cooperación necesaria, merezcan la *misma sanción* que la autoría. Sería una extraña forma de considerar incompetente o menos competente a alguien sancionarle con la

⁴⁰ Sobre ello, fundamental, MARAVER GÓMEZ, 2005 y 2009, pp. 184 ss.

⁴¹ Sobre la prohibición de regreso vinculada a la competencia, por todos, JAKOBS, 1995, pp. 257 ss; FEJOO SÁNCHEZ, 1999; MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 228 ss.

misma pena que al que, supuestamente, lo es en exclusiva o preferentemente. Igual que en los delitos especiales, parece que una diferente competencia *debe* ir asociada a una diferente responsabilidad. Con la equiparación de penas, lo que dice la ley, de forma difícil de controvertir, es que el inductor y el cooperador necesario son *igual de competentes que el autor* directo, mediato o coautor; esto es, que a todos ellos les corresponde un deber de la misma intensidad.

Esta primera objeción plantea en realidad una pregunta que no parece fácil de responder desde la teoría de la competencia. Nada impide que, sobre la base del principio de autorresponsabilidad, se instituya una prohibición de regreso o de avance para una posible responsabilidad de terceros, aunque estos puedan dominar causalmente el hecho —esto no sólo es correcto, sino que es la consecuencia natural del principio de autorresponsabilidad—, pero lo que no parece fácil es justificar una prohibición de regreso/avance *sólo para ser autor*, pero que no afecte a la participación, y que, por añadidura, no tenga ningún efecto en la pena. Esta limitación nimia, cuyo único efecto es, en realidad, hacer que la responsabilidad del partícipe se accesorie de la del autor, sin reflejo en la pena, *degrada doblemente el principio de autorresponsabilidad*:

— Lo degrada para el autor del delito, supuestamente autorresponsable, al que el mensaje que se le manda es «no sólo tú eres responsable». Aunque para el sujeto esta extensión no tenga importancia práctica, el mensaje es directamente opuesto a lo que supone la autorresponsabilidad.

— Y, sobre todo, lo degrada en su significado para el partícipe, al que dirige el mismo mensaje contradictorio que al autor, con el añadido, aquí sí, de un perjuicio neto. Parece casi un sarcasmo decirle al partícipe «aunque tú no eres competente, porque lo es otro, vas a responder igual que él y con la misma pena; eso sí, solo te llamaremos partícipe y tu responsabilidad será accesorie». Con razón podría preguntarnos, ¿qué significa entonces autorresponsabilidad del otro?

• Podría intentar sortearse la anterior objeción poniendo el centro de atención de la competencia no en la diferente *intensidad* del deber para autor y partícipe, sino precisamente en la *accesoriedad*. Incluso deberes igual de intensos, como el del autor y el inductor o el cooperador necesario, serían distintos, porque el primero sería autónomo y el segundo accesorio. Pero esta salida debería justificar la accesoriedad con algún criterio material propio del reparto de competencias, y creo que no lo hay. Como vimos, la competencia es un elemento fundamental a la hora de fijar la responsabilidad penal cuando intervienen o

podrían intervenir varias personas en el hecho –sirve para repartir deberes, preservando la eficiencia de la intervención, y a la vez asegurando la mayor libertad posible–, pero esto nada tiene que ver con ligar la responsabilidad de unos sujetos a la de otros. Es más, aquí se produce una *nueva degradación*, en este caso por defecto, del principio de autorresponsabilidad, que afecta ahora al partícipe, al limitar su responsabilidad personal por las limitaciones de la responsabilidad personal de otro. Esto será desarrollado inmediatamente.

En resumen, la competencia es básica para el reparto de responsabilidades (y precisamente ello explica que nuestro Código establezca dos niveles de competencia, el máximo, de los que tienen un mayor dominio del hecho –los autores y los que son considerados legalmente autores–, y uno inferior, para los cómplices), pero esta institución en ningún sentido apoya la accesoriedad de unos respecto de otros.

Para comprender mejor esta objeción es necesario avanzar al último apartado de este trabajo, y hacer una breve incursión en el principio de accesoriedad.

II. ¿ACCESORIEDAD DEL PARTÍCIPE?

Un principio básico del Derecho penal es que la responsabilidad es estrictamente *personal*: ni se traslada, ni se reparte, ni se hereda, ni es solidaria. Esto, en relación con la eventual traslación de elementos personales entre intervinientes, tiene dos dimensiones: nadie responde por elementos personales ajenos (*prohibición de accesoriedad positiva*); y nadie deja de responder por hechos propios por la circunstancia de que en otro concurren eximentes o atenuantes personales (*prohibición de accesoriedad negativa*)⁴². Los elementos personales no se trasladan entre partícipes ni en contra ni a favor. El artículo 65.1 recoge con precisión esta no accesoriedad en la aplicación de atenuantes y agravantes, pero su mensaje tiene un alcance general, porque detrás está el principio de responsabilidad personal.

⁴² Hablo aquí de prohibición de accesoriedad positiva y negativa en el sentido de no traslación entre partícipes de elementos «personales» desfavorables (positiva) o favorables (negativa). La clasificación sólo coincide parcialmente con la que maneja PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp. 338 ss., siguiendo a Herzberg, en la que la accesoriedad positiva es precisamente lo que posibilita que el partícipe responda, pese a que no ha realizado personalmente los elementos del tipo. En mi opinión, esta «accesoriedad positiva» sólo puede referirse a los elementos no personales, únicos que pueden «trasladarse» siempre que el partícipe los conozca (propiamente no es una traslación, porque para la imputación es suficiente con conocer los elementos no personales). Respecto de los personales, el principio de responsabilidad personal impone la prohibición de accesoriedad, tanto positiva como negativa.

De las dos caras de la no accesoriedad, la primera ha recibido mayor atención que la segunda.

La *prohibición de accesoriedad positiva* no es discutida. Se concreta por dos vías: de un lado, en el indiscutido principio de personalidad de la responsabilidad penal (culpabilidad), y de otro, en el rechazo de la teoría de la corrupción como fundamento de la responsabilidad del partícipe. Lo primero no significa que el núcleo de la conducta típica de un sujeto no pueda estar relacionada con la conducta de otro, sino que su responsabilidad sólo puede fijarse atendiendo a lo que *él* ha hecho u omitido, a lo que le es personalmente imputable, no a lo que es imputable al otro. Nada que no sea bien conocido. Lo segundo, fija para todos los intervinientes en un delito un mismo fundamento de reproche: su *contribución al hecho lesivo* para el bien jurídico, no la corrupción de otros. Contribuir al hecho de otro no importa porque se favorezca que «él» cometa un delito, sino porque, dentro de la propia autonomía y competencia personal, se contribuye a crear un peligro de lesión de un bien jurídico. Ambas manifestaciones son nítidamente contrarias a cualquier accesoriedad positiva.

La segunda consecuencia, la «prohibición de accesoriedad negativa,» es simétrica a la anterior, pero en la otra dirección, y como todas las que tienen que ver, no con un exceso de responsabilidad, sino con un defecto, suele pasar más desapercibida. Que la ley castigue de más es una irregularidad que salta inmediatamente a la vista, pero que lo haga de menos no destaca tanto (salvo que afecte a algún derecho básico⁴³), pero igualmente daña, por defecto, el principio de responsabilidad personal: de la misma manera que no puede imputarse *más allá* de la intervención personal por el hecho de que exista otro que responda, tampoco puede imputarse *menos* de esa intervención porque otro no responda, salvo que concurren también en el sujeto las circunstancias *personales* de exclusión de la responsabilidad. *También la no-responsabilidad es estrictamente individual.*

En su expresión más radical, esta idea es comúnmente aceptada a través de *tres* vías: rechazando la accesoriedad máxima del partícipe en favor de una accesoriedad limitada⁴⁴; impidiendo la comunicación de circunstancias atenuantes personales (art. 65.1 CP); y ampliando la autoría mediata a costa de la

⁴³ Como la igualdad: una ley que sólo castigara los homicidios que causasen miembros de una raza X a miembros de otra Y, pero no al revés, sería justa por lo que prohíbe, que merece sanción, pero injusta (discriminatoria) por lo que omite. Afortunadamente, el Derecho penal moderno invoca cada vez más estas obligaciones positivas, que podrían englobarse bajo un principio general de «protección justa». Sobre ello, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Indret, 3/2016.

⁴⁴ Es cierto que hay un sector doctrinal que reivindica de nuevo la accesoriedad máxima (referencias en SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 1196) pero, como ha destacado el propio Silva, ello sólo es posible porque se

inducción, la cooperación necesaria e incluso la complicidad (precisamente para evitar que el principio de accesoriedad desemboque en impunidades injustificadas). Las tres responden a un mismo, y correcto, fundamento: cada interviniente responde de su hecho, para lo malo y para lo bueno. Pero, sorprendentemente, este razonable proceder se ve acompañado en otros casos de la invocación de un principio de *accesoriedad limitada* que va directamente en la dirección contraria, y restringe la responsabilidad de algunos, los partícipes, basándose en la ausencia de responsabilidad de otros, los autores. Esto no plantea ningún problema, como es obvio, cuando las circunstancias que excluyen la responsabilidad de los autores se dan también en los partícipes, (porque esto no sería propiamente accesoriedad, sino *coincidencia*), pero cuando no es así, ¿qué puede alegarse en favor de un principio que no aparece reflejado en la ley y que parece hacer tabla rasa de otro bien asentado, de rango inequívocamente superior, y con apoyos legislativos indiscutibles (art. 65.1 CP) como es el de responsabilidad personal?⁴⁵

Para situar el debate en su lugar, es importante hacer dos precisiones. En primer lugar, que es cierto que el principio de accesoriedad, tal y como hoy se defiende, es muy limitado. Su propia denominación lo indica. Hoy no se discute que una accesoriedad plena sería inadmisibile⁴⁶. Pero, aún sí, cualquier excepción a un principio básico, como es el de responsabilidad personal, debe ser justificada. En segundo lugar, que, paradójicamente, aunque es un principio que se enuncia de forma categórica, se aplica con una significativa «flexibilidad» que es incoherente con sus presupuestos. Mencionaré sólo dos ejemplos:

— De las dos facetas de la accesoriedad, la *cuantitativa*, o *externa*, dice que el hecho del partícipe sólo será punible cuando el autor haya comenzado el suyo, y sólo hasta donde haya llegado. Inducir, entonces, a otro a cometer un delito o facilitarle un instrumento necesario para que lo cometa sólo debería ser punible si el otro ha dado comienzo a su propia tentativa de autor (o excepcionalmente, un acto preparatorio punible). Hasta aquí la indiscutida teoría. Pero resulta que muchos ordenamientos, como el español, tipifican autónomamente la provocación-proposición a delinquir que castiga a quien convence a otro para

amplía a la vez la autoría mediata y la coautoría, ya que en otro caso se producirían lagunas de punibilidad notables (p. 1197).

⁴⁵ Son muchas las críticas que ha merecido el principio de accesoriedad, pese a contar con un apoyo doctrinal mayoritario en nuestro entorno. Puede verse, por ejemplo, SANCINETTI, 1997; ROTSCH, 2009. Destaca la fricción del principio de accesoriedad con la responsabilidad por el propio hecho, ROBLES PLANAS, 2003, pp. 130 ss., aunque a la vez también pone de relieve las dificultades para configurar una intervención del partícipe completamente autónoma, posibilidad que rechaza.

⁴⁶ *Supra*, nota 44

que cometa un delito (inducción intentada) aunque todavía éste no haya hecho nada. Y otro tanto sucede con conductas de cooperación previa con un futuro delito de otro, que se castigan con profusión en las partes especiales de los códigos sin que se exija que el autor haya realizado nada: facilitar dinero o instrucción para que otro haga un atentado; construir zulos para que otros secuestren; crear herramientas que otros utilizarán para falsificar, etc.

La existencia de estos tipos supone una *patente contradicción* con el principio de accesoriedad cuantitativa. Pero no levantan las enemistades que uno esperaría por contradecir tan «esencial» principio. ¿A qué se debe esta paradójica tolerancia? Si la accesoriedad cuantitativa fuera de verdad un principio tan esencial, debería exigirse la derogación inmediata de estas figuras, ... o reconocer que, en un sistema de responsabilidad personal, cualquier accesoriedad, positiva o negativa es inadecuada. Lo que no quiere decir que las razones de garantía que se han esgrimido en su favor no estén justificadas. Simplemente, con la accesoriedad se sigue un camino equivocado para llegar a un buen destino. En seguida volveré sobre ello.

— Lo mismo sucede con la accesoriedad por excelencia, la *cualitativa o interna*, según la cual el hecho del autor debe ser penalmente antijurídico para que pueda responder el partícipe.

Detrás de la accesoriedad cualitativa hay una idea sencilla y convincente: sólo si el hecho en el que se participa es malo, será malo intervenir en él. Es más, si el hecho antijurídico del autor en el que se participa se definiera de modo realmente *intersubjetivo* –fuera malo siempre para todos– el principio de accesoriedad cualitativa sería indiscutible. De nuevo, aquí la accesoriedad se produciría de forma «natural», sin necesidad de invocar un principio adicional. Pero si no es así, si la antijuridicidad se *personaliza* de alguna manera, como ha sucedido en la teoría del delito, en mayor o menor grado, de forma constante desde su propio origen⁴⁷, el problema surge con toda su fuerza. Una causa de atipicidad *personal* –por ejemplo, en la teoría mayoritaria, la falta de dolo por error invencible de tipo– que concurra en el autor pero no en el partícipe, impide el castigo de ambos si se admite la accesoriedad, lo que es un sinsentido. ¿Cómo se evita este inconveniente?

Si la base del problema es la que se acaba de denunciar, es estructural, así que no hay solución buena. Al aceptar la accesoriedad, vulnerando el principio de responsabilidad personal, se beneficia a alguien, el partícipe, por algo per-

⁴⁷ Un examen de la incorporación de elementos personales al injusto desde el mismo origen de la ciencia penal puede verse en MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 419 ss.

sonal, la falta de dolo, que no concurre en él, sino en otro, el autor. Así que la única «solución» son nuevos epíclidos:

— En los delitos *comunes*, se convierte al partícipe en autor mediato, no accesorio. En este caso, la excepción es todavía menor, pero incluso aquí ya se pueden producir distorsiones, como la «obligada» reconversión en autoría de hechos que normalmente no pasarían de complicidad. Si un sujeto A, con conocimientos especiales, facilita a otro B, que incurre en un error invencible de tipo, un instrumento que este le pide para realizar lo que cree que es inocuo, pero que A sabe que es lesivo, castigar a este por autoría mediata supone reconvertir una contribución, fácilmente sustituible, de complicidad, en autoría, incurriendo en sobrepunición.

— Pero donde el problema se vuelve intolerable es en los delitos especiales. No es extraño que la doctrina mayoritaria haya chocado una y otra vez con esta misma piedra. Aquí, el *extraneus* que instrumentaliza al *intraneus* que incurre en un error de tipo invencible, no puede ser castigado como autor mediato, precisamente porque es *extraneus*, ni como partícipe, porque no hay hecho antijurídico del «autor», así que sólo quedan dos opciones: resignarse al mayor absurdo, y no castigarlo⁴⁸, o, nuevos e ingeniosos epíclidos, como, por ejemplo, lo que ha hecho el TS en algunas sentencias: reconvertir un error de tipo en «error de prohibición» para sortear la accesoriedad⁴⁹.

El problema es que el principio de accesoriedad sigue el camino equivocado para alcanzar una *limitación* de la responsabilidad que en sí es *correcta*. Al vincular la exención de responsabilidad de algunos sujetos a la de otros, permite trasladar eximentes personales a quien no le corresponden. Esto se ha apreciado bien por la teoría mayoritaria al negar la accesoriedad extrema o máxima, pero sin percatarse de que la accesoriedad limitada incurre en el mismo inconveniente cuando el injusto del autor se condiciona a elementos personales, algo que todas las concepciones del injusto han hecho, y que ha llegado a un punto álgido con la inclusión del dolo en el tipo (aunque el reconocimiento en la imputación objetiva de diferentes deberes para el ciudadano medio y para el que tiene conocimientos especiales, provoca la misma distorsión; nin-

⁴⁸ Es tal la inercia de los sistemas científicos, por contradictorios que sean, que autores de la talla de STRATENWERTH, 2005, se inclinan por esta insoportable impunidad, considerándola un «mal menor» (cit. p. 353). Para SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2002, p. 227, ni siquiera habría un problema en estos casos. En la dirección contraria, destacando que no debería haber delitos especiales propios porque ningún hecho delictivo es sólo por la infracción de un deber especial, sino ante todo por su lesividad general para bienes jurídicos, MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, pp. 991 ss.

⁴⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, p. 749.

guna teoría que incluya algún elemento personal en el injusto está libre del problema).

Las limitaciones de la responsabilidad que se asignan a la accesoriedad cuantitativa y cualitativa⁵⁰ *no necesitan una institución excepcional*, que contradice el principio de responsabilidad personal, sino, simplemente, el respeto general a los principios limitadores del *ius puniendi*:

— Así, los efectos positivos de la accesoriedad *cuantitativa* se consiguen, sin distorsión alguna, sometiendo la responsabilidad de cualquiera, sea autor o partícipe, a los límites en la anticipación de la tutela que se derivan del principio del *hecho*. Ello hace que, normalmente, se produzca una accesoriedad «natural»: sólo el comienzo de acción del autor supone un paso suficiente para la punición de cualquiera. Pero a la vez permite anticipar la intervención donde sea adecuado, como sucede con la provocación y la proposición. Y, desde luego, resuelve del todo y sin distorsiones el problema del comienzo de ejecución en la autoría mediata.

— Y los efectos limitadores de la accesoriedad *cualitativa* se alcanzan, de nuevo sin excepcionalidad ni epíclidos, exigiendo para cualquier sujeto responsable, autor o partícipe, la concurrencia de los elementos de la definición de delito: la comisión de un hecho típico y no justificado con la correspondiente culpabilidad. No hace falta más. Cada sujeto debe haber realizado, él mismo, al margen de lo que hayan hecho los demás intervinientes, un comportamiento que: entrañe un peligro relevante de lesión del bien jurídico; dentro de su competencia; que no esté justificado en la situación concreta; con conocimiento de los hechos y su valoración jurídica y control subjetivo. Si se exige esto, de nuevo obtendremos de forma natural los efectos que se buscan con la accesoriedad, sin ninguno de sus inconvenientes.

Por lo que apunta en algunos sus textos y lo que yo he podido percibir en nuestras conversaciones, creo que el propio Enrique Peñaranda, seguramente la persona que más sabe del principio de accesoriedad, ha tenido y sigue teniendo dudas sobre él. Me gustaría haberlas aumentado con esta breve contribución, en homenaje a su magisterio.

⁵⁰ La mejor referencia sobre las funciones del principio de accesoriedad, y en general sobre su evolución y naturaleza, sigue siendo la clásica de nuestro homenajeado, PEÑARANDA RAMOS, 1990. Modernamente analiza el principio, VACCHELLI, 2020. También, desde planteamientos muy distintos, que niegan que el partícipe viole una norma de comportamiento, y vinculan en general la autoría y la participación a meros criterios de imputación, GONZÁLEZ LILLO, 2023, pp. 165 ss.

El sistema actual de intervención en el delito necesita una revisión general, que podría consistir simplemente en *olvidarse de que se trata de un sistema especial*, con reglas propias como la accesoriedad, e integrarse sin más en la teoría del delito: cualquier sujeto responsable lo será si su acto cumple todos los requisitos y garantías de la responsabilidad personal: si, atendiendo a la ley, es un acto *ex ante* peligroso no justificado, realizado dentro de la competencia del autor, e imputable subjetivamente (culpable). Nada menos hace falta, pero tampoco nada más.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai: Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Bogotá, 1998.
- BOLEA BARDÓN, Carolina: La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial, Barcelona, 2004.
- COLOMER BEA, David: *Los supuestos de instrumento doloso no cualificado: ¿actuación en nombre de otro, autoría mediata o comisión por omisión?*, en *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Gorriz Royo*. Valencia, 2020, pp. 237-249.
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho penal. Barcelona, 1991.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J: Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en derecho penal? Granada, 1999.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria: La coautoría en Derecho penal, Valencia 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Autor y cómplice en Derecho penal. Madrid, 1966.
- GONZÁLEZ LILLO, Diego: Autoría y participación como criterios de imputación. Una aproximación a su objeto, fundamento y estructura, Barcelona, 2023.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: La autoría mediata en Derecho penal. Granada, 1996.
- JAKOBS, Günther: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995.
- *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, en *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*. Bogotá, 2001, pp. 63-109.
- KINDHÄUSER, Urs: Cuestiones fundamentales de la coautoría. Bogotá, 2002.
- LESCH, Heiko H.: Intervención delictiva e imputación objetiva. Bogotá, 1995.
- LUZÓN PEÑA, Diego/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en *ForFICP*, II, 2023.2, pp. 114-147.

- MARAVÉ GÓMEZ, Mario: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Cizur Menor, 2009.
- *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Cizur Menor 2005, pp. 627-663.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ SANROMÁ, Oriol: Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la participación psíquica. Barcelona, 2023.
- MIRÓ LLINARES, Fernando: Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito. Barcelona, 2009.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: Antijuridicidad penal y sistema del delito, Barcelona 2001.
- *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Cizur Menor, 2005, pp. 691-742
- *El razonable «regreso» del dolo a la culpabilidad*, en Estudios de Derecho penal en homenaje a Santiago Mir Puig. Montevideo, 2017, pp. 735-751.
- *¿Puede conducirse sin permiso sin conducir y teniendo permiso?: una aproximación a la autoría mediata en los delitos de propia mano y a la vez una propuesta de reforma de la ley*, en Estudios penales en homenaje al profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, Valencia, 2025, pp. 983-998.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995. Madrid, 1999.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriedad. Madrid, 1990.
- *Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II. Madrid, 2008a.
- *Autoría y participación en la empresa*, en Cuestiones actuales de Derecho penal económico. Madrid, 2008b, pp. 161-186.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid, 2003.
- ROTSCH, Thomas: Einheitstäterschaft statt Tatherschaft. Tübingen, 2009.
- ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal (7.º ed.). Madrid, 2000.
- Derecho penal. Parte general, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Cizur Menor, 2014.
- RUEDA MARTÍN, M.ª Ángeles: Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal, Granada, 2020

- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: Delito de infracción de deber y participación delictiva. Barcelona, 2002.
- Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Bogotá, 1997.
- SANCINETTI, Marcelo: *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación*, en *Ilícito personal y participación*. Buenos Aires, 1997, pp. 55-91.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho penal. Parte General. Madrid, 2025.
- STRAENWERTH, Günter: Derecho penal. Parte General I. El hecho punible. Cizur Menor, 2005.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, Indret, 3/2016, pp. 1-72.
- VACHELLI, Ezequiel: Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad, Barcelona, 2020.

10. DELEGACIÓN DE FUNCIONES, OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA AMBIENTAL Y GRUPOS DE EMPRESAS

RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ ¹
Profesora Agregada de Derecho penal
Universitat Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓN

La fundamentación de la responsabilidad penal individual en el marco de la criminalidad empresarial es uno de los temas clásicos de la Parte General del Derecho penal económico. Lo que planteo en esta aportación para el Libro Homenaje al tan admirado y querido Prof. Peñaranda Ramos es, más bien, que la que deba ser la operación intelectual «de conexión de un resultado a una conducta»² peligrosa se complica cuando el contexto de referencia de tal análisis no es solamente una organización empresarial en la que se desarrollan diversas conductas (activas y omisivas)³, sino que, además, se trata de una organización particularmente compleja, como es el caso de los grupos de empresas o sociedades. Según algunos indicadores internacionales, las empresas

¹ Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento titulado «El Derecho penal de los grupos de sociedades» (Referencia: PID2023-1 47308NB-I00) y dirigido por los Profs. Jesús-María Silva Sánchez e Ivó Coca Vila.

² Utilizando esta expresión, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2014, p. 107.

³ Ya refiriéndose a la complejidad de la organización empresarial y a las posibles consecuencias negativas si se asumen los criterios de imputación generalmente admitidos en materia de autoría y participación en este ámbito de delincuencia, PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 161-162; EL MISMO, 2016, pp. 235-237.

económicamente más importantes son grupos multinacionales⁴, ganando terreno respecto de las empresas unicorporativas. Pese a ello, los criterios dogmáticos para la concreción de los comportamientos típicos y de los títulos de intervención, se han puesto a prueba teniendo por lo general en consideración la estructura unicorporativa y no, en cambio, la policorporativa. En esta última estructura existen diferentes centros de decisión social vinculados a personas jurídicas distintas, diversos ámbitos de competencia organizativa que no necesariamente confluyen y, en muchas ocasiones, actividades empresariales deslocalizadas⁵.

Uno de los criterios utilizados para dilucidar la distribución de competencias entre los sujetos y, de ahí, tratar de concretar sus esferas de organización (o de libertad) penalmente relevantes es la delegación de funciones⁶. Si bien con ella tiene lugar una transformación de las esferas de libertad del delegante y del delegado, como ha señalado en varias ocasiones el Prof. Peñaranda, aquella «implica hasta cierto punto una liberación de las propias obligaciones, en cuanto que su cumplimiento queda confiado a otras personas, y modifica el contenido del deber originario, generando otros deberes secundarios o derivados»⁷. De este modo, el efecto liberatorio es limitado pues, señala el Prof. Peñaranda, con la delegación «no se extingue el núcleo esencial del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible y exigible que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros»⁸. Así, el delegante mantiene ciertos deberes residuales vinculados con obligaciones de control y vigilancia respecto de la actividad delegada.

En tanto que aquí se presta atención a la actividad delictiva en contextos policorporativos, es oportuno analizar si la delegación puede seguir siendo un criterio rector. Para ello, y con la pretensión de delimitar este debate en una problemática actual, se analiza la figura de la delegación en relación con el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida ambiental en los grupos y, de ahí, la prevención de los riesgos ambientales. Esto nos remite a la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia

⁴ Vid. al respecto el último listado de 12 de junio de 2025 de Forbes: <https://www.forbes.com/lists/global2000/>. Los principales puestos los ocupan empresas del sector bancario y del sector TECH.

⁵ A ello se suma la dispersión del capital en busca de la legislación más conveniente desde el plano de la fiscalidad, de la regulación en materia laboral o ambiental. Al respecto, refiriéndose a las prácticas de *forum* o *law shopping*, MONGILLO, DLRI, 2021, p. 181.

⁶ Al respecto, MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, pp. 84-119.

⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 421; 2008, pp. 182-183.

⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 183.

de sostenibilidad (en adelante, Directiva 2024/1760)⁹. Cabe señalar que la prevención de los riesgos ambientales ha sido, hasta el momento, una cuestión más de naturaleza operativa que no una cuestión de la que se hayan preocupado en primera línea aquellos sujetos con competencias en el ámbito de gestión general o social de la empresa¹⁰. Sin embargo, esta perspectiva parece estar cambiando abiertamente a propósito de las estrategias y prácticas ESG (por sus siglas en inglés, *Environmental, Social and Governance*), que apuntan hacia un nuevo enfoque de las prioridades en la gobernanza o buen gobierno corporativo¹¹. No cabe duda de que en esta tendencia se enmarca la Directiva 2024/1760, de la que, aun a falta de su transposición¹², se suscitan muchas dudas sobre su incidencia para el Derecho penal. Es cierto que en ella no se contiene un mandato de criminalización, sino que lo previsto es que la infracción de las obligaciones de diligencia debida pueda comportar, además de sanciones pecuniarias, responsabilidad civil para las empresas obligadas (*vid.* arts. 27 y 29). Tampoco se hace referencia a los posibles resultados delictivos derivados de la infracción de las obligaciones de diligencia debida, sino a la causación de efectos adversos (potenciales o reales)¹³ y de daños.

Así las cosas, el propósito principal de este trabajo es ofrecer algunas ideas respecto a si, en primer lugar, las obligaciones de diligencia debida am-

⁹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81037>

¹⁰ Aún así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2024, entiende que los riesgos para el medio ambiente son «expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro», siendo algo muy relevante desde la posible fundamentación de una posición de garantía del empresario, p. 127, p. 147.

¹¹ Algo que se acompasa con el cada vez mayor interés de los inversores en la toma en consideración de los factores relacionados con la información no financiera de las empresas como uno de los criterios para canalizar el capital, *vid.* CICCIELO/MARAZZA/PERDICHIZZI, Corp Soc Responsib Environ Manag, 2023, p. 112.

¹² Según el artículo 37 de dicha Directiva, el plazo máximo de trasposición es el día 26 de julio de 2026. La versión finalmente aprobada dista del texto más ambicioso de la propuesta (COM/2022/71 final) acordado en diciembre de 2023, lo que lleva a calificarla como «aguada» o «descafeinada», *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2025, p. 145.

¹³ En lo que aquí interesa, el artículo 3.1 b) de la Directiva 2024/1760 define el efecto adverso para el medio ambiente, como «las consecuencias adversas para el medio ambiente derivadas de la infracción de las prohibiciones y obligaciones que se enumeran en el anexo, parte I, sección 1, puntos 15 y 16, y parte II, de la presente Directiva, teniendo en cuenta la legislación nacional relacionada con las disposiciones de los instrumentos en él enumerados». En la letra l) del artículo 3.1 se define el efecto adverso grave, como «un efecto adverso que sea especialmente significativo por su naturaleza, como un efecto que conlleve daños a la vida, la salud o la libertad humanas, o por su magnitud, alcance o carácter irreparable, teniendo en cuenta su gravedad, incluido el número de personas que se vean o puedan verse afectadas, el grado en el que el medio ambiente pueda quedar dañado o afectado de otro modo, su irreversibilidad y los límites de la capacidad para devolver a las personas afectadas o al medio ambiente a una situación equivalente a la que tenían antes de que se produjera ese efecto en un plazo razonable».

biental son susceptibles de delegación en el seno de un grupo y, en segundo lugar, a si el incumplimiento de dichas obligaciones por parte del administrador de la sociedad matriz podría comportar su responsabilidad penal por (la no evitación de) un delito ambiental cometido por otro miembro del grupo en el desarrollo de una actividad operativa¹⁴. Antes de ello, se hace necesario atender someramente a los rasgos principales de los grupos.

II. CARACTERÍSTICAS ORGANIZATIVAS DE LOS GRUPOS

Cuando se hace referencia a un grupo de empresas o de sociedades se alude a una organización empresarial compleja en la que, bajo un mismo fin o unidad de negocio (interés de grupo), existen diversas sociedades afiliadas (sociedades filiales o subsidiarias) legalmente independientes (con personalidad jurídica propia), y en la que la coordinación global se obtiene mediante la sujeción de aquéllas a una estrategia económica común (control) y se ejerce la gestión de todo el conjunto por parte de una sede central (dirección única), esto es, la sociedad matriz¹⁵. La aproximación legislativa a los grupos ha prestado especial atención a la idea del control interempresarial, desarrollándose diversos mecanismos a tal efecto¹⁶. Así, el artículo 42.1 CCom establece que existirá un grupo «cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras». Con ello, lo determinante parece ser concretar ese control de una sociedad respecto de otras o, correlativamente, la clase de dependencia de las sociedades controladas. Al respecto, el CCom se ocupa de especificar las situaciones en las que cabe presumir este control. A saber: cuando la sociedad dominante posea la mayoría de los derechos de voto de la filial; cuando la sociedad dominante tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad filial; cuando la dominante pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad

¹⁴ Planteándose esta misma pregunta pero sin concretarlo en ningún ámbito de delincuencia específico, BLANCO CORDERO, Derecho & Sociedad, 2025, p. 1 ss.

¹⁵ ANTUNES, Conn. J. Int'l L., 1999, p. 203, pp. 207-208; ABERLE, HOLLE, 2014, pp. 117-118; ENGLISH, BASENER, 2020, p. 7; SCARONA, 2006, p. 10.

¹⁶ En este sentido, señala ANTUNES, Conn. J. Int'l L., 1999, que, entre los mecanismos legales de control interempresarial se incluyen «aquellos de naturaleza financiera (como es el caso de la participación accionarial o la concentración de los derechos de voto), de naturaleza contractual (ya sea mediante el uso de acuerdos contractuales específicos entre empresas o de contratos comerciales comunes), de naturaleza personal (cargos de administradores interdependientes o *interlocking directorships*), o de naturaleza organizativa (esto es, los establecidos mediante los estatutos sociales)», pp. 205-206.

filial;¹⁷ y, por último, cuando la sociedad matriz haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial, y que estos desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores¹⁸. Así, a la luz de la regulación mercantil, estos diferentes escenarios a través de los que se puede ejercer el control de la sociedad matriz apuntan tanto hacia supuestos de control accionarial como hacia casos de control mediato respecto de la gestión general de la sociedad filial¹⁹. Este último aspecto, más vinculado con la noción de dirección única es, a mi juicio, el más interesante desde el punto de vista del Derecho penal. En este sentido, lo que se considera como el «pegamento» del grupo es la actividad de dirección y coordinación o, en otras palabras, la dirección unitaria por parte de la sociedad matriz que, por lo general, se ejercerá a través de su órgano de administración²⁰. De especial interés aquí son las formas en las que esa dirección unitaria se vehicula a través de la presencia de la sociedad matriz también en el órgano de administración de las sociedades dependientes o dominadas. Esto podría darse cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada fueran, a su vez, miembros del órgano de administración o la alta dirección de la empresa dominante. También, cuando se recurre a la figura del *interlocking director* (o directivo interdependiente), esto es, aquel sujeto que desempeña cargos en diversas empresas del grupo e, incluso, puede intervenir en empresas de grupos distintos²¹. Con todo, si de lo que se trata es de reflexionar acerca de la posible responsabilidad penal del administrador de la sociedad matriz (que incumple sus obligaciones de diligencia) por el delito ecológico cometido a través de la filial, se hace necesario delimitar los aspectos generales de esa

¹⁷ En esta situación, el control de una sociedad sobre otras derivaría de la especial posibilidad de influencia como consecuencia de la celebración de este acuerdo. Este es el supuesto en el que se podría hablar de un grupo contractual, ENGLISH, BASENER, 2020, p. 10.

¹⁸ En concreto, el artículo 42.1 CCom especifica que esta última situación se presumirá «cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».

¹⁹ De hecho, señalan ENGLISH, BASENER, 2020, p. 10, que este control mediato también puede surgir en el caso de un accionista minoritario y también puede establecerse mediante directores generales o miembros del órgano de administración idénticos en las diferentes sociedades.

²⁰ SCAROINA, 2006, p. 27; BLANCO CORDERO, Derecho & Sociedad, 2025, p. 3.

²¹ Según indica SCAROINA, 2006, «el *interlocking director*, además de representar un peligro constante de potencial conflicto de intereses para las sociedades en las que opera, sobre todo si pertenecen al mismo grupo, constituye un instrumento incisivo –y a veces encubierto– de influencia en las decisiones de la filial», pp. 276-277.

denominada dirección unitaria que asume en nombre de la sociedad²². Ello nos lleva a la toma en consideración de las clases de grupos en función de su forma de gestión. De ahí, en primer lugar, se distingue entre los grupos tendencialmente centralizados y los tendencialmente descentralizados. Se ha señalado que ni fenoménicamente ni legalmente es sustentable la opción que distingue entre un grupo puramente centralizado y otro puramente descentralizado. De modo que la regla general es moverse en una zona gris o zona intermedia²³ o, en otras palabras, en un modelo mixto²⁴. Y estos, precisamente, son los casos difíciles.

En general, la doctrina está de acuerdo en que existen ciertas competencias que debe ejercer el órgano de administración de la sociedad matriz para poder afirmar que estamos en presencia de un grupo. En concreto, las atribuciones que formarían parte del núcleo mínimo de dirección unitaria serían las siguientes: la determinación de los objetivos generales del grupo y las estrategias; el establecimiento de la estructura organizativa general del grupo; la elaboración de los planes industriales, financieros y estratégicos del grupo; la gestión de los recursos financieros del grupo; la supervisión de la consecución, por parte de las sociedades filiales, de los objetivos prefijados, así como, más en general, la verificación de su rendimiento²⁵. Ahora bien, a partir de aquí, también se admite que la intromisión de los administradores de la matriz en la gestión de las filiales puede ampliarse, llegando incluso a que los administradores de la sociedad matriz se inmiscuyan en las cuestiones cotidianas de gestión de la filial²⁶. En suma, más allá de las exigencias legales o jurídico-mercantiles para la consideración de un grupo como tal, la concreta incidencia (o deber de vigilancia) de los administradores respecto de la gestión operativa que tenga lugar en la filial dependerá de cuál sea el sistema específico de autoorganización del grupo.

²² Como señala BLANCO CORDERO, *Derecho & Sociedad*, 2025, el mayor desafío está en «entender y concretar el concepto de dirección unitaria» pues, a diferencia de que la constatación del control, «la dirección unitaria implica una función más compleja y dinámica: la organización y dirección empresarial conforme a un plan estratégico», pp. 3-4.

²³ *Vid.* VENTURI, BLP, 2020, p. 359.

²⁴ Según BLANCO CORDERO, *Derecho & Sociedad*, 2025, p. 16, en este modelo mixto la «matriz establece políticas generales de prevención y coordina con las filiales, que adaptan estas directrices a sus contextos particulares. La matriz supervisa y asesora, mientras que las filiales conversan un margen de autonomía operativa».

²⁵ VENTURI, BLP, 2020, p. 361. SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 189, señala que no es descartable la imposición de deberes adicionales de vigilancia de las matrices sobre las filiales.

²⁶ VENTURI, BLP, 2020, p. 361. Esto podría ser contraproducente con la necesidad de mantener un equilibrio entre el ejercicio de una vigilancia adecuada de las filiales y el respeto de las responsabilidades jurídicas y de gobierno corporativo de aquéllas, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, *Derecho PUCP*, 2020, p. 129.

III. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA AMBIENTAL EN LOS GRUPOS

La aprobación de la Directiva 2024/1760 supone un hito muy relevante hacia la juridificación de las obligaciones de diligencia debida empresarial. Según ella, las obligaciones «deben ser obligaciones de medios» (art. 1 y Considerando 19), esto es, obligaciones de procedimiento que se contraponen a las obligaciones de resultado²⁷. De ahí, se apunta una distinción entre lo que es el cumplimiento no diligente de las medidas de contención de riesgos y lo que es la producción del daño o peligro para el bien jurídico medio ambiente²⁸. Asimismo, cuando la Directiva se refiere a la diligencia debida lo hace, por un lado, en tanto obligaciones organizacionales que recaen en las empresas²⁹ y, por otro, lo hace con base en un enfoque eminentemente basado en el riesgo. Según el artículo 2.1 a), son sujetos destinatarios las empresas constituidas en un Estado miembro, que tengan una media de más de 1.000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450 millones de euros en el último ejercicio en el que se hayan aprobado o debido aprobar estados financieros anuales³⁰. Esta previsión parece ser aplicable tanto a una única sociedad, sea filial o no, como a una sociedad que sea la matriz de un grupo. Además, conforme al artículo 2.1 b), aunque no se llegue a los umbrales anteriores, también será destinataria de las obligaciones de la directiva la «empresa matriz última de un grupo que haya alcanzado dichos umbrales en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales consolidados». Cuando la Directiva alude a los grupos, distingue entre la

²⁷ Desde una perspectiva civil, BLANCO PÉREZ-RUBIO, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2014, señala que en los casos en los que se alude a obligaciones de resultado (o contrato de obra) «el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso». En cambio, cuando se alude a las obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), «el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de tal modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor», pp. 51-52.

²⁸ A propósito de la Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministro (*Lieferkettensorfaltspflichtengesetz*), señala BECKEMPER, 2025, que «no se impone a las empresas una responsabilidad de garantía para la prevención de violaciones de los derechos humanos o del medio ambiente, sino la aplicación de un deber de diligencia para contener los riesgos» o, utilizando la expresión alemana, un *Bemühenspflicht*, p. 554, también p. 558. En el mismo sentido, WITTIG, NSW, 2024, p. 206, aunque señala que el concepto de *Bemühenspflichten* u obligaciones de esfuerzo puede resultar engañoso pues algunas de estas obligaciones poseen elementos orientados al resultado.

²⁹ Esto podría relacionarse con lo que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, La Ley compliance penal, 2022, p. 15, señala como «modelo de responsabilidad organizacional (colectiva)», en el que «se pone el acento no en las personas individuales, sino en la estructura de la organización (su funciones y deberes de control y vigilancia) y, especialmente, en quienes gobiernan la organización encargados en última instancia del cumplimiento normativo».

³⁰ Según el art 2.2, el alcance de la Directiva también se extiende a empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer país y que cumplan alguna de las condiciones establecidas.

sociedad matriz (art. 3 q) y la sociedad matriz última del grupo (art. 3 r). Otro aspecto relevante es que en el artículo 2.3 se prevé la posibilidad de exención del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de la empresa matriz última. Ello podrá darse cuando la empresa matriz última «tenga como actividad principal la tenencia de acciones en filiales operativas y no participe en la toma de decisiones de gestión, operativas o financieras que afecten al grupo o a una o más de sus filiales». Ahora bien, esta exención se supedita a que se designe a una de las filiales para cumplir las obligaciones de diligencia debida «en nombre de la empresa matriz última». En este caso, parece que estaríamos ante un supuesto de delegación del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida desde la matriz última a una de las filiales. Con todo, el mismo artículo 2.3 prevé que dicha exención no excluirá que la empresa matriz última siga siendo «responsable solidaria junto con la filial designada en caso de que esta última incumpla sus obligaciones» de diligencia debida. Es así razonable sostener que la matriz última mantendrá, como sucede en los casos de delegación, ciertos deberes de supervisión.

Asimismo, en el Considerando núm. 21 se dispone que las empresas matrices «deben poder cumplir algunas de las obligaciones de diligencia debida también en nombre de sus filiales incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva». De aquí, parece que no es que la filial se postule como la delegada de la matriz para cumplir con las obligaciones de diligencia debida, sino todo lo contrario. El cumplimiento eficaz de las obligaciones de diligencia debida puede hacer que la empresa matriz amplíe el alcance del cumplimiento de sus obligaciones de diligencia y, de este forma, se extienda también su poder de control. Ello, cuando menos, en lo que se refiere al cumplimiento de (parte)³¹ las obligaciones de diligencia debida, respecto de la gestión de su filial. En todo caso, aunque el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida lo asuma la matriz en nombre de la filial, según el artículo 6.1. de la Directiva ello no excluye la sujeción de las filiales tanto a las competencias de las autoridades de control (art. 25), como a la responsabilidad civil por los daños causados a personas físicas o jurídicas (art. 29). Por tanto, y a los posibles efectos sancionatorios establecidos en la Directiva, la filial sigue siendo la titular formal de las obligaciones de diligencia debida y, en tanto titular de un

³¹ El Considerando núm. 21 alude a la posibilidad de cumplir en nombre de la filial «algunas» de las obligaciones. Según el artículo 6.1 de la Directiva, estas obligaciones son las establecidas en los artículos 7 a 11 y en el artículo 22 (lucha contra el cambio climático). Sin embargo, a los efectos de concretar las condiciones a las que se sujeta el cumplimiento por parte de la matriz en nombre de la filial, el artículo 6.2 se refiere a las obligaciones establecidas entre los artículos 7 a 16. Si esto no se debe a un error técnico-legislativo, ya no podría afirmarse que la matriz puede cumplir solamente con «algunas» de las obligaciones de diligencia debida en nombre de la filial, sino que, por el contrario, podría cumplirlas todas.

capital, sigue siendo sujeto destinatario de responsabilidad pecuniaria. Si la filial no es sujeto obligado, la matriz «debe cubrir las operaciones de la filial como parte de sus propias obligaciones de diligencia debida» (art. 5.2). Con ello, se pone de manifiesto, por un lado, que la «supertitular» o máxima competente de las obligaciones de diligencia debida en todo el grupo es siempre la matriz y que, en el marco de sus competencias de gestión estratégica también se deben tener en cuenta los aspectos operativos de las filiales que inciden en el proceso de diligencia debida. En otras palabras, los órganos de gestión de la sociedad matriz no se pueden desentender de la correcta gestión de la diligencia debida ambiental de sus filiales.

Aunque la Directiva parte de un enfoque basado en el riesgo propio del *compliance*, se utilizan conceptos que no solamente aluden a escenarios de riesgo y su correcta gestión, sino también a la, en su caso, efectiva causación de daños y, de ahí, a las obligaciones de reparación de las empresas³². Ello, desde luego, confunde el que deba ser el tratamiento de estas obligaciones de diligencia debida que, como se ha señalado, la propia Directiva considera como obligaciones de medios. Por ejemplo, el Considerando núm. 53, en relación con la eliminación o minimización de los efectos adversos sobre los derechos humanos o el medio ambiente, indica que lo esperable es «que una empresa sea capaz de eliminar los efectos adversos reales en sus propias operaciones y en las de sus filiales». En los artículos 7 a 11 de la Directiva 2024/1760 se indican las medidas consideradas adecuadas para detectar, evaluar, prevenir o eliminar los efectos adversos potenciales y reales. Asimismo, en el artículo 29 se recogen las condiciones que deben concurrir para considerar responsable a una empresa por los daños causados. En concreto, esto requiere, primero, el incumplimiento deliberado o por negligencia de las obligaciones previstas en los artículos 10 y 11 (art. 29.1. a) y que, como consecuencia de dicho incumplimiento, «se haya causado un daño a los intereses jurídicos de la persona física o jurídica protegidos por el Derecho nacional» (art. 29.1. b). Ahora bien, tras enumerar estas condiciones, el artículo 29. 1 *in fine* establece que la empresa «no podrá ser considerada responsable cuando el daño haya sido causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades». No se refiere, en cambio, a los supuestos en los que los daños los haya causado únicamente la filial.

³² En este sentido, tiene razón ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, La Ley compliance penal, 2022, que aunque los conceptos de *compliance* y diligencia debida compartan elementos en común, el *compliance* general, a diferencia de la diligencia debida en materia de derechos humanos, «es una herramienta de prevención de riesgos en la empresa no siempre asociado a responsabilidad entendida como consecuencia jurídica, sino a simple gestión», p. 13.

Sin perjuicio de que las destinatarias directas de las obligaciones de diligencia debida sean determinadas empresas³³, la efectiva adopción de las medidas adecuadas para su cumplimiento es algo que dependerá de alguna o varias personas físicas de la entidad. En concreto, las medidas adecuadas de diligencia debida –como es el caso, por ejemplo, de la integración de la diligencia debida en todas las políticas y en el sistema de gestión (art. 7) o la adopción de las medidas para la prevención de los efectos adversos potenciales; como por ejemplo, modificar el plan de negocio de la empresa o sus estrategias generales (art. 10.2.d)–, requieren de la toma de decisiones propias de los sujetos con competencias en marco de la gestión general o gestión estratégica³⁴. Así, el administrador, en tanto órgano o posición competente de la gestión social, será el responsable de la adopción y ejecución con eficacia de las medidas de diligencia debida³⁵. Ahora bien, esto no significa ni que tenga que ser el administrador quien asuma la supervisión del desarrollo operativo de dichas medidas en primera persona y, por otro lado, ni que ostentar funciones de supervisión en el marco de la gestión social de la empresa sea lo mismo que realizar funciones operativas en ella³⁶. Aunque los miembros del grupo deban seguir las instrucciones generales de la dirección unitaria, la elección de los medios para alcanzar los objetivos específicos está en manos de las personas directivas que gestionan las divisiones o áreas operativas de cada sociedad³⁷.

IV. ¿DELEGACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA ENTRE MATRIZ Y FILIAL?

Según la Directiva 2024/1760, de las obligaciones de diligencia debida pueden ser titulares tanto la sociedad matriz como la sociedad filial, solamente la

³³ Algo que puede relacionarse con lo que SILVA SÁNCHEZ, 2025, denomina como «organizaciones garantes», 11/103, y que, en el caso que aquí nos ocupa, el compromiso de control de riesgos sería algo más bien inherente a la institución en sí.

³⁴ Al fin y al cabo, esas medidas de diligencia debida se corresponden con las propias de los sistemas de gestión o *compliance*. En este mismo sentido, CARLOS DE OLIVEIRA, *La Ley compliance penal*, 2023, pp. 14-15.

³⁵ Conforme la Directiva, las empresas referidas en el artículo 2.2. tendrán la obligación de designar a un representante autorizado, en quien recaerá el deber de informar a la autoridad de control (art. 23). Según PÉREZ CEPEDA, 2025, p. 147, el administrador podría delegar en este representante autorizado el cumplimiento de la diligencia debida. Desde luego, esta figura plantea interesantes interrogantes que merecen un análisis específico.

³⁶ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2024, p. 159.

³⁷ SCAROINA, 2006, p. 238.

sociedad matriz o, por último, solamente la sociedad filial. A los efectos de analizar si son obligaciones delegables, propongo distinguir los siguientes escenarios:

1.º La sociedad matriz y la sociedad filial son ambas sujetos obligados.

En este caso, las obligaciones de diligencia debida son originariamente de ambas. Ahora bien, la empresa matriz puede cumplir con algunas de ellas (o todas) también en nombre de sus filiales. Aun así, son las filiales, en tanto titulares de las obligaciones, las que continuarán sujetas a la autoridad de control y al régimen de responsabilidad civil. Traducido esto en clave de delegación de funciones, podría decirse que sería la filial la que delegaría en la matriz el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida (o de parte de ellas), sin perjuicio de que, al no tratarse de una transmisión sino de un traspaso de competencias, la filial mantendría una serie de deberes residuales. Ahora bien, esta posible «delegación invertida» parece que no podría tener acomodo en un grupo de empresas organizado tendencialmente de manera centralizada o con una fuerte dirección unitaria, pues en esta clase de grupos sería la sociedad matriz la que ciertamente ostentaría deberes de supervisión frente a la gestión de sus filiales y no a la inversa.

En lo que respecta a la filial, sus obligaciones de diligencia debida y las funciones que su cumplimiento comporta no derivan de una delegación realizada desde la matriz, sino que es con base en sus propias condiciones financieras y operativas por lo que es sujeto obligado. No obstante, en una organización constituida como grupo de empresa, esta independencia formal respecto de la titularidad de las obligaciones de diligencia debida de una sociedad que es también filial, puede colidir con razones de eficacia en el seno de la organización grupal. Podría decirse que esta interconexión entre la matriz y la filial respecto del cumplimiento efectivo de las obligaciones de diligencia debida es una forma de estrechar el acoplamiento entre los sistemas de gestión de cada persona jurídica³⁸. De ahí que, en este caso, y sobre la base de las facultades autoorganizativas en el grupo, o bien se trata de que la filial traspasa (una parte de) sus obligaciones de diligencia debida a la matriz, o bien esta última bloquea –en tanto titular de un ámbito de control unitario– el marco de autonomía de gestión de la filial. Sin embargo, la previsión de que la filial continúa estando sujeta a la autoridad de control y, en su caso, a satisfacer la responsabilidad civil derivada de los efectos adversos o daños causados, indica que, de

³⁸ Sobre la distinción en el ámbito de la teoría organizacional entre los sistemas de acoplamiento débil o laxo (*loose coupled*) y los sistemas de acoplamiento estrecho (*tightly coupled*), WEICK, ASQ, 1976, pp. 3-7.

alguna forma, es conveniente que la filial, a través de su órgano de administración, mantenga unos deberes de supervisión respecto de la gestión o cumplimiento que haga la matriz en su nombre. Esto será de especial relevancia práctica cuando los miembros del órgano de administración de la filial no coincidan con los correspondientes de la sociedad matriz³⁹. En todo caso, el cumplimiento de las obligaciones de diligencia por parte de las matrices y en nombre de las empresas filiales está sujeto a cinco condiciones. A saber: (a) que la filial y la matriz se faciliten mutuamente toda la información necesaria y cooperen para cumplir sus obligaciones; (b) que la filial cumpla la política de diligencia debida de su matriz; (c) que la filial integre la diligencia debida en todas sus políticas y en todos sus sistemas de gestión de riesgos, describiendo claramente qué obligaciones debe cumplir la matriz y, cuando sea necesario, informando de ello a las partes interesadas pertinentes; (d) en caso necesario, que la filial siga adoptando medidas adecuadas de conformidad con los artículos 10 y 11 y siga cumpliendo sus obligaciones en virtud de los artículos 12 y 13; e) cuando proceda, que la filial solicite garantías contractuales de un socio comercial directo, de un socio comercial indirecto y, en su caso, suspenda temporalmente o ponga fin a la relación comercial.

2.º *La sociedad matriz es sujeto obligado, no en cambio la sociedad filial.* Aunque la filial no esté incluida bajo el alcance de la Directiva 2024/1760, la sociedad matriz, para cumplir con sus obligaciones de diligencia debida, debe igualmente tener en cuenta los riesgos de las operaciones de la filial. Así, el terreno sobre el que se proyectan las obligaciones de diligencia debida de la matriz no se reduce al que puedan representar los riesgos de sus propias actividades u operaciones, lo que supone una ampliación de los deberes de diligencia que incumben a la empresa matriz y, de ahí, a su órgano de administración. Con ello, se refuerzan los deberes de información de la matriz respecto de las actividades de su filial, aunque esta no sea un sujeto obligado. Y estos deberes no los ostenta la matriz porque sea, en este caso, la delegante originaria, sino que su fundamento estriba en sus propias competencias de gestión estratégica (dirección unitaria) dentro del grupo empresarial.

3.º *La sociedad matriz no es sujeto obligado, pero sí lo es la sociedad filial.* Pese a que la sociedad filial mantiene el derecho de compartir recursos e información dentro del grupo –y, de este modo, sería posible incluso que la matriz fuera destinataria de información sobre incumplimientos de la filial en

³⁹ Para que esto tenga sentido también sería necesario que los sujetos nombrados como representantes ante la autoridad de control fueran sujetos independientes y pudieran velar por los intereses de la filial que, en su caso, los hubiera contratado, sin que fueran los mismos que los de la empresa matriz.

materia de diligencia debida—⁴⁰, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida recae, cuando menos formalmente, solamente en la filial. Otra cuestión es que, sobre la base de sus facultades de autoorganización, desde la sociedad matriz se establezca igualmente alguna comisión especializada para la supervisión del cumplimiento de aquellas obligaciones por parte de las filiales. Si esto es así, esta función de supervisión tampoco tendría su origen en una delegación previa de la diligencia debida desde la sociedad matriz a la filial, sino en las propias competencias de gestión general de la sociedad matriz.

Conforme a estos escenarios, la delegación de funciones, cuando menos en su entendimiento clásico, no tiene mucho recorrido en el marco del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida de la matriz y filiales del grupo. Pese a la independencia jurídica de las sociedades, el cumplimiento y adecuada gestión de las obligaciones de diligencia debida ambiental organizacional se vincula, más bien, con las competencias necesarias para la gestión unitaria del grupo. En este sentido, es en el órgano de administración de la matriz en el que se personalizan estas obligaciones y que, en su caso, se erige como el principal responsable.

V. LA INFRACCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA

Aunque la Directiva 2024/1760 se refiere a las empresas, existen varias normas jurídicas que prevén los deberes de diligencia de los administradores. Este es el caso de los artículos 225 (Deber general de diligencia) y 226 (Protección de la discrecionalidad empresarial) de la LSC. Entre otros aspectos, de aquí se deriva la obligación de los administradores de tomar las «medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad» (art. 225.2 LSC), entre las que estaría la toma en consideración de los criterios ESG y, de ahí, de la detección, evaluación, prevención y minimización de los riesgos ambientales. Sin embargo, y como ha señalado la doctrina, este deber de administrar con la diligencia de un ordenado empresario parece que se enfoca, principalmente, a la gestión de una sociedad, sin que se explicita su eventual extensión hacia la gestión de las filiales⁴¹. Es más, aunque esto pudiera admitirse con

⁴⁰ Algo que, en el marco de las empresas españolas sobre la base de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero es perfectamente factible.

⁴¹ BLANCO CORDERO, Derecho & Sociedad, 2025, p. 9.

base en la dirección unitaria en los grupos, esta obligación del administrador de la matriz se vincularía con una posición de garante demasiado genérica que, a mi juicio, no sería suficiente para fundamentar su responsabilidad por la no evitación del delito ambiental cometido desde una actividad operativa de la filial⁴². Por tanto, aunque el administrador de la matriz ostente deberes de diligencia enfocados a la prevención de riesgos, ello no significa que su sola infracción suponga un título habilitante para su responsabilidad penal como persona física.

Es cierto que el ejercicio de la diligencia debida ambiental no es algo estanco en el nivel de la gestión estratégica, sino que fluye y se debería concretar en el modo en que se desarrollan las actividades operativas de la organización y que están bajo la esfera de competencia de otros sujetos con competencias de gestión. De este modo, no puede afirmarse que exista una completa separación entre, por un lado, los riesgos que se derivan de una inadecuada gestión de las obligaciones estratégicas o generales y, por otro lado, de los riesgos que se derivan de una gestión incorrecta de las obligaciones operativas. Sin que suponga excluir la existencia de sujetos titulares de ámbitos de competencia operativos específicos, la esfera de competencias del administrador social de la matriz sobrevuela con la de aquellos como consecuencia de las exigencias en materia de diligencia debida ambiental. En otras palabras, el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte del administrador de la matriz podría entenderse como una conducta desencadenante de un contexto peligroso que, en un futuro más o menos próximo, puede utilizarse por parte de un tercero/s autorresponsable/s que, infringiendo también su propia esfera de competencia, cometa/n el delito ambiental. Esto, en mi opinión, nos aproxima a la estructura de la injerencia⁴³, aunque esta estaría en relación con la creación de un entorno empresarial defectuoso que propicia el incumplimiento autorresponsable por parte de terceros de lo que se deriva finalmente la afectación a bienes jurídicos y no con una «co-organización» del riesgo concreto⁴⁴. Por tanto, el incumplimiento de la diligencia debida ambiental del administrador de la sociedad podría ser, por un lado, un criterio para fundamentar la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica –en este caso, de la matriz– y, por otro lado, en relación con la actuación del administrador una infracción más próxima a un delito de administración desleal.

⁴² En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, *Derecho & Sociedad*, 2025, pp. 9-10.

⁴³ En sentido similar, PÉREZ CEPEDA, 2025, p. 136.

⁴⁴ Así, MIRÓ ESTRADÉ, *La Ley compliance penal*, 2024, pp. 13-14.

Hace tiempo que sostengo que desde el órgano de administración no tiene lugar una delegación de funciones hacia los directivos de las diferentes áreas o divisiones operativas de negocio. Lo que acaece es una designación de los sujetos competentes para desempeñar el cargo y las funciones correspondientes de cada área de negocio⁴⁵. Por tanto, y a no ser que sea en el marco del propio órgano de administración o hacia sus comisiones delegadas, la delegación de las funciones operativas, en tanto técnica transformadora del ámbito de responsabilidad, no se origina en el órgano de administración⁴⁶. Creo que la distinción entre los planos de gestión general, organizativa o estratégica y los de gestión operativa o sectorial y, por ende, la distinción entre la delegación en sentido estricto, la asignación de funciones y el encargo de funciones⁴⁷, resulta la postura más realista atendiendo a la cada vez más elevada complejidad organizativa y al cada vez menos existente modelo de gestión centralizada. Y ello, desde luego, es extensible a los grupos empresariales. Ahora bien, afirmar que el administrador no es el delegante originario de las actividades que se enmarcan en las decisiones operativas en la empresa, no implica excluir su responsabilidad como titular de deberes de gestión general, entre los que se incluye el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida ambiental. El cumplimiento de estos deberes de gestión general no solamente es necesario para asegurar una estructura empresarial no defectuosa, sino que también puede incidir, de forma paralela, en el enfoque y el desarrollo de la concreta gestión operativa que esté en manos de terceros competentes. Sin embargo, y en terminología de delegación de funciones, la ostentación de estos deberes de gestión general no convierte a los administradores en garantes directos (ni primarios, ni secundarios) de la evitación de las concretas actuaciones delictivas que puedan cometerse en el marco de las áreas operativas de la empresa y de las que son titulares y principales responsables otros miembros de la empresa. De otro modo, estaríamos aceptando que, también en el Derecho penal, la figura del administrador, con una competencia omnipresente, sería una especie de chivo expiatorio. Una cosa es aceptar que, también en la empresa, hay un conjunto de sujetos que ostentan competencias en materia de gestión de riesgos y, otra distinta, es afirmar que el delito pueda ser el resultado de una mala gestión reconducible, en todo caso, a la posición que ocupa el administrador

⁴⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, pp. 87-88.

⁴⁶ Esto no es algo aceptado por buena parte de la doctrina, que entiende que el administrador es el delegante originario: PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 182; GÓMEZ MARTÍN, 2020, pp. 125-126, basándose en que «sobre los órganos societario de gestión y administración recaen deberes originarios de dirección», p. 125.

⁴⁷ También sobre esta distinción, MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, pp. 98-105.

en la empresa como gestor general⁴⁸. De ahí que en la doctrina esté cobrando relevancia la distinción entre el garante en sentido estricto y el garante en sentido amplio o gestor de riesgos⁴⁹. Solamente el primero podría responder en comisión por omisión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERLE, Lukas, HOLLE, Philipp Maximilian: Aufsichtspflichten im Unternehmensverbund, en *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, 2014, pp. 117-136.
- ANTUNES, José Engrácia: *The liability of polycorporate enterprises*, Connecticut Journal of International Law, núm. 13(2), 1999, pp. 197-232.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *Responsabilidad penal del administrador de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el ámbito de las filiales*, Derecho & Sociedad, núm. 64, 2025, pp. 1-23.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, núm. 2014, pp. 50-74.
- BECKEMPER, Katharina: *La Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de suministro*, en *Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, vol. I, Madrid, 2025, pp. 551-565.
- CATINO, Maurizio: *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, 2022.
- CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina: *La naturaleza jurídica de las obligaciones de diligencia debida frente a los clientes y socios de negocio*, La Ley Compliance Penal, núm. 12, 2023, pp. 1-33.
- CICCHIELLO, Antonella F., MARAZZA, F., PERDICHIZZI, Salvatore: *Non-financial disclosure regulation and environmental, social, and governance (ESG) performance: The case of EU and US firms*, Corporate Social Responsibility and Environmental Management, núm. 30, 2023, pp. 1121-1128.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos: prohibición y criminalización*, en *Verdes y justas:*

⁴⁸ Señala CATINO, 2022, p. 35, la fabricación de un chivo expiatorio es favorecida por la lógica del Derecho penal en tanto esta se base en la «historia breve», esto es, aquella que reduce la génesis y la dinámica de un acontecimiento complejo al comportamiento de algún autor individual.

⁴⁹ Así, MONGILLO, Giur. it., 2022, p. 956, comentando la sentencia del caso Viareggio (sentencia de Cass. penale, Sez. IV, de 6.9.2021). También sostiene una concepción restrictiva de la responsabilidad en comisión por omisión, MIRÓ ESTRADÉ, *La Ley compliance penal*, 2024, distinguiendo entre los deberes de garante del administrador que dan lugar a responsabilidad penal en comisión por omisión y los deberes extrapenales de control de riesgos, pp. 14-16.

- responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales, vol. I, Madrid, 2025, pp. 143-169.
- ENGLISH, Nicole, BASENER, Nico: § 2 *Gesellschaftsrechtliche Grundlagen, en Konzernstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, München, 2020, pp. 5-40.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Delegación de competencias y compliance penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico*, Derecho PUCP, núm. 85, 2020, pp. 115-138.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa*, en Derecho penal económico y de la empresa, 2.^a ed., Madrid, 2024, pp. 115-173.
- MIRÓ ESTRADÉ, Jordi: *El alcance de la responsabilidad penal del Consejo de Administración en el «Caso Bonatti S.p. A.» Comentario de la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione Sez. 4 núm. 31665/2024, de 5 de julio*, La Ley compliance penal, núm. 19, 2024, pp. 1-27.
- MONGILLO, Vincenzo: *Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie «prese sul serio»*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2021, núm. 170, pp. 179-213.
- *Imputazione oggettiva e colpa tra «essere e normativismo: il disastro di Viareggio»*, Giurisprudenza Italiana, núm. 4, 2022, pp. 953-962.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona, 2008.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)*, en Derecho y Justicia en el ss. XXI: Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García, Madrid, 2006, pp. 411-430.
- *Autoría y participación en la empresa*, en Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Madrid, 2008, pp. 161-186.
- *Autoría y participación en la empresa*, en Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases, Madrid, 2016, pp. 235-280.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *La posible dimensión penal de la Directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad*, en Derecho penal económico, legal tech y teoría del delito, Valencia, 2025, pp. 127-157.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo: *La libertad del Derecho penal*, Barcelona, 2014.
- SCAROINA, Elisa: *Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid, 2013.
- *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 2025.
- VENTURI, Filippo: *La Responsabilità Penale e Amministrativa da Reato nei Gruppi di Società: Gli Incerti Sentieri di Imputazione dei Vertici dell'Impresa di Gruppo*

- tra Agnosticismo, Crisi e Riforma del Diritto Penale (Post)Moderno*, Bocconi Legal Papers, núm. 14, 2020, pp. 355-389.
- WEICK, Karl E.: *Educational Organizations as Loosely Coupled Systems*, *Administrative Science Quarterly*, vol. 21, núm. 1, 1976, pp. 1-19.
- WITTIG, Petra: *Die ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit für transnationale Rechtsgutsverletzungen in internationalen Lieferketten nach Inkrafttreten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, NSW 2/2024, pp. 200-216.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Compliance penal, diligencia debida, culpa organizacional: ¿juego de abalorios para la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas?*, *La Ley compliance penal*, núm. 10, 2022, pp. 1-26.

11. LA ACCESORIEDAD COMO COMPONENTE DE ACCIONES SUPRAINDIVIDUALES

YESID REYES ALVARADO

Director del Departamento de Derecho penal y Criminología
Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

Enrique Peñaranda ha sido siempre un referente en el área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Permanentemente dispuesto a hablar con quien buscara su consejo o su parecer, escuchando con atención, opinando de manera ponderada, capaz de encontrar ventajas y desventajas en cada postura gracias a su enorme capacidad para seguir el rumbo y ritmo de las cambiantes discusiones de los teóricos de la ciencia penal. Su trabajo sobre la participación en el delito y el principio de accesoriedad es, en el mejor sentido de la expresión, una fuente –profusa– de conocimiento; no solo porque a lo largo del texto es fácil rastrear el origen y la accidentada evolución de la accesoriedad, sino porque, a partir de la forma minuciosa como allí se expone, organiza y desmenuza sistemáticamente la literatura disponible sobre el tema, se pueden acompañar las conclusiones del autor, sino porque también es factible separarse de ellas a partir de la información que en ese libro se pone a disposición del lector.

II. LA ACCESORIEDAD Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL INJUSTO EN LA COAUTORÍA Y EN LA PARTICIPACIÓN

Remontarse a las posturas de Heimberger y Birkmeyer, como se hace en la primera parte del libro de Peñaranda, para destacar que no concebían la acce-

soriedad como la razón de ser de la punibilidad de la participación, sino como una forma de explicar que esa fundamentación se «extrae» del hecho de otro¹, permite ya entrever la variedad de interpretaciones que a partir de esa figura se han venido construyendo a lo largo de los años. Por qué y cómo se llega a esa afirmación y, sobre todo, en qué sentido se la debe entender, constituye el meollo de un debate que se ha prolongado por siglos, como pone en evidencia Peñaranda con sus atinadas referencias a textos como el de Baldo de Ubaldis².

Con base en la doctrina actualmente dominante, puede decirse que responde como autor de un delito quien crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado (siempre que se lo encuentre culpable). Esta presentación, que no ofrece mayores inconvenientes en casos de autoría individual, presenta dificultades frente a las hipótesis en que el delito es producto de la intervención de un número plural de personas. La pregunta central es si en casos de división del trabajo (criminal) la responsabilidad de cada interviniente (coautor o partícipe) depende de que su propia conducta individual pueda ser calificada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado. Ejemplificando la situación: ¿permanecer vigilante en una esquina por si aparece la policía mientras los compañeros asaltan un banco, o vender un cuchillo con el que se comete un homicidio, pueden ser calificados –en su individualidad– como riesgos jurídicamente desaprobados que se realizaron en el resultado?

A partir de situaciones como las descritas la doctrina suele distinguir entre los inconvenientes que frente a la coautoría plantean las denominadas acciones neutrales³, y los que tienen que ver con la razón de ser de la responsabilidad de los partícipes. En mi opinión se trata de un mismo problema que, además, es predicable tanto de la coautoría como de la participación; dado que en ninguno de los dos casos la conducta típica es desarrollada integralmente por una sola persona, la pregunta central tiene que ver con las condiciones que debe tener el aporte causal del interviniente para considerarlo relevante desde el punto de vista del derecho penal. Formulada de manera más precisa, la cuestión es ¿qué características debe tener la conducta del coautor y del partícipe para que adquiera relevancia desde el punto de vista de la imputación objetiva (o del injusto, si se prefiere la expresión)?

¹ «Es aquí donde Heimberger cree ver latir “un pensamiento completamente moderno acerca de la naturaleza accesoria” de la participación: precisamente el pensamiento, difundido poco antes por Birkmayer, de que ésta “no porta en sí misma el fundamento de su punibilidad, sino que lo extrae (o toma prestado: *entlehnt*) del hecho de otro”»; PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 33.

² Cfr. PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 31.

³ Sobre el problema de las conductas neutrales, cfr. ROBLES PLANAS, 2015.

La pregunta es importante por varias razones: la primera, porque su sola formulación pone de presente que para la doctrina mayoritaria la relevancia que tiene el comportamiento del autor único en el aspecto objetivo del delito es distinta de la del coautor y la del partícipe. La segunda, porque de la respuesta que se brinde a ella depende si el derecho penal puede disponer de unos parámetros únicos para decidir cuándo una conducta le interesa, o si ellos deben cambiar dependiendo de la forma en que el comportamiento se desarrolla desde el punto de vista naturalístico. La tercera, porque ese manejo diferencial puede conducir a un tratamiento más severo del cómplice frente al autor, en la medida en que no se requiere que su conducta sea en sí misma creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado (que se realice en el resultado), sino que bastaría con que a través de ella se ayudara a quien sí se comporta de esa manera (el autor); en otras palabras, el cómplice llamaría la atención del derecho penal haciendo menos que aquello que necesitaría un autor para que su conducta fuera relevante en ese mismo ámbito. La cuarta, porque de la explicación que se suministre a este interrogante depende si el partícipe responde por su propio injusto, o por un injusto ajeno (el del autor). Si bien frente a esta última cuestión puede afirmarse que la responsabilidad de cada uno es diferente debido al reproche individual de culpabilidad⁴, no se puede decir lo mismo del injusto dada su naturaleza objetiva (entendida como predicable de un portador de roles y no de un individuo); por eso, aunque frente a la culpabilidad el problema esté resuelto, sigue siendo válido cuestionarse si el partícipe responde por su propio injusto, o por el injusto de otro (el del autor).

Aun cuando se diga que, en puridad de términos, las referencias a la accesoriidad como una forma de atribuir el injusto tanto en la coautoría como en la participación constituyen dos maneras distintas de comprender la accesoriidad⁵, considero que en el fondo el problema es el mismo: como ni la conducta del coautor ni la del partícipe, individualmente consideradas, parecen configurar el riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado, en ambas situaciones es necesario determinar cuál es el comportamiento al cual se

⁴ «Höpfner había extraído ya de ello la conclusión de que lo que fundamenta la pena de los partícipes no es el hecho del autor: la realización de éste constituye tan sólo –y en la medida en que la ley exija– un requisito adicional para la imposición de la pena a cómplices e inductores. El fundamento de su responsabilidad se hallaría más bien en su propio comportamiento jurídico (y en su propia culpabilidad)»; PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 328.

⁵ «Si se califica como “accesoriidad” la necesidad de valorar la intervención del partícipe en su relación con otros sujetos, cabría decir que la accesoriidad fundamenta y no solo limita la responsabilidad. Pero es evidente que entonces se da al término accesoriidad un sentido impropio, porque el mismo fenómeno tiene lugar en un sistema unitario de intervención en el delito y en el ámbito de la coautoría, en la que también se pone a cargo de un coautor lo realizado por otro»; PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 336.

vincula el injusto de esos dos intervinientes. Para la opinión dominante, en la coautoría responden todos (los coautores) porque realizan de manera común la conducta delictiva con división del trabajo⁶; en la participación, en cambio, la doctrina mayoritaria afirma que el partícipe responde por el injusto del autor⁷. Esta solución diferencial es poco convincente porque en ambos casos hay división del trabajo, de tal manera que lo único que diferencia a un coautor de un cómplice (según el criterio de Roxin) es la importancia del aporte que cada uno de ellos haga⁸. Si de acuerdo con esa precisión la diferencia es cuantitativa, no resulta claro porqué cada uno de los coautores responde por el hecho (injusto) común, mientras la responsabilidad de los partícipes está vinculada al comportamiento (injusto) del autor.

Lo que este esquema muestra es que, a diferencia de lo que ocurre con el autor individual, cuyo injusto depende íntegramente de su comportamiento, el de los coautores y los partícipes es accesorio a otro: en la coautoría, al injusto que se predica del hecho común y, en la participación, al injusto que se atribuye al autor. Desde el punto de vista del fundamento de la intervención del derecho penal, este planteamiento muestra que una es la razón por la que se interesa en el comportamiento del autor (porque su propia conducta constituye un injusto) y otra la que lo lleva a ocuparse de las conductas de los coautores (colaboran en una acción colectiva) y de los partícipes (intervienen en un injusto ajeno). Esa fundamentación diferencial plantea el problema de si respecto de los coautores y los partícipes su conducta es penalmente relevante pese a que en su individualidad no puede ser calificada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado⁹. ¿Significa esto que respecto de esas dos categorías (coautores y partí-

⁶ «[L]a coautoría es realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo. El dominio del hecho del coautor se deriva de su función en la ejecución; asume una tarea que es esencial para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio del conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho»; ROXIN, 2014, §25/188, p. 146.

⁷ «Participación es intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. El hecho principal pertenece al autor, no al partícipe [...] El desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo»; MIR PUIG, 2016, §15/27, p. 410.

⁸ «Para poder fundamentar una coautoría, la contribución en la fase ejecutiva debe ser además esencial. Ello es también consecuencia de la estructura de la coautoría como dominio funcional del hecho; alguien sólo posee el codominio del suceso si ejerce una función en la ejecución de la que puede depender el éxito del plan [...] Por el contrario, las contribuciones que son irrelevantes o de poca importancia para el éxito del delito fundamentan, si por lo menos tienen efecto favorecedor, una cooperación o complicidad»; ROXIN, 2014, §25/211, p. 157.

⁹ Roxin sostiene que la conducta del cómplice debe representar un «incremento del riesgo a la cooperación», en el sentido de que con ella «mejora dolosamente las oportunidades del autor e incrementa el riesgo para la víctima»; sin embargo, en lugar de extraer de allí la conclusión de que el cómplice toma parte en una conducta colectiva (junto con el autor), afirma que con su conducta el partícipe «emprende un ataque autónomo al bien jurídico»; ROXIN, 2014, §26/212, pp. 287 y 288.

cipes) no se aplica la imputación objetiva como forma de determinar lo injusto de su conducta?

III. ACCESORIEDAD Y ACCIONES COLECTIVAS

Esta disparidad de tratamientos quizás responda a la diferente perspectiva desde la que se analizan los comportamientos frente a cada una de esas categorías; mientras en la autoría individual y en la complicidad la conducta parece ser entendida en sentido ontológico como modificaciones individuales del mundo exterior, en la coautoría y en la inducción se la aprehende a través de su interpretación como conducta colectiva, es decir, desde una perspectiva social, intersubjetiva o valorativa. No encuentro justificada esta distinción que se hace en la apreciación de la coautoría y la participación, porque se trata de dos figuras que resultan de la interpretación de conductas individuales como un todo; lo que les da sentido a ambas es lo que ellas comunican, en un contexto determinado y conforme a las reglas de un lenguaje común.

Si se asume –como mayoritariamente lo hace la doctrina– que la única diferencia entre la coautoría y la complicidad radica en la importancia del aporte, debería admitirse que lo relevante en ambos casos –no solo en la coautoría– es la apreciación de las conductas individuales como un todo. En ese sentido resulta igualmente llamativo que tampoco suele haber discusión en cuanto a que los aportes de los cómplices, aunque hayan sido prestados antes de la fase ejecutiva del delito, solo adquieren relevancia penal a partir del momento en que el autor da comienzo a la ejecución. Eso se debe a que respecto del delito en el que intervienen, sus conductas individuales son irrelevantes aisladamente consideradas y solo pasan a ser de interés para el derecho penal cuando son puestas en conexión con el comportamiento del autor. Siendo ello así, debería admitirse que en la complicidad también existe –como en la coautoría– una conducta colectiva respecto de la cual se predica la condición de injusta, lo que a su vez debería conducir al reconocimiento de que el cómplice no responde penalmente por el injusto ajeno del autor, sino por el injusto que se predica de una acción colectiva en la que él toma parte.

En lo atinente al inductor, la opinión dominante coincide en tres aspectos fundamentales: el primero, que su intervención en el delito se reduce a determinar a alguien a cometer un delito¹⁰; el segundo, que como regla general ese solo com-

¹⁰ «En primer lugar el inductor (o instigador) ha de haber “determinado” al autor al hecho»; ROXIN, 2014, §26/58, p. 227.

portamiento no es punible¹¹; el tercero, que la inducción es sancionable a partir del momento en que el autor da comienzo a la ejecución del delito a cuya comisión ha sido determinado¹². Esta construcción teórica muestra que la acción de inducir, desligada del comienzo de ejecución, carece de relevancia frente al delito respecto del cual se instiga; en consecuencia, la responsabilidad a título de inducción depende de que la actuación del inductor se valore de manera conjunta con la del autor, pues solo la demostración de que éste último dio comienzo a la ejecución del delito como consecuencia de la determinación hace posible que aquel sea sancionado. En otras palabras, para el derecho penal solo la consideración conjunta de las acciones del instigador y del autor, como conducta colectiva, da lugar al surgimiento de la figura de la inducción, lo cual debería desembocar en una conclusión conforme a la cual el inductor no responde por el injusto (ajeno) del autor, sino por el injusto de la conducta colectiva en la que él toma parte.

En las tres hipótesis hasta ahora mencionadas (coautoría, inducción y complicidad) las aportaciones individuales de cada uno de quienes conscientemente intervienen en la comisión de un delito carecen de sentido frente a este último¹³. Solo la valoración de esos aportes como parte de una acción colectiva permite entender por qué el comienzo de ejecución está determinado –para todos los intervinientes– por el momento en el que uno de los autores accede a esa etapa del *iter criminis*.

Aun cuando a primera vista parecería que respecto del comportamiento de un autor individual al derecho penal le basta con apreciarlo a partir de su configuración ontológica, en estricto sentido no es así. Lo que llamamos una conducta es, en realidad, una conjunción de movimientos corporales (en sí mismos, pura ontología) que adquieren sentido a partir de la valoración global que de ellos se hace en un contexto social determinado¹⁴ y con base en reglas compartidas de un lenguaje simbólico consensuado¹⁵. Ese es, en puridad de

¹¹ «[S]i el inducido no da comienzo a la ejecución del hecho, el inductor solo puede ser castigado por la vía del acto preparatorio de proposición –no exento de problemas en Derecho español desde 2015–»; SILVA SÁNCHEZ, 2025, §16/131, p. 1236.

¹² «Es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría»; MIR PUIG, 2016, §15/64, p. 420.

¹³ «Como ya en la coautoría, también en la participación se unen las aportaciones de todas las personas en un suceso delictivo que recorre unitariamente los estadios de la preparación y de la tentativa (consideración global), es decir, no separadamente por cada interviniente (consideración individual). Aun cuando un interviniente haya realizado enteramente su aportación, para él solo existirá tentativa cuando el suceso delictivo en su conjunto haya alcanzado el grado de tentativa. Así, pues, se trata a todas las aportaciones conforme al progreso cuantitativo del hecho en su conjunto, es decir, como si un solo autor lo ejecutara todo»; JAKOBS, 1997, §22/19, p. 803.

¹⁴ Sobre la importancia del contexto en la valoración de las conductas neutrales, cfr. PÉREZ MANZANO, 2005, p. 817.

¹⁵ «El bien jurídico-penal en el sentido indicado no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino solo por un comportamiento en tanto que suceso significativo»; JAKOBS, 1997, §2/5, p. 47.

términos, el escenario en el que surgen las llamadas acciones neutrales; su relevancia o intrascendencia no depende de su configuración ontológica (entregar un cuchillo a alguien que lo usa para quitarle la vida a otro), sino de si en el contexto en que esa actuación se desarrolla puede ser interpretada como parte de una acción colectiva de dar muerte a otro.

En definitiva, si se reemplaza el entendimiento de las conductas de autores y partícipes como meros acontecimientos ontológicos desprovistos de significación social sustituyéndolo por una valoración hecha a partir de la interpretación de su significado a la luz de las reglas de un lenguaje simbólico consensuado y en un contexto determinado¹⁶, figuras como la coautoría, la participación y la inducción pasan a ser comprendidas como acciones colectivas. Esa consideración global hace que su trascendencia penal deba ser evaluada en dos niveles: primero en su configuración colectiva (un hurto a un banco) y después en relación con el aporte que individualmente haya hecho cada interviniente a esa acción ya valorada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado¹⁷.

Es una estructura compleja que recuerda el planteamiento que Welzel hacía de la coautoría como una forma especial de autoría en la que cada uno de los intervinientes es autor porque domina –junto con los demás («co-domina»)– la totalidad del acontecer¹⁸. Aun cuando en ese planteamiento (que Roxin desarrolló luego a través del concepto de dominio funcional¹⁹) no se menciona que los aportes de cada autor deben constituir riesgos jurídicamente desaprobados que como parte de esa acción colectiva se realizan en el resultado, sí se afirma genéricamente que esas aportaciones individuales adquieren importancia en cuanto componentes de la acción colectiva que encaja en la descripción típica. Es ese desentendimiento de la doctrina dominante frente a la relevancia de cada comportamiento individual como condición para la existencia de la conducta colectiva, lo que ha permitido visibilizar el problema de las denominadas acciones neutrales. Si para la existencia de la coautoría se exigiera que cada aporte prestado a la acción colectiva pudiera ser valorado como creador de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado, probablemente no habría surgido el debate en torno a la categoría de dichas acciones neutrales.

¹⁶ Sobre el entendimiento de la realidad desde el punto de vista de las acciones comunicativas, cfr. REYES ALVARADO, 2021, pp. 69 ss.

¹⁷ Cfr. REYES ALVARADO, 2007, p. 566.

¹⁸ Cfr. WELZEL, ZStW, 1939, pp. 549 ss.

¹⁹ «Si hubiera de expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de “dominio del hecho funcional”, esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global»; ROXIN, 2000, §27/II, p. 310.

Si se abandona la perspectiva diferencial con la que por un lado se analiza la conducta del autor individual y del cómplice como acontecimientos naturales, y por el otro la de los coautores y los inductores como interpretación social de la realidad, y se admite que en todas esas manifestaciones comportamentales lo que le interesa al derecho penal es el aspecto comunicativo que se deriva de interpretar esos aportes en un contexto social determinado y conforme a las reglas de un lenguaje simbólico consensuado, se arriba a la conclusión de que hay una única razón por la que el derecho penal se interesa en las conductas de los autores y los partícipes: porque pueden ser valoradas como creadoras de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado.

Esto hace que desde el punto de vista de la imputación objetiva no pueda hablarse de una diferencia cualitativa entre autores y partícipes, sino que su distinción deba quedar relegada a los ámbitos de la culpabilidad y la punibilidad como un aspecto meramente cuantitativo²⁰. Curiosamente, esa es la forma en que la doctrina dominante distingue entre un cómplice y un coautor; se afirma que si el aporte es esencial estaremos en frente de una (co)autoría por dominio funcional del hecho, mientras que si el aporte carece de esa condición el sujeto será considerado como cómplice. Si esa es la forma en que la opinión mayoritaria diferencia entre un cómplice y un (co)autor, no parece correcto que esa distinción cuantitativa desaparezca cuando se trata de comparar de manera abstracta las figuras de la autoría (de la cual hace parte el coautor) y la participación (una de cuyas manifestaciones es la complicidad).

El hecho de sancionar al inductor con la misma pena del autor pese a ubicarlo dentro de la categoría de los partícipes²¹ —como hace la doctrina mayoritaria²²— parece indicar que no hay una diferencia cualitativa entre el inductor y el cómplice como partícipes, pero sí una de naturaleza cuantitativa que es la que permitiría sancionar más levemente a éste que a aquel. En este sentido, no deja de sorprender que la doctrina mayoritaria haya abandonado la denominación de «autor intelectual» con la que antiguamente se aludía al inductor por considerar ahora que se trata de un partícipe²³, pese a lo cual sostiene también de manera prácticamente unánime que se lo debe sancionar con la misma pena del autor. Aun cuando la doctrina no suele dedicarle mucho tiempo a explicar la razón de

²⁰ Cfr. REYES ALVARADO, 2007, ed. cit, p. 567.

²¹ Roxin admite que es una decisión discutible desde el punto de vista político criminal, y que lo ideal sería consagrar legalmente una atenuación facultativa para el inductor; cfr. ROXIN, 2014, §26/181 y 182, pp. 273 y 274.

²² Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, 2016, §15/50, p. 417.

²³ Silva, si bien reconoce que la inducción es tradicionalmente sancionada con la misma pena del autor, advierte que «no puede afirmarse fácilmente que sea una forma de “participación” en el delito», sino tan solo una forma de intervención en él; cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2025, §16/131, pp. 1235 y 1236.

ser de la magnitud de la sanción que se impone al instigador, parece evidente que con ella se reconoce la trascendencia de su aporte para la ejecución del delito²⁴.

Si las penas de los cómplices son más leves que las de los (co)autores debido a la menor importancia de su aporte, y las de los inductores son iguales a las de los autores debido a la importancia de sus aportes, debería admitirse que la diferencia entre esas tres categorías no es cualitativa sino cuantitativa, lo que desde el punto de vista sistemático llevaría a reconocer que no debe ser tratada al momento de analizar el injusto (la imputación objetiva), sino al ocuparse de la punibilidad (con base en el juicio previo de culpabilidad).

Con esta forma de entender la coautoría, la inducción y la complicidad no desaparece el principio de accesoriidad, sino que respecto de estas últimas dos figuras cambia de referente, en el sentido de no aludir al autor sino a la conducta colectiva²⁵. De esa manera, el injusto del inductor y el del cómplice dependen de que la conducta colectivamente desarrollada entre ellos y los demás intervinientes pueda ser considerada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado; los comportamientos de cada uno de los intervinientes son accesorios respecto de la conducta colectiva en la que todos ellos tomaron parte.

Esta configuración coincide con lo que, por lo menos desde el punto de vista práctico, suele hacer la doctrina dominante en la actualidad; respecto de los coautores, se afirma predominantemente que responden (como autores) por tener el co-dominio funcional del hecho, lo que equivale a sostener que hay una conducta global como producto de los aportes individuales de quienes en ella intervienen²⁶. Al decir la opinión mayoritaria que la diferencia de los cómplices con los coautores radica solo en la importancia de sus aportes, asume que en lo demás son iguales, es decir, que sus comportamientos individuales conforman una unidad de conducta junto con los desplegados por los llamados autores; si no fuera así, la opinión dominante ya habría desarrollado un criterio cualitativo que permitiera distinguir entre (co)autores y cómplices. En lo atinente a los inductores, al existir un acuerdo en el sentido de que la instigación sólo constituye un injusto desde el momento en que el denominado autor co-

²⁴ Roxin sugiere que la equiparación de la pena del inductor a la del autor puede deberse a que quien instiga a otro a cometer un delito «da “el encendido o arranque inicial” para la comisión del hecho»; cfr. ROXIN, 2014, §26/182, p. 274.

²⁵ Cfr. REYES ALVARADO, 2007, pp. 567 y 568.

²⁶ «La necesidad de un plan común del hecho se deriva en primer lugar de la ley, pues el “carácter conjunto” de la comisión del hecho exigido en el §25 II presupone el acuerdo o coincidencia de voluntades de los coautores. Se deriva, además, desde la perspectiva de la doctrina del dominio del hecho, del elemento de la división del trabajo, mediante el cual se asigna al sujeto individual su función en el conjunto del suceso»; ROXIN, 2014, §25/190, p. 147.

mienza a ejecutar el delito²⁷, es factible entender que solo la conjunción de esas dos actuaciones (la inducción y la ejecución), valoradas como una unidad, es susceptible de ser calificada como un injusto, lo cual desemboca nuevamente en la existencia de una acción colectiva.

Cuando se alude a la coautoría²⁸, la inducción²⁹ y la complicidad³⁰, la doctrina suele estar también de acuerdo en que cada uno de quienes individualmente intervienen en el delito responde únicamente por aquella conducta respecto de la cual haya convenido su ejecución; esta precisión también da a entender que el injusto común se predica de la conducta global (alrededor de la cual se hicieron los aportes individuales), puesto que la aquiescencia de los intervinientes es respecto del comportamiento que colectivamente se disponen a desplegar todos los que se han puesto de acuerdo en su ejecución. Cuando, en consonancia con lo anterior, se indica que quien excede lo acordado responde de manera aislada por esos excesos se está admitiendo que ese comportamiento quedó por fuera de la acción colectiva emprendida, y que se considera como una conducta exclusiva del individuo que la desarrolló.

Afirmar que lo injusto del comportamiento de cada uno de quienes intervienen en una conducta colectiva (coautores, inductores o cómplices) es accesorio respecto de ésta, significa que solo si esa acción global es susceptible de ser valorada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado puede ser calificada de injusta. Eso no quiere decir que se esté desconociendo la naturaleza individual de la responsabilidad penal porque —una vez que se ha analizado la imputación objetiva de la conducta colectiva— se debe verificar si cada uno de los aportes individuales a ella puede ser considerado como creador de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado³¹. Adicionalmente, la responsabilidad individual está garantizada por la verificación que en el ámbito de la culpabilidad se hace frente al comportamiento desplegado por cada uno de los intervinientes, siempre que haya sido ya desaprobado desde el punto de vista del injusto.

²⁷ Como señala Mir, «es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría»; si ello no ocurre, estaríamos «ante una tentativa de inducción» que «en Alemania se castiga expresamente»; MIR PUIG, 2016, §15/64, p. 420.

²⁸ «Tampoco se puede imputar el exceso de un coautor a los restantes (BGHSt 36, 234), porque en tal caso falta un plan común del hecho y en consecuencia también el carácter común de la actuación»; ROXIN, 2014, §25/194, p. 149.

²⁹ «Así, pues, si A induce a B a apalear a C, odiado por A, pero B se decide después a dar una paliza a su propio enemigo D, realiza otro plan distinto y A no es responsable del mismo»; ROXIN, 2014, §26/111, p. 245.

³⁰ «Respecto del dolo del cooperador y del exceso del autor rige —*mutatis mutandis*— en lo sustancial lo mismo que en la inducción»; ROXIN, 2014, §26/267, p. 310.

³¹ Cfr. REYES ALVARADO, 2017, pp. 564-566.

IV. ACCESORIEDAD Y DELITOS ESPECIALES

El debate sobre la accesoriidad no se agota, sin embargo, en lo atinente a la fundamentación de la responsabilidad de los coautores y los partícipes, sino que tiene que ver con otros aspectos puntuales de la tipicidad. En concreto, se discute si los elementos del tipo se predicán de la acción global o independientemente respecto de cada uno de quienes intervienen en ella³². La doctrina mayoritaria, al entender la participación como una pluralidad de comportamientos individuales, tiene muchos problemas con los denominados delitos especiales; sobre el supuesto de que la cualificación en ellos contenida solo es predicable del autor, se discute la incidencia que dicha calificación puede tener en el partícipe. Frente a los delitos especiales impropios, un sector de la doctrina sostiene que se debe romper la unidad de imputación, de tal manera que el autor responde por el delito especial y el partícipe por el delito común equivalente. Contra esta solución se aduce –con razón– que ignora la mayor gravedad del ataque del particular al bien jurídico objeto de protección, lo que ha llevado a que otro grupo de autores opten por condenar al *extraneus* como partícipe en el delito especial impropio³³.

Los problemas se acrecientan cuando se trata de delitos especiales propios, en los que la inexistencia de una conducta punible equivalente para el sujeto que no posee la cualificación lleva a negar la posibilidad de que el *extraneus* que interviene en su ejecución pueda responder a título de coautor, aunque respecto de él pudiera predicarse el co-dominio funcional del hecho; su responsabilidad frente a estos casos solo podría ser a título de participación³⁴, con lo que también se deja de tener en cuenta respecto del *extraneus* que tomó parte en la comisión de un delito más severamente sancionado por el legislador debido al bien jurídico objeto de ataque o a la modalidad de agresión empleada.

Dado que estas dificultades afectaban el núcleo de la teoría del dominio del hecho, en la segunda mitad del siglo xx se optó por el desarrollo de un

³² «Un importante problema particular que plantea la accesoriidad de la participación es si deben comunicarse al partícipe las condiciones personales del autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren»; MIR PUIG, 2016, §15/40, pp. 413 y 414.

³³ «Esta conclusión parte de la constatación de que los delitos especiales impropios constituyen algo sustancialmente distinto de un delito común con un elemento personal agravante. Así pues, la conducta del *extraneus* que interviene en ellos es más grave que la de intervenir en el delito común correspondiente, porque favorece la realización de un injusto objetivamente más grave por parte del autor»; SILVA SÁNCHEZ, 2025, §17/6, p. 1271.

³⁴ «En los delitos especiales propios la calificación de la intervención del *extraneus* como partícipe en el delito del intraneus es la única posible, puesto que no existe ningún otro delito en la Parte Especial que realice el *extraneus*»; MIR PUIG, 2016, §15/46, p. 415.

modelo distinto para resolver los problemas que frente a la autoría y la participación planteaban los denominados delitos especiales. Surgió así la figura de los delitos de infracción de deber, que permitió tener como autor de un delito a quien infringe el deber³⁵, «con independencia de que domine o no el hecho, más aún, aunque ni siquiera intervenga activamente en la ejecución delictiva»³⁶. Por el contrario, en esta clase de delitos quien no infringe el deber no es autor, aun cuando domine el hecho³⁷. La creación de esta nueva categoría no ha estado exenta de polémica; de manera general se dice que, en puridad de términos, todos los delitos suponen la infracción de un deber³⁸; y en un plano más particular, se le critica la dificultad para compatibilizar con el principio de lesividad (el deber se infringe o no), que respecto de ellos conduciría a eliminar las fronteras entre las distintas etapas del *iter criminis*³⁹.

Entender las figuras de la coautoría, la inducción y la complicidad a partir del concepto de conducta colectiva permite solucionar adecuadamente los inconvenientes que condujeron a la creación de los llamados delitos especiales y, posteriormente, a la diferenciación entre delitos de dominio de hecho y delitos de infracción de deber. Si la acción respecto de la cual se predica el injusto es una sola (global), la cualificación exigida por el tipo penal debe estar referida a ella; para que la conducta pueda ser entendida como típica respecto de una malversación basta con que cualquiera de quienes intervienen en la acción colectiva posea la condición de funcionario público (o autoridad) para que la acción colectiva pueda adecuarse a ese tipo penal.

Eso no significa, sin embargo, que el reproche para todos quienes intervienen en esa conducta global deba ser el mismo. Para comenzar, hoy es opinión generalizada que a los autores les corresponde una pena más alta que a los cómplices debido a la mayor importancia de sus aportes. Esa sanción diferencial se puede aplicar actualmente sin dificultad en todas las legislaciones que consagran penas distintas para autores y cómplices a partir de una distinción cualitativa entre esas categorías, pero también mantendría plena vigencia si alguna de ellas eliminara –como aquí se propone– la diferencia cualitativa

³⁵ «[L]a autoría de los también denominados “delitos de deber” se basa en la infracción de un deber jurídico extrapenal –en su construcción inicial, más formalista–, o bien de un rol social –en su posterior reconstrucción, de contenido material–»; cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2025, §17/7, p. 1272.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, §17/7, p. 1272.

³⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2025, §17/7, p. 1272.

³⁸ «La discusión sobre los delitos de infracción de un deber experimentó un impulso adicional mediante el rechazo de la tesis de que los delitos lesionan bienes jurídicos y la consiguiente afirmación de que, en sentido amplio, todos los delitos son de infracción de un deber»; SILVA SÁNCHEZ, 2025, §17/7, p. 1273.

³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2025, §17/10, p. 1274.

entre autores y partícipes y la redujera a un aspecto meramente cuantitativo. Con cualquiera de las dos soluciones es claro que quienes hicieran un aporte más relevante a la ejecución del delito (los que suelen ser conocidos como autores) recibirían penas más altas que aquellos que realizaron un aporte de menor entidad (que hoy son denominados cómplices).

Pero, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que respecto de los denominados delitos especiales el injusto de los cómplices es mayor cuando tienen la cualificación que cuando carecen de ella porque es esa condición particular la que ha dado lugar a la creación de un tipo a través del cual se reprocha más severamente el comportamiento de alguien de quien por su posición (funcionario público, por ejemplo) frente al bien jurídico (administración pública, por ejemplo) se espera una conducta especialmente íntegra y cuidadosa. Por consiguiente, el cómplice de una malversación tiene menos pena que quien interviene en él como autor, como consecuencia de la diferencia que existe en relación con la trascendencia de sus aportes. Pero, además, la pena del cómplice (que ya ha sido reducida frente a la del autor por su condición de tal) será diferente dependiendo de si posee o no la cualificación del tipo, dado que no es igual de grave que un funcionario atente contra el patrimonio público (sea a título de autor o de partícipe) a que lo haga un particular. Eso significa que un cómplice que no posea la cualificación exigida en el tipo deba tener derecho a una sanción doblemente reducida frente a la que le correspondería al interviniente cualificado: en primer lugar, por su condición de cómplice (frente a la pena más alta del autor), y otra por la falta de la cualificación exigida en el tipo penal al que acomoda su conducta (respecto del cómplice que poseyendo esa calificación debe recibir una sanción más elevada). En cuanto al inductor que carece de la condición exigida en el delito especial, recibirá la pena que le correspondería al autor cualificado de la conducta (dada la importancia de su aporte), pero disminuida al carecer de la condición que hace parte de la descripción típica.

V. CONCLUSIONES

Todas las conductas, tanto las desarrolladas por un único individuo (autor individual), como las desplegadas por una pluralidad de ellos (autores y partícipes), deben ser entendidas desde una perspectiva valorativa y no puramente ontológica. Lo que le interesa al derecho penal es la interpretación que de ellas pueda hacerse en cuanto a su connotación intersubjetiva, sobre la base de un lenguaje simbólico consensuado y en un contexto determinado. A partir de esa comprensión de la conducta, no solo desaparece la diferencia cualitativa que de

autores y partícipes se suele hacer en el ámbito del injusto (reduciéndola a un asunto puramente cuantitativo), sino que además la accesoriedad pasa a predicarse de todos los intervinientes en relación con esa conducta global. En la medida en que el juicio de imputación objetiva debe recaer inicialmente sobre esa acción colectiva y posteriormente sobre el aporte de cada interviniente, se obtienen tres importantes consecuencias: (i) se respeta el principio de responsabilidad individual dado que ninguno de los intervinientes responde por un injusto ajeno; (ii) las llamadas conductas neutrales serán aquellas que escapen al interés del derecho penal en cuanto no puedan ser interpretadas como parte del comportamiento global injusto; y (iii) se puede brindar un manejo adecuado a la punibilidad de todos quienes intervienen en los delitos especiales (con y sin cualificación) sin necesidad de mantener la cuestionable diferencia entre los denominados delitos de dominio y los de infracción de deber.

BIBLIOGRAFÍA

- JAKOBS, Günther: Derecho penal. Parte general, Madrid, 1997.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, Barcelona, 2016.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, 1990.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las «conductas neutrales»*. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005.
- REYES ALVARADO, Yesid: *Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung*, en Festschrift für Günther Jakobs, Colonia, 2007.
- *Kommunikative Handlung und Wirklichkeit*, en Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, Berlin, 2021.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: Conductas neutrales, ponencia presentada en la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Barcelona, 2015.
- ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Madrid, 2000.
- Derecho penal. Parte general, t. II, Madrid, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2025.
- WELZEL, Hans: Studien zum System des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 58, 1939.

12. ¿UNA POSIBLE COAUTORÍA *INTRANEUS-EXTRANEUS* EN DELITOS MIXTOS?*

RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

Profesora Titular, Catedrática acreditada
Universidad de Alcalá de Henares

I. INTRODUCCIÓN

La obra del profesor Peñaranda ha sido, para muchos de nosotros, no solo un referente intelectual imprescindible, sino también una escuela de rigor, claridad y respeto por los principios estructurales del Derecho penal. El profesor Peñaranda ofrece en sus trabajos argumentos, análisis críticos y herramientas dogmáticas especialmente valiosas en temas centrales de la teoría del delito, principalmente en el estudio de categorías medulares del tipo.

Este trabajo se sitúa en ese espacio de investigación, inspirado en las tesis del profesor Peñaranda y, en particular, en uno de los artículos del homenajeado dedicado a la interpretación del artículo 65.3 CP¹. A partir de una revisión crítica de la categoría de los delitos puros de deber, se propone una reconstrucción de los delitos especiales como tipos de estructura mixta dominio²–deber. Esta pers-

* Este trabajo se encuadra dentro del marco del proyecto de investigación «El Derecho penal del trabajo en la cuarta revolución industrial: ¿aparición de nuevas conductas delictivas y perpetuación de las ya existentes?» (Ref. PID2024-157227NB-I00), Proyectos de generación del conocimiento 2024, financiado por la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y Fondos Europeos, cuyos investigadores principales son Ricardo Gutiérrez Aguilar y Raquel Roso Cañadillas.

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2008, *passim*.

² Se utiliza el término dominio en contraposición a infracción del deber en el mismo sentido y siguiendo a MARTÍNEZ-BUJÁN, 2022, p. 403.

pectiva permite replantear, con la debida cautela, la figura de la coautoría en los supuestos de intervención conjunta de *intraneus* y *extraneus*, así como sus consecuencias en el ámbito de la penalidad y la aplicación del artículo 65.3 CP.

Las reflexiones y propuestas que siguen no aspiran a ofrecer soluciones cerradas, sino a dialogar con algunos de los problemas que la obra del profesor Peñaranda ha contribuido decisivamente a esclarecer, desde la pulcritud metodológica y la fidelidad al principio de legalidad.

II. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER COMO CRITERIO FUNDAMENTADOR DE LA AUTORÍA

La teoría de los delitos de infracción del deber³ surgió como respuesta a las limitaciones del criterio del dominio del hecho para fundamentar la autoría en determinados tipos penales, especialmente aquellos vinculados al ejercicio de funciones públicas o a posiciones institucionales cualificadas. En estos supuestos, el injusto se sitúa en la infracción de un deber especial, en algunos casos, institucionalizado.

Desde sus formulaciones iniciales, especialmente en la obra de Roxin⁴, esta teoría permitió así afirmar la autoría del sujeto cualificado aun cuando no dominara el curso causal del acontecer típico y aun cuando los actos ejecutivos fueran realizados íntegramente por un tercero no cualificado, evitando la laguna de punibilidad a la que abocaba el criterio del dominio del hecho, cuando el sujeto cualificado debía ser la figura central del injusto de esta clase de delitos. De este modo, el criterio de la infracción del deber se consolida.

Sin embargo, la recepción y el desarrollo de esta teoría han planteado problemas dogmáticos relevantes, especialmente en los supuestos de intervención conjunta entre un *intraneus*, titular del deber especial, que lo infringe a través, junto o con la ayuda de un *extraneus* doloso no cualificado. Este *extraneus* o bien realiza materialmente todas o algunas de las acciones típicas descritas, o bien realiza todas o algunas de las acciones más idóneas para lesionar el bien jurídico desde criterios normativos contextualizados, o bien facilita o

³ A lo largo del trabajo se utilizará la expresión «delitos de deber» para referirse a los tradicionalmente denominados delitos de infracción del deber (*Pflichtdelikte*), con el exclusivo propósito de subrayar que el deber institucional constituye un *criterio de imputación de la autoría*, en contraposición a los delitos de dominio del hecho. La expresión no pretende sugerir que el delito consista en un deber, sino destacar el fundamento normativo de la atribución de responsabilidad penal.

⁴ ROXIN, 2003, pp. 181 ss.; 2022, p. 884. Cfr. JAKOBS, 1991, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/16 ss., 21/115 ss., 25/43 ss., 28/14 ss., 29/29 ss. y 29/57 ss.; en España SÁNCHEZ-VERA, 2002.

induce la infracción del deber. En este trabajo me ocuparé de las dos primeras alternativas, las cuales constituyen materialmente conductas de autoría.

En estos casos, la solución ofrecida por Roxin para evitar la laguna de punibilidad y mantener la centralidad del injusto en la infracción del deber ha sido la construcción de una autoría mediata con instrumento doloso no cualificado: el sujeto cualificado es considerado autor por infringir el deber, al elevarlo a criterio fundamental, excluyente y autosuficiente de la autoría en esta clase de delitos, mientras que el no cualificado, pese a ejecutar algunas o todas las acciones típicas que infringen el deber, queda relegado al papel de partícipe por no estar vinculado por el deber especial⁵.

Esta solución, aunque puede resultar *ab initio* funcional desde una perspectiva político-criminal, presenta serias dificultades de anclaje dogmático, como expongo a continuación, desde el principio de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio.

III. CRÍTICAS A LA SOLUCIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA

Como he apuntado, este giro dogmático ha tenido consecuencias relevantes en la configuración de la intervención delictiva sin ninguna duda, invirtiendo el esquema clásico de autoría basado en el dominio del hecho. La ventaja fundamental se encuentra en asegurar que el sujeto especialmente vinculado por el deber reciba la pena prevista para el autor, en coherencia con la propia definición normativa que cierra el círculo de sujetos activos⁶.

Ahora bien, una vez aceptado, como hace mayoritariamente la doctrina, que el *intraneus* puede ser autor sin dominio del hecho, se plantea inevitablemente la cuestión de cómo debe calificarse la intervención del *extraneus* que, sin ostentar la cualificación exigida por el tipo, ejecuta las acciones típicas, por ello domina el hecho, y actúa dolosamente. Aunque no se haya aceptado en todos sus puntos la teoría de la infracción del deber, sin embargo, sí se ha adoptado mayoritariamente la construcción de una autoría mediata del *intraneus* a través de un instrumento doloso no cualificado⁷. Sin embargo, esta solución presenta, en mi opinión, serias dificultades dogmáticas.

⁵ ROXIN, 2014, p. 181, pp. 183 ss.

⁶ Cfr. la distinción conceptual entre sujeto activo y autor que realiza MARTÍNEZ-BUJÁN, 2022, pp. 396 ss. quien subraya que no se trata de categorías desconectadas, aun cuando sean conceptualmente diferenciables, en la medida en que la caracterización del sujeto activo en la norma penal permite circunscribir el ámbito de los posibles autores, esto es, de las personas que pueden realizar la conducta descrita en el tipo.

⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, 2022, pp. 750 ss.

En efecto, en estos supuestos no concurre ninguna de las notas características de la instrumentalización: el *extraneus* no actúa bajo un déficit de conocimiento ni de voluntad, no es fungible, ni se limita a ejecutar mecánicamente una decisión ajena. Por el contrario, decide, quiere y realiza por sí mismo las conductas descritas en el tipo, dominando el desarrollo del hecho. Calificarlo como instrumento supone, por tanto, una ficción dogmática destinada a preservar la centralidad del deber como criterio exclusivo de autoría, a costa de desdibujar los contornos estructurales de la autoría mediata, aparece, así, como una solución funcional, orientada a evitar lagunas de punibilidad, pero obtenida al precio de forzar las categorías dogmáticas de autoría y participación.

Esta ficción se ve reforzada además por una concepción excesivamente abstracta y expansiva de los delitos de deber, entendidos como tipos en los que *cualquier infracción* del deber especial bastaría para fundamentar la autoría, corolario que también considero incorrecto.

IV. EL CUESTIONAMIENTO DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS (DE INFRACCIÓN) DE DEBER Y SU PROGRESIVA DECADENCIA

La concepción clásica de los delitos de infracción del deber incurre en un error metodológico fundamental⁸: presupone que la infracción del deber agota el contenido del injusto típico y que cualquier conducta infractora del deber es penalmente relevante, con independencia de su forma concreta de realización. Sin embargo, una lectura atenta de los tipos penales⁹ demuestra que el legislador no sanciona el deber en cuanto tal, *sino determinadas formas de infringirlo*, delimitadas bien por acciones expresamente descritas, bien a través de criterios de idoneidad para la producción del resultado o mediante exigencias materiales derivadas del principio de legalidad.

De aceptarse lo contrario, se produciría una inadmisibles dilución del principio de legalidad, así como un desdibujamiento de las fronteras entre el ilícito penal y otras formas de responsabilidad jurídica, en particular, los ilícitos administrativos, ampliando de manera ilegítima el ámbito del *ius puniendi*. Incluso en el hipotético caso de que el tipo no describiera de manera expresa las formas típicas de infracción del deber, como sucede en el caso de los delitos de resultado, habría que delimitar la infracción del deber típicamente rele-

⁸ Cfr. ROXIN, 2014, pp. 186 ss.

⁹ Solo basten algunos ejemplos de delitos como el delito de torturas (art. 176 CP), administración desleal (art. 252 CP), defraudación tributaria (art. 305 CP), contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP) y quebrantamiento de condena (art. 471 CP).

vante, garantizando la taxatividad de la norma. No es válido deducir de la condición cualificada del sujeto activo que cualquier infracción que realice dote de entidad su conducta y active la respuesta penal.

Con todo, debe reconocerse como un mérito indiscutible de la teoría de los delitos de deber la formulación de un criterio de autoría que identifica uno de los núcleos estructurales de estos tipos penales: la vinculación entre autoría y posición normativa especial del sujeto. No obstante, esta aportación no basta para sostener una contraposición rígida entre delitos de dominio y delitos de deber, distinción que se encuentra hoy en franca decadencia¹⁰. En efecto, gran parte, cuando no la totalidad, de los denominados delitos especiales de infracción del deber no responden a la estructura de delitos de deber «puros», sino que presentan una configuración normativa compleja, en la que la infracción del deber especial aparece necesariamente integrada con elementos de concreción típica de la conducta o de dominio del hecho¹¹. En conclusión, no existe en el CP español ningún delito cuya tipicidad se agote en la mera infracción del deber¹².

V. EL PAPEL PRINCIPIALISTA¹³ DE LA TEORÍA OBJETIVO-FORMAL DE AUTORÍA

Desde esta perspectiva y para evitar un desdibujamiento insostenible de las fronteras de lo típico y la formulación expansiva del criterio de autoría, en

¹⁰ Una crítica a estos delitos a propósito del análisis de la aplicación práctica del artículo 65.3 en Peñaranda, 2008, pp. 1419 ss.

¹¹ Ya lo apuntaba la doctrina alemana, siendo una de las principales objeciones a la teoría de los delitos de infracción del deber, cfr. ROXIN, 2014, 186. Muy crítico con la categoría de los delitos de deber SCHÜNEMANN, 2018, pp. 93 ss. y en particular pp. 103 ss.

¹² Con esta afirmación me aparto tanto de la concepción de Roxin como de la posición que yo misma sostuve en ROSO CAÑADILLAS, 2019, p. 22, –admitiendo la existencia, aunque excepcional de delitos puros de deber– en la medida en que no toda infracción del deber especial es, sin más, típicamente relevante. No cualquier infracción del deber, ya sea por omisión o mediante una intervención que, desde un punto de vista material, tendría carácter meramente participativo, puede elevarse automáticamente al rango de comisión y de autoría por el solo hecho de provenir de un sujeto cualificado que infringe el deber de algún modo. Baste pensar, por ejemplo, en el delito de malversación, en el que el funcionario consiente la sustracción del patrimonio público realizada por un tercero: si esta vertiente no estuviera expresamente tipificada, no sería posible castigar la omisión pura del garante, pues no estaría claro ni que el consentimiento constituyera autoría, ni que el no hacer y el consentir fueran normativamente equivalentes a la comisión activa del hecho de sustraer.

¹³ Ya con la elaboración y defensa de mi tesis (1999), y sobre la base del análisis de la concepción de la autoría de Rodríguez Mourullo, consideré que la teoría objetivo-formal no se limita a ofrecer un criterio delimitador de la autoría, sino que incorpora un principio que refleja el fundamento legal y que constituye la base de un concepto restrictivo de autor, a la vez que el criterio marco del que parto. Cfr. ROSO CAÑADILLAS, 2002, pp. 315 ss., en particular p. 322; 2018, pp. 238-239. En palabras de MARTÍNEZ-

los delitos especiales de deber resulta imprescindible recuperar el valor nuclear de la teoría objetivo-formal de la autoría. Esta no debe entenderse como un simple criterio técnico de autoría entre otros, sino como *una manifestación directa del principio de legalidad* y un principio estructural básico del Derecho penal¹⁴: autor es quien realiza el hecho, esto es, quien ejecuta las acciones típicas expresamente descritas o despliega la conducta normativamente más idónea, y por ello más peligrosa, para la producción del resultado prohibido por la norma¹⁵ en el contexto concreto¹⁶.

La infracción del deber especial constituye, sin duda, un elemento esencial del injusto; sin embargo, no puede operar aisladamente, al margen de la realización típica, como he apuntado anteriormente. El principio de *ultima ratio* exige que solo sean penalmente relevantes aquellas infracciones del deber que presenten *una peligrosidad intrínseca suficiente para lesionar bienes jurídicos protegidos penalmente*. En consecuencia, no se castigan infracciones de deberes en abstracto, sino infracciones de deberes que, por su forma concreta de realización, alcanzan relevancia penal al lesionar gravemente el bien jurídico protegido penalmente.

Esta constatación permite cuestionar de manera decisiva la caracterización de los delitos de deber como delitos puros de deber. En realidad, la mayoría de estos tipos presentan una estructura mixta, en la que se combinan elementos de infracción del deber con elementos de dominio del hecho¹⁷.

BUJÁN, 2022, p. 397, la realización del hecho «es el único que es “susceptible de hacerse”». LUZÓN PEÑA, 1989, p. 892, admite que la teoría objetivo-formal tiene un núcleo de verdad, pero es el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho el centro de su concepción. Más desarrollado, tb. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, pp. 530 ss. En su trabajo conjunto –y por separado en sus innumerables trabajos sobre autoría–, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1998-1999 consideran la determinación objetiva del hecho y la realización típica como criterios de autoría.

¹⁴ En este sentido GARCÍA DEL BLANCO, 2006, pp. 39 ss. y *passim*.

¹⁵ Mi posición parte de una concepción de complementariedad, y de una cierta relación de subordinación, entre la teoría objetivo-formal de la autoría y la teoría del dominio o determinación objetiva del hecho, en la que este último criterio cumple una función interpretativa y de concreción del primero, especialmente cuando la ley se limita a definir resultados o, incluso, cuando describe acciones y verbos rectores que, no obstante, requieren ulteriores precisiones interpretativas. Cfr. ROSO CAÑADILLAS, 2002, p. 536.

¹⁶ La ejecución de ese tipo de acción conduce consecuentemente a determinar o dominar el hecho y la producción del resultado. Son tipos de acción o conducta que contienen la cualidad de la autoría, Cfr. ROSO CAÑADILLAS, 2002, pp. 532 ss.; 2018, pp. 235 ss., en particular p. 238 ss.; 2019, p. 23.

¹⁷ Han sido varios los autores que han manejado la categoría de delitos mixtos mostrando la combinación de elementos de dominio con delitos de infracción del deber, cfr. al respecto y sin ánimo de exhaustividad, SILVA SÁNCHEZ, 2005, pp. 71 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2007, pp. 74 ss.; GÓMEZ MARTÍN, 2011, pp. 676 ss.; TORRES CADAVID, 2020, 1133. También apunté tal posibilidad, en un estudio conjunto, al ocuparme de la estructura interna del antiguo delito de administración desleal, en el que utilicé la terminología de delito de infracción del deber con modalidades limitadas de acción, cfr. LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, 2008, p. 35 y tb. posteriormente ROSO CAÑADILLAS, 2018, 239-240; 2019, p. 22, en el que apunto claramente la existencia de delitos de carácter mixto, «cuyo injusto reside en la infracción de un deber, pero el tipo expresa el modo y forma de realizar esa conducta, es decir, de infringir ese deber». En

Reconocer esta configuración mixta implica rechazar cualquier escisión del núcleo típico que otorgue a la infracción de deber una relevancia absoluta, hasta el punto de considerar que cualquier infracción del deber equivaldría a la realización del delito.

La norma penal debe cumplir su función de taxatividad, delimitando con claridad la forma de infringir el deber. Ni la posición especial del sujeto, incluso de garante, ni cualquier infracción del deber conducen, por sí solas, a la afirmación de la autoría. Esta reside en la infracción *típica* del deber, la cual se encuentra expresamente descrita o delimitada mediante criterios materiales interpretativos guiados por la taxatividad, la *ultima ratio* y la proporcionalidad. Este planteamiento constituye la consecuencia lógica del cumplimiento del principio de legalidad, tal como lo articula la teoría objetivo-formal de la autoría¹⁸.

Integrando el planteamiento de Roxin y matizándolo desde enfoques garantistas con la observación de los tipos, cabe concluir que los delitos que incorporan un deber especial en su formulación típica deben ser calificados dogmáticamente como delitos especiales de *dominio-deber*, en los que la autoría no puede fundamentarse exclusivamente en la infracción del deber¹⁹, sino que exige atender también a la forma concreta en que dicho deber se infringe conforme a la descripción típica.

Este carácter principalista del criterio objetivo-formal permite, además, poner en duda la existencia misma de los delitos puros de deber. Tradicional-

este trabajo también utilicé la categoría de delitos polivalentes de autoría, pero esta no se puede identificar con el concepto y estructura de delito mixto. Con la categoría de *delito polivalente de autoría* pretendía poner de relieve la existencia de tipos compresivos que albergan tanto una comisión comisiva (activa) como una comisión omisiva, y que pueden ser realizados tanto por sujetos sin cualificación o por sujetos cualificados. En este último supuesto, además, señalé que la infracción del deber típica crea o incrementa el riesgo que desemboca en el resultado concreto, de modo que, a través de un proceso de transducción, el deber así vulnerado termina por determinar el hecho. Cualquier vulneración del deber no es autoría, pero sí que un contexto delictivo concreto incrementa el riesgo en todo caso, y si la infracción del deber se realiza a través de las conductas intrínsecamente más idóneas, tratándose de un delito de resultado, realiza el hecho prohibido por la norma y con ello determina, domina el hecho.

¹⁸ En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN, 2022, p. 401, considera que «el respeto al principio de legalidad obligaría ya a restringir la esfera de esta clase de delitos a aquellos casos en el que el tipo de acción configure efectivamente en este sentido la descripción típica» y añade que no solo en esos casos, también por el principio de legalidad y persiguiendo la taxatividad, no valdría cualquier infracción del deber, cuando la ley no ha descrito la forma de la infracción.

¹⁹ Incluso otro aspecto que dejo apuntado y que no se puede tratar en este trabajo, al exceder del objetivo del mismo, es que no todos los delitos especiales fundamentan la consecuencia de la limitación de un círculo cerrado de autores en la existencia de un deber, sino que otros elementos con una mera función tipificadora para dotar de contenido el principio de determinación también limitan el círculo de autores. En este sentido, cfr. GÓMEZ MARTÍN, 2006, pp. 65 ss. y sobre todo el análisis de la posición de Herzberg, pp. 608 ss. Igualmente, PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1429, a propósito de delimitar el alcance del artículo 65.3 CP.

mente se han citado como ejemplos aquellos tipos en los que el sujeto cualificado realiza la conducta típica o consiente que un tercero la ejecute, como ocurre, entre otros, en la malversación o en determinados supuestos de tortura²⁰. Sin embargo, resulta discutible que la tipificación del consentimiento como forma omisiva baste para afirmar que se trata de delitos de deber puros. En efecto, el consentimiento penalmente relevante del sujeto con deber especial solo puede recaer sobre la forma de realización expresamente tipificada, lo que mantiene vigente la delimitación objetiva de la conducta y el criterio orientador del dominio del hecho.

Más bien, esta técnica legislativa parece responder al objetivo de incluir omisiones puras de garante dentro del tipo penal: no solo se castiga al cualificado-garante cuando realiza activamente la conducta prohibida (garante de producción del resultado²¹), sino también al que no evita su realización (garante de evitación del resultado), equiparando por un lado normativamente la no evitación a la producción activa del resultado, y por otro un favorecimiento omisivo como autoría. Este efecto explica por qué el deber desempeña un papel central en estos delitos, no solo en la configuración del injusto, sino también en la fundamentación de la autoría y en la equivalencia punitiva entre comisión comisiva o activa y omisión pura de garante.

VI. LA COAUTORÍA COMO PROPUESTA DOGMÁTICAMENTE DISCUTIBLE PARA LOS SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN CONJUNTA DE *INTRANEUS* Y *EXTRANEUS*

Desde las premisas expuestas, cabe plantear si la figura de la coautoría podría ofrecer una solución dogmáticamente más coherente y defendible para determinados supuestos de intervención conjunta de *intraneus* y *extraneus* en los delitos especiales mixtos. Se trata, sin embargo, de una propuesta rechazada por la doctrina de modo casi unánime, debido a las dificultades dogmáticas de la figura de la coautoría, del principio de accesoriedad y principalmente de

²⁰ Cfr. artículos 176, 432, 316, 318. Cfr. sobre el análisis de este último artículo ROSO CAÑADILLAS, 2025, pp. 680 ss.

²¹ Es la propia ley, al tipificar estas formas de actuación, la que reconoce expresamente que los garantes o sujetos con deberes especiales de protección son quienes, mediante su conducta, producen el resultado. Se trata, así, de garantes que, de manera paradójica, ocasionan precisamente el resultado que estaban llamados a impedir. De este modo el garante de producción lesiona gravemente la confianza, como cemento de la institución, y la función protectora que le es propia, quebrantando con ello la lógica interna de la institución y su propia razón de ser. (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2014, 1 ss.). Cfr. ROSO CAÑADILLAS, 2022, p. 1385 y núm. 40; 2025, p. 681 ss.; 2025, p. 72-73 y núm. 68.

la propia definición típica: solo puede ser autor quien tenga la cualificación típica. En el espacio que me permite este pequeño trabajo, solo pretendo cuestionar esa afirmación ofreciendo otra mirada y otras posibles argumentaciones sujetas a un desarrollo posterior y a la crítica, por lo que la formulación de este apartado se hace en términos problemáticos y no conclusivos.

Es evidente que en aquellos casos en los que ambos sujetos, de común acuerdo, realizan aportaciones esenciales al hecho y se distribuyen funcionalmente los elementos que fundamentan la autoría²², la aplicación automática del esquema de la autoría mediata presenta dificultades dogmáticas ostensibles, como he dejado apuntado. Además, si movemos el foco hacia el *extraneus* instrumento, este no queda impune, como cabría esperar, sino que es considerado cooperador necesario, lo que revela su papel fundamental en el esquema delictivo; sin embargo, recibe la misma pena que el autor, rebajada por imperio legal por el artículo 65.3²³ CP. La solución de la autoría mediata se ha acogido porque no confronta directamente con la petición legal de que solo puede ser autor el sujeto cualificado, por un lado, y, por otro lado, desde la prestidigitación se logra imputar lo realizado por el instrumento doloso no cualificado al sujeto cualificado, el cual no ha realizado ni una sola actuación de las descritas en el tipo concreto. La autoría mediata se presenta como la solución menos mala, aunque se haya doblegado toda la sustancia conceptual de dicha figura.

Desde un punto de vista analítico, la realidad es otra y puede sostenerse que, en estos supuestos, el *intraneus* aporta la infracción del deber especial, elemento imprescindible del tipo, o bien a través de su inactividad, dejando hacer, o bien a través de decisiones relevantes, autorizaciones, planificación del hecho, cobertura institucional o incluso realiza parte de las acciones típicas infractoras del deber. El *extraneus*, por su parte, ejecuta parte de o todas las acciones típicas o las acciones más idóneas que dan contenido y forma a la infracción del deber capaz de lesionar el bien jurídico protegido penalmente. Ninguno de los dos agota por sí solo el injusto del delito; sin embargo, ambos contribuyen de manera necesaria y esencial a su realización conforme a una división funcional del contenido típico del trabajo. Precisamente esta distribución es la que permitiría, al menos teóricamente, explorar una imputación conjunta. El obstáculo se sigue encontrando en la descripción típica.

La cuestión es que la respuesta a la pregunta de quién puede realizar la conducta típica en el delito especial ha sido durante décadas la misma, ya que

²² También en los casos en los que existe una omisión pura de garante del cualificado, que se limita a consentir y no evitar, infringiendo de este modo su deber.

²³ Aunque, como expongo más adelante, la rebaja es potestativa.

se ha llegado a ella desde análisis profundos, debates interminables y sólidos mantenidos por los especialistas en la materia. Sin embargo, aunque abra un cajón que estaba cerrado, quiero plantear otro tipo de enfoques, otras relaciones u otras soluciones interpretativas a la pregunta. Sigo en la senda que han marcado mis predecesores fieles al principio de legalidad, afirmando que el autor de un delito especial es el sujeto cualificado, pero aquí viene el matiz, no solo el sujeto cualificado, en cualquier caso: un *extraneus* podrá ser autor de un delito especial siempre que el cualificado le «dé acceso» a ese espacio privilegiado, desde el que se puede proteger mejor el bien jurídico, pero también se lo puede lesionar con mayor facilidad y más gravemente. En el contexto concreto de un delito especial el sujeto que está en mejor posición para acceder a realizar las acciones más peligrosas y lesivas será el cualificado. Si actúa solo, el problema no se presenta; pero en otros casos, puede actuar con un *extraneus*. Dentro de sus potestades, el sujeto cualificado dará acceso al *extraneus*, pudiendo lesionar desde ese espacio privilegiado al bien jurídico. Precisamente el procurar ese acceso puede servir de argumento para dar contenido a una forma de replanteamiento de la imputación recíproca y de la coautoría.

La coautoría permitiría integrar esta realidad mediante el principio de imputación recíproca²⁴: las acciones típicas realizadas por el *extraneus* se imputan al *intraneus*²⁵, que se convierte en autor por la infracción de su deber, gracias a dar «acceso» al *extraneus*, que realiza las acciones típicas, y la infracción del deber especial se imputa al *extraneus*, sin necesidad de convertir artificialmente a uno en instrumento del otro. Ahora bien, esta operación no está exenta de objeciones, pues presupone la comunicabilidad del elemento especial en un grado que la dogmática dominante no suele admitir. En este punto hay que cambiar el enfoque, porque no se trata de comunicar el deber y con ello toda la posición o la cualificación personal o en algunos casos personalísima, sino de imputar funcionalmente su infracción, en definitiva, la relevancia típica en la realización conjunta del hecho.

²⁴ En la regulación del Derecho penal español también existen reglas de imputación en personas que no tienen los requisitos típicos como en el artículo 31, el actuar por otro, o el artículo 31 bis en el que la persona jurídica sin capacidad de actuación, sin embargo, se le imputa lo hecho por la persona física (Sobre el actuar por otro, Cfr. GRACIA MARTÍN, 1985-1986, *passim*; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2022, pp. 726 ss.). Esta imputación recíproca que propongo incluso es más natural, ya que ambos sujetos no son ajenos al contexto delictivo y realizan actos típicos. Sobre la aplicación del artículo 31 y su aplicación en supuestos en los que el *extraneus* es el que instrumentaliza al *intraneus* cfr. GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 26 ss. en el que defiende la autoría mediata del *extraneus* como propuesta de *lege ferenda*.

²⁵ Este puede haber realizado una acción típica o incluso ninguna, infringiendo el deber mediante cooperación necesaria con el *extraneus* o a través de su inducción.

Por otro lado, no se trata de una solución radicalmente novedosa. Ya en la teoría de la participación en los delitos especiales se admitía la responsabilidad del partícipe extraño sobre la base de la *no ruptura del título de imputación*, atendiendo al carácter comunicable del elemento especial, permitiendo así que el fundamento del injusto alcanzara también al *extraneus*. La propuesta de la coautoría no hace sino desarrollar esta lógica un paso más allá, evitando la degradación sistemática del *extraneus* a mero partícipe o instrumento²⁶.

Desde esta óptica, también se podría sostener que el coautor *extraneus* no permanece completamente ajeno al ataque contra la institución protegida por la norma penal. Aunque inicialmente actúe desde fuera²⁷, su conducta se orienta a asegurar la realización del hecho mediante la búsqueda de un *intraneus* o la aceptación del plan delictivo por el mismo que le permita acceder a un contexto normativamente reforzado y, en muchos casos, institucionalizado. De este modo, el ataque al bien jurídico no se produce solo desde el exterior, sino que se consolida mediante la corrupción de la institución por el *extraneus* desde dentro o mediante la explotación de la mayor exigibilidad del comportamiento correcto que pesa sobre el *intraneus*. Es un posible planteamiento sometido a un debate abierto.

Finalmente, esta aproximación permitiría relativizar la necesidad de acudir de manera automática a un delito común, si lo hubiera, en los supuestos de delitos especiales impropios, huyendo precisamente de la solución de una autoría mediata que instrumentaliza al autor *extraneus*, creando diferencias de tratamiento, visibles en las diferencias de pena, con los delitos especiales propios a veces de difícil justificación. Ello no implica negar la relevancia de un eventual delito común subyacente²⁸, ni excluir soluciones alternativas más asentadas dogmáticamente. Antes bien, dependiendo de las relaciones entre los tipos penales concurrentes, podrá resultar más adecuada la afirmación de autorías únicas diferenciadas –delito especial para el *intraneus* y delito común para el *extraneus*–, o, excepcionalmente, la coautoría en el delito especial cuando sea posible una imputación recíproca sin vulnerar las exigencias del principio de legalidad. La decisión dependerá de las relaciones sistemáticas entre los tipos penales concurrentes.

²⁶ Cfr., PEÑARANDA, 2008, pp. 1424 ss. tb. núm. 16.

²⁷ Nos sumamos al análisis crítico del «pensamiento de la distancia» elaborado por PEÑARANDA, 2008, pp. 1427 ss. y extrapolado al contexto de una posible coautoría, con la diferencia de que el coautor *extraneus* ha ejecutado parte de los elementos del tipo correspondiente.

²⁸ Al respecto cfr. el análisis crítico de PEÑARANDA, 2008, pp. 1434 ss. sobre la negación de la existencia del delito común subyacente.

Así, atendiendo a dichas relaciones²⁹, podrá ser la solución dogmáticamente más afinada. En determinados supuestos se aplicará la solución de *autorías únicas diferenciadas*: autoría del delito especial para el *intraneus* y autoría del delito común para el *extraneus*. En otros casos, cuando resulte posible la imputación recíproca conforme a una división funcional del hecho y a las características del deber, la solución adecuada podría ser la coautoría en el delito especial. La elección entre una u otra solución no responde a esquemas rígidos, sino a una aplicación sistemática y principialista de los criterios de autoría, respetuosa con la estructura del tipo y con el principio de legalidad.

En definitiva, la coautoría en los delitos especiales mixtos –de dominio-deber– debe entenderse aquí no como una solución dogmáticamente consolidada, sino como una hipótesis reconstructiva que pone de manifiesto las limitaciones de los modelos explicativos tradicionales y abre un espacio de reflexión crítica sobre la imputación de responsabilidad en los supuestos de intervención conjunta de sujetos cualificados y no cualificados. De ahí que esta solución no pretenda imponerse como reconstrucción pacífica, sino señalar un punto de tensión no resuelto en los modelos explicativos tradicionales. Pese a las dificultades y reticencias, considero que con la figura de la coautoría se respeta tanto la estructura normativa del tipo mixto como el principio de responsabilidad por el propio hecho, ofreciendo además una respuesta punitiva proporcionada y acorde con la gravedad de las respectivas contribuciones.

VII. OBJECIONES A LA SOLUCIÓN DE LA COAUTORÍA

La propuesta de admitir, siquiera de manera excepcional, la coautoría entre *intraneus* y *extraneus* en los delitos especiales de dominio-deber no está exenta de objeciones dogmáticas de considerable peso. No es posible desarrollarlas aquí de forma exhaustiva; por ello, se expondrán de manera sintética las principales críticas, acompañándolas, igualmente de modo esquemático, de algunas posibles líneas de reinterpretación o respuesta.

La objeción más relevante se formula en términos categóricos: el *extraneus* no podría ser coautor porque no es el sujeto cualificado y por tanto no puede infringir el deber especial que fundamenta el delito. Esta crítica parte, sin embargo, de una concepción de la autoría que identifica el injusto del delito

²⁹ PEÑARANDA, 2008, pp. 1441 ss. defiende, en contra de aquella parte de la doctrina que afirma que el delito común no existe o se relega cuando hay un delito especial, que este es siempre relevante, porque describe el contenido material mínimo y en ocasiones todo el contenido de la imputación.

especial exclusivamente con la infracción del deber. Tal premisa pierde fuerza si se acepta, como se ha sostenido en los apartados anteriores, que la autoría en estos delitos no se agota en la mera infracción del deber, sino que exige también la realización del hecho típico, y que este no consiste en cualquier infracción del deber, sino en aquellas formas de actuación típicamente delimitadas.

Desde esta perspectiva, del mismo modo que se ha admitido la autoría del *intraneus* aun cuando no ejecute personalmente la conducta típica, no resulta dogmáticamente incoherente imputar al *extraneus* la infracción del deber cuando su actuación resulta funcionalmente imprescindible para hacer posible y efectiva dicha infracción conforme a la descripción típica. La imputación no se fundamentaría, por tanto, en una equiparación abstracta de posiciones normativas: *extraneus versus intraneus*, sino en la realización conjunta del hecho en sentido objetivo-formal.

Una segunda objeción, derivada de la anterior, apunta a la supuesta incompatibilidad de la imputación recíproca propia de la coautoría con el principio de legalidad. Sin embargo, este principio también se ve comprometido cuando se eleva una intervención a autoría prescindiendo de los elementos típicos de actuación y limitándose a afirmar la infracción del deber con independencia de su forma concreta de realización. Frente a ello, la coautoría, al menos en los delitos de estructura mixta, permitiría anclar la imputación en los elementos expresamente previstos por el legislador, evitando expansiones interpretativas basadas exclusivamente en la posición de garante o en la cualificación personal del sujeto.

Desde esta óptica, la crítica no debería dirigirse tanto contra la coautoría como tal, sino contra aquellas construcciones que disocian la autoría del hecho típico y la hacen descansar exclusivamente en elementos normativos abstractos. En este sentido, la solución de la coautoría podría ofrecer una alternativa más respetuosa con las exigencias de taxatividad y determinación derivadas del principio de legalidad.

VIII. PENALIDAD, APLICACIÓN DE ARTÍCULO 65.3 CP Y PROPUESTAS INTERPRETATIVAS DE *LEGE FERENDA*

VIII.1 Solución de *lege lata*: alcance y límites del artículo 65.3 CP

El artículo 65.3 CP responde a un objetivo político-criminal claro, fundamentado en el injusto y en el principio de proporcionalidad: permitir una atenuación de la pena respecto de aquellos partícipes, inductores o cooperadores

necesarios, en los que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la especialidad del tipo, pero se parte de la pena del delito especial, dejando intacto el nexo de imputación. La *ratio* de la norma es evitar que quien carece del elemento personal que justifica una mayor exigibilidad responda con la misma severidad que el sujeto cualificado.

Ahora bien, este fundamento se ve tensionado cuando el sujeto no cualificado no se limita a una intervención accesorio, sino que ejecuta las conductas típicas que infringen el deber. En estos supuestos, ya no resulta adecuado mantener sin matices la calificación de partícipe. No hacerlo implicaría equiparar, desde el punto de vista punitivo, al cooperador necesario que no ejecuta el hecho típico con quien lo realiza efectivamente, beneficiando a este último de una rebaja de pena que solo encuentra justificación cuando la aportación no alcanza el nivel de autoría.

Desde esta perspectiva, cuando el *extraneus* actúa como coautor, la aplicación automática del artículo 65.3 CP no resulta dogmáticamente correcta. Sin embargo, siguiendo el razonamiento de la doctrina mayoritaria tampoco puede ignorarse que en estos casos el coautor *extraneus* carece de las cualidades, condiciones o relaciones personales que fundamentan el deber especial. Por ello, atendiendo al fundamento material del artículo 65.3 CP, podría sostenerse que, aun siendo coautor, la atenuación es conceptualmente posible y aplicable mediante analogía *in bonam partem*.

Debe recordarse, en todo caso, que la aplicación del artículo 65.3 CP tiene carácter facultativo, no imperativo. Ello permite también considerar la entidad concreta del interviniente no cualificado especialmente cuando el *extraneus* asuma un papel central en la ejecución del hecho. En estos casos podrá justificarse la imposición de la misma pena que al *intraneus* que infringe directamente el deber especial.

En consecuencia, aunque no se adopte en todos sus extremos la solución de la coautoría, y se limite a asimilar al coautor al cooperador necesario mediante un fraude de etiquetas muy discutible, es posible sancionarlo como si lo fuera. Así, el *extraneus* que se apropia del patrimonio público podría recibir la misma pena que el funcionario.

VIII.2 Propuesta de *lege ferenda*: ampliación del artículo 31 CP

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, si no se acoge la vía de la coautoría, podría valorarse una modificación del artículo 31 CP mediante la incorporación de un segundo párrafo –o incluso mediante una nueva norma o cláusula

ad hoc con una ubicación sistemática cercana— que permitiera castigar como autor al sujeto no cualificado que, en delitos especiales o de infracción del deber realiza todo o parte de los actos típicos que dan contenido a la infracción del deber por el cualificado, *aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo* (art. 31 CP). Esta solución rompería claramente las resistencias actuales y permitiría dotar de mayor seguridad jurídica a supuestos en los que el *extraneus* no actúa como mero partícipe, sino *como el sujeto que realiza las acciones típicas infractoras del deber*, evitando zozobras dogmáticas y reforzando la coherencia sistemática del modelo de autoría.

VIII.3 Vía interpretativa alternativa: imputación recíproca y coautoría

Una tercera posibilidad consiste en sostener que no se infringe el principio de legalidad si, atendiendo al principio de imputación recíproca se construye una vía de imputación que permita atribuir al *extraneus* la responsabilidad propia del delito especial cuando su aportación resulta funcionalmente imprescindible para la realización del hecho. Esta solución, sin embargo, exige un planteamiento cuidadoso del principio de imputación recíproca para alcanzar una transferencia fundamentada del injusto. Todo ello debe manejarse con especial cautela desde una perspectiva garantista.

Los problemas derivan de la existencia de una la cualidad personal intransferible como elemento de la descripción típica, pero se advierte, no obstante, de que ambos cometen un delito de infracción del deber³⁰. Por ello, lo que se debe imputar al *extraneus*, es la infracción del deber que se realiza desde dentro, no la cualidad del funcionario, como ya he apuntado. En este marco, el *extraneus* no infringe el deber en sentido competencial o institucional, pero sí desde dentro, cuando el *intraneus* le da acceso a ese espacio restringido, por lo que responde por su infracción en cuanto elemento del injusto realizado en común. Es evidente que el ataque a la institución no se agota en la

³⁰ Por ello, es dogmáticamente cuestionable limitar la responsabilidad del *extraneus* al delito común o base mediante una solución de autorías únicas en delitos diferenciados, pues con ello no se contempla la infracción del deber especial que también realiza el sujeto no cualificado a través de su intervención esencial en el hecho. Esta solución, además, no resulta sostenible cuando se trata de delitos de infracción del deber, en los que, según doctrina, no cabe la distinción entre delitos especiales propios e impropios. En este sentido, cfr. CARO JOHN, 2021, p. 346. Sobre esta afirmación, ya mantenida por SÁNCHEZ-VERA, 2002, *passim* y su análisis crítico, PEÑARANDA RAMOS, 2008, pp. 1441 ss.

infracción interna del deber, sino que incluye o debería incluir su explotación consciente desde fuera³¹.

Por otro lado, si aplicamos con rigor las exigencias típicas en ambas direcciones, tampoco podríamos admitir que el funcionario público ha malversado sin realizar las conductas típicas que infringen el deber. Con esto se evidencia que el principio de legalidad tampoco se respeta escrupulosamente al castigar a un funcionario que no ejecuta las conductas típicas del delito³².

En consecuencia, la imputación debe ser claramente bidireccional y recíproca en delitos especiales de estructura mixta dominio-deber. De tal modo que, al *intraneus*, el cual ha dado acceso a un *extraneus* a su ámbito de competencia, se le impute el núcleo de las acciones típicas que no ha realizado, y al *extraneus* se le imputa la infracción del deber desde dentro³³, lo que no supone, reitero, atribuirle una posición normativa que no posee, sino hacerle responder por un elemento del injusto que se realiza típicamente mediante su actuación. La imputación recíproca así entendida puede brindar un fundamento para reinterpretar el principio de legalidad en este tipo de delitos.

La procedencia de la solución de la coautoría dependerá de que se acoja un replanteamiento del principio de imputación recíproca en el sentido aquí defendido u otro que permita su compatibilidad con el principio de legalidad, así como, en última instancia, como ya he apuntado anteriormente, de la concreta configuración de los tipos y de las relaciones que se establezcan entre ellos. En este sentido, la coautoría no constituirá la solución adecuada, aunque no plantease problemas de aplicación, en aquellos tipos en los que la norma castiga más gravemente al sujeto cualificado cuando su no evitación del hecho no recibe la misma pena que la comisión activa tipificada, sino que se ve agravada. En tales supuestos, la especial posición de deber del sujeto cualificado *no cumple en este tipo de delito únicamente la función de permitir la equiparación del hacer y el omitir*³⁴, por lo que resulta necesario acudir a autorías unipersonales en tipos diferenciados, siendo precisamente el incremento de

³¹ SILVA SÁNCHEZ, 2014, p. 3: «Las instituciones generan deberes para los sujetos outsiders, consistentes en que éstos no perturben la gestión de la institución por los insiders. En efecto, las instituciones no sólo tienen una función ad intra sino también otra ad extra».

³² Tanto es así que no podría iniciar la tentativa del delito. Cfr. CARO JOHN, 2021, pp. 341 ss.

³³ Porque desde fuera ha infringido un deber general de no corromper instituciones como la familia, la Administración de justicia, la Administración pública. Este deber general lo infringe cualquier *extraneus* que interviene en un delito de infracción del deber, también el partícipe, pero la diferencia con el coautor *extraneus* radica en que este realiza las acciones típicas que infringen el deber especial del garante.

³⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1446. El ejemplo, siguiendo a Peñaranda, se encuentra en el artículo 471 CP e.r.c con el 470. En este precepto se podría incluir al funcionario que tiene una conducta pasiva y no evita la evasión del preso, como favorecimiento o como una omisión pura de garante equiparable en pena a la comisión comisiva; sin embargo, el Derecho positivo ha optado por un delito propio agravado.

responsabilidad de la conducta de no evitación del *intraneus* una razón decisiva para excluir la imputación recíproca³⁵.

No obstante, siguiendo a Peñaranda y trasladando a este contexto su argumentación interpretativa del artículo 65. 3 CP, sí podría aplicarse la solución de la coautoría en delitos mixtos que incorporan cualidades cualificantes con «status intermedio: cualidades, condiciones o relaciones que pese a ser “personales” y fundamentar la “culpabilidad” del autor tienen en el contexto de la realización del hecho típico una dimensión general, accesible a la responsabilidad de terceros»³⁶. En el caso de la participación del *extraneus*, ello da lugar a una especie de tipo intermedio, cuya punición debe situarse por encima de la prevista para el tipo básico y por debajo de la correspondiente al delito especial, resultado que se alcanza mediante la aplicación del artículo 65.3³⁷.

Distinta ha de ser, sin embargo, la solución cuando el *extraneus* realiza acciones típicas, pues en tal supuesto no cabe aplicar el artículo 65.3 CP: no nos encontramos ante un cooperador necesario ni un inductor, sino ante la realización del delito especial por el *extraneus*, por lo que debe recibir la misma pena que corresponde al sujeto cualificado, en la medida en que se trata de elementos con una dimensión general y accesibles a la responsabilidad de terceros.

IX. CONCLUSIONES

La aplicación de la teoría objetivo-formal de la autoría, entendida no como un mero criterio técnico sino como *una expresión directa del principio de legalidad*, permite revisar críticamente la concepción tradicional de los delitos de infracción del deber. Desde esta perspectiva, la autoría no puede desvincularse de la realización del hecho típico, ni reducirse a la mera infracción abstracta de un deber especial. Ello conduce necesariamente a cuestionar la existencia misma de los denominados delitos puros de deber y a desmitificar una categoría que, leída a la luz de los principios de taxatividad y *ultima ratio*, carece de un adecuado anclaje en la estructura de los tipos penales vigentes.

El análisis de los tipos penales muestra que el legislador no sanciona el deber en cuanto tal, sino formas concretas y típicamente delimitadas de infringirlo. En consecuencia, los delitos especiales no responden, en realidad, a una

³⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2008, p. 1446.

³⁶ *Ibidem*, pp. 1449 ss.

³⁷ *Ibidem*, 2008, p. 1450.

lógica de deber puro, sino que presentan una configuración normativa compleja en la que la infracción del deber especial se integra necesariamente con elementos de realización, sustanciado en el caso concreto con criterios materiales de autoría. Esta constatación permite afirmar que la verdadera naturaleza de estos delitos es la de *delitos especiales de estructura mixta dominio-deber*, como parte de la doctrina ya ha venido apuntando, y refuerza una comprensión más ajustada al principio de legalidad.

Desde esta reconfiguración dogmática, *la solución clásica de la autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado se revela como una construcción difícilmente sostenible*. La instrumentalización del *extraneus*, pese a su actuación dolosa y dominante en la ejecución del hecho, constituye una ficción dogmática orientada a preservar la centralidad del deber como criterio exclusivo de autoría, al precio de desdibujar los contornos estructurales de la autoría mediata, no observar la verdadera estructura del delito y de tensionar el principio de responsabilidad por el hecho propio. Por ello, esta solución no puede considerarse ya adecuada ni compatible con una concepción garantista del Derecho penal.

El trabajo ha tratado, en consecuencia, de *explorar vías alternativas* tanto de *lege lata* como de *lege ferenda* de solución. Entre las primeras, se ha planteado, con las debidas cautelas, una hipótesis reconstructiva de la coautoría en los delitos especiales de estructura mixta, fundada en premisas garantistas y en una concepción funcional de la imputación recíproca. Esta propuesta no pretende erigirse en solución única ni generalizada, sino ofrecer un marco interpretativo posible *para aquellos supuestos en los que exista una simetría de injusto* entre *intraneus* y *extraneus*, derivada de una división funcional del contenido típico del hecho.

Todo ello se formula, no obstante, bajo el escrupuloso respeto al principio de legalidad, consciente de las resistencias dogmáticas que suscita cualquier ampliación de la autoría en los delitos especiales. Sin embargo, *la creciente complejidad social y la proliferación de delitos de posición*³⁸, vinculados a deberes derivados de fuentes de garante cada vez más densamente reguladas, exigen una adaptación del modelo de imputación penal que permita dar respuesta adecuada a formas de ataque institucional en sociedades altamente

³⁸ Ello dará lugar, siguiendo la clasificación de GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 1 ss. y en particular, pp. 21 ss. a que en sociedades tecnológicas asistamos a una proliferación de delitos de posición no institucionales y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores.

complejas y tecnologizadas³⁹ que se producen tanto desde dentro como desde fuera de la estructura protegida.

En este sentido, la estructura actual de los tipos penales con rígidos elementos personales dentro de sus descripciones típicas no siempre logra captar la dinámica real de la relación delictiva entre *intraneus* y *extraneus*, especialmente cuando el sujeto cualificado facilita o permite el acceso del *extraneus* a un espacio normativamente reforzado desde el que el bien jurídico puede ser lesionado con mayor intensidad. No se sostiene aquí que «la coautoría» deba imponerse como solución general, «pero sí que el sistema debe estar en condiciones de reconocerla» en aquellos casos en los que ambos intervinientes realizan aportaciones esenciales y equivalentes al injusto del delito.

Con ello, el objetivo último de este trabajo ha sido abrir un campo de reflexión crítica orientado a evolucionar y mejorar tanto el fundamento dogmático como la respuesta penal en los supuestos de intervención conjunta en delitos especiales, evitando soluciones materialmente insatisfactorias, y promoviendo una comprensión de la autoría más coherente con los principios estructurales del Derecho penal del ss. XXI.

Parafraseando al homenajeado, termino aquí mi contribución al homenaje al Profesor Peñaranda Ramos, con quien la ciencia del Derecho penal y, desde luego, quien esto suscribe, estará siempre en deuda.

BIBLIOGRAFÍA

- CARO JOHN, José Antonio: *Participación del extraneus en los delitos de infracción del deber*, en Falcone, ¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho, Madrid, 2021, pp. 333-345.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: MIGUEL: LA AUTORÍA EN DERECHO PENAL, Madrid, 1991.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Buenos Aires, 2009.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria: La coautoría en Derecho penal, Valencia, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: Los delitos especiales, Buenos Aires, 2006.

³⁹ Ya lo advertía Feijoo en el 2009 al tratar los problemas de autoría en organizaciones empresariales complejas. Los niveles de complejidad social no han bajado, por lo que siguen teniendo actualidad las palabras de Feijoo: «Las soluciones dogmáticamente adecuadas están vetadas a los que se niegan a entender la realidad social y, en este ámbito, quieren resolverlo todo con una visión atomista o aislada de las diversas conductas delictivas o como un problema de infracciones de deberes más relaciones causales, sin tener en cuenta que los potenciales autores están actuando como parte de una organización. Con este tipo de perspectivas tradicionales no se está planteado un tratamiento adecuado al tema» (p. 16).

- *Caso del asesor fiscal*, en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, 2.^a ed., Madrid, 2011, pp. 669-685.
- *Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria*, RECPC, 14-01 (2012), 1-29.
- GRACIA MARTÍN, Luis: El actuar en lugar de otro en Derecho penal, vol. I y II, Zaragoza, 1985-1986.
- JAKOBS, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.^a ed., Berlín, 1991.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1989, pp. 879-913.
- LUZÓN PEÑA Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel: *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAH, 8 (1998-1999), 53-88.
- LUZÓN PEÑA Diego-Manuel/ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Administración desleal*, en Boix Reig/Lloria García, Diccionario de Derecho penal económico, 2008, pp. 29 ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, en Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara, Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas Derecho y Economía, 2007, 69-104.
- *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*, 6.^a ed., 2022.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, en García Valdés/Valle Mariscal de Gante/Cuerda Riezu (coords.) et al, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Madrid, 2008, pp. 1419-1452.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002.
- *Reflexiones sobre la autoría imprudente*, en Luzón Peña/Díaz y García-Conlledo, 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, Madrid, 2018, pp. 223-258.
- *Los delitos polivalentes de autoría*, InDret, 3 (2019), pp. 1-34.
- *El profesional del artículo 196 CP: Denegación de asistencia sanitaria o abandono de servicios sanitarios*, en Gómez Martín, et al., Un modelo integral de Derecho penal, Libro-Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, vol. 2, Madrid, 2022.
- *La omisión del artículo 318 y el algoritmo*, en Faraldo et al, Un Derecho penal moderno para una democracia del ss. XXI, LH Prof. Martínez-Buján, Valencia, 2025, pp. 680-689.
- *Derecho penal adaptado a la IA: entre el Derecho penal analógico y el Derecho penal digital*, en Letra: Derecho penal, 17 (2025), 43-94.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal, Parte general II. Especiales formas de aparición del delito*, (trad. Luzón Peña et al.), Pamplona, 2014.

- Täterschaft und Tatherrschaft. 11. Auflage, Berlin/Boston, 2022.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: Delitos de infracción del deber y participación delictiva, Madrid, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales*, Derecho PUCP, 81 (2018, pp. 93-112.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: El nuevo escenario del delito fiscal en España, Barcelona, Atelier, 2005.
- *Instituciones y Derecho*, InDret, 4 (2014), pp. 1-3.
- TORRES CADAVID, Natalia: La autoría en los delitos especiales mixtos, un análisis a través del delito de defraudación tributaria, en Vicente Remesal et al., LH Diego Manuel Luzón Peña, vol. 1, 2020, 1131-1139.

13. LA ACCESORIEDAD COMO «FACTOR DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD» EN EL ENCUBRIMIENTO: LAS OTRAS ACCESORIEDADES

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Navarra

I

El nombre de Enrique Peñaranda se halla asociado, con justicia, a la doctrina de la participación. Aunque hay otras aportaciones, así como cualidades personales, que podrían resaltarse, en este homenaje deseo centrarme en una idea por él destacada a propósito de la accesoriidad. Y lo hago para referirme a la peculiar relación de accesoriidad que prevén algunos delitos respecto de otros. El encubrimiento es uno de ellos, pero no el único. En la investigación que sobre este tema realicé hace tiempo fue de gran ayuda la publicación correspondiente a su tesis doctoral: *La participación en el delito y el principio de accesoriidad* (Madrid, 1990). Ciertamente la consideración desde antiguo del encubrimiento entre las formas de participación obligaba a referirse a él en el contexto de la accesoriidad. Pero su actual ubicación en la Parte especial no ha logrado por sí sola evitar su relación de conexión con el delito encubierto. Más allá de esta figura delictiva, se aprecia cómo también otros delitos se han definido teniendo en cuenta su conexión con uno diverso. Sobre esta relación de conexión trata la presente contribución.

II

En lo que sigue, me referiré primero a una precisión que sobre la accesoriedad realiza el profesor Peñaranda (párr. III), para luego centrarme en la relación del delito de encubrimiento con el delito previo (párr. IV-VI), y aplicar después estas ideas a otros casos (párr. VII-IX). En esencia, la tesis que aquí se expone consiste en que el encubrimiento guarda una relación de dependencia relativa con respecto al delito previo. Y algo semejante sucede con la receptación. Pero no solo en estos. Existen otros delitos cuyo contenido reside en una cierta relación con otras conductas delictivas que son necesarias para entender el injusto propio de la conducta que «accede». De este modo, se podría hablar de «otras accesoriedades», en el sentido de que, más allá de la participación, existen otros casos de dependencia entre aportaciones de diversos sujetos. Y también para estas rige la exigencia de limitar la responsabilidad que es propia de la idea de accesoriedad.

III

No es posible resumir en pocas líneas la amplia aportación de nuestro homenajeado sobre la accesoriedad, y menos todavía abarcarla en su totalidad. Permítaseme centrar la atención en una serie de afirmaciones que la vincula con la función de limitar la responsabilidad. Concretamente, expresará: «nadie puede ser hecho responsable del injusto ajeno. Lo que sucede es que el propio desvalor del hecho del partícipe sólo puede ser captado adecuadamente si se lo contempla en su relación con el comportamiento de otros sujetos.» Y continúa: «Una consideración global y no aislada de su conducta dentro del conjunto del acontecimiento es también aquí imprescindible». «Si se califica como “accesoriedad” la necesidad de valorar la intervención del partícipe en su relación con otros sujetos, cabría decir que la accesoriedad fundamenta y no sólo limita la responsabilidad. Pero es evidente que entonces se da al término accesoriedad un sentido impropio, porque el mismo fenómeno tiene lugar en un sistema unitario de intervención en el delito y en el ámbito de la coautoría, en la que también se pone a cargo de un coautor lo realizado por otro.» Para concluir: «La accesoriedad en sentido estricto, de acuerdo con su origen y su inspiración liberal, es únicamente un factor de limitación de la responsabilidad.»¹ En esta última afirmación deseo centrar ahora mis consideraciones: en la idea de limi-

¹ PEÑARANDA RAMOS, 1990, p. 336.

tación de la responsabilidad del partícipe, con el fin de comprobar si eso mismo puede afirmarse de otros sujetos que no son partícipes en sentido técnico, pero sí intervinientes en una realidad cuya existencia y contenido se halla relacionada con un delito ajeno.

IV

La relación de los delitos de encubrimiento con el delito encubierto está presidida en nuestro Derecho positivo por lo previsto en el artículo 453 («Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena»), y algo semejante cabe afirmar para la receptación, en virtud de lo previsto en el artículo 300 («...se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena»). De los cuales se deriva *a contrario* la conclusión de que las adhesiones subsiguientes requieren un hecho típico antijurídico. De este modo, la conducta de quien obra encubriendo al que actuó al amparo de una causa de justificación resulta impune. También en otros sistemas se concede la impunidad en tales casos, aunque mediante vías distintas (en concreto, por ejemplo, en el StGB, donde los §§ 257, 258, 259 se refieren a un hecho antijurídico, «rechtswidrige Tat», y que no impide el encubrimiento de sujetos no culpables). Pero no en todos los ordenamientos se ha previsto tal exención. La redacción del texto español, así como la antigua concepción del encubrimiento como forma de participación, hasta 1995 al menos formalmente (y todavía antes, también de la receptación), ha llevado a describir la dependencia del encubrimiento y la receptación respecto al hecho previo como de *accesoriedad* limitada, pero sin que fuera posible extrapolar esa conclusión para la participación². Sin embargo, por lo impropio de la asimilación, también se

² Cfr. MIR PUIG, *ADPCP* 1973, pp. 326-327; Id., 2010, 15/36 («los artículos 300 y 453 CP no sólo consagran el principio de accesoriedad limitada para la receptación y el encubrimiento, sino que confirma el que el “autor del hecho” puede ser personalmente inimputable o hallarse exento de pena»). En opinión de VIVES ANTÓN, 1977, p. 165, el artículo 546 bis g) [f)] [para el delito de receptación en el CP 1973] establecía una regla propia para la receptación, de carácter diferente a la que rige en materia de participación (p. 164), y, por tanto, «no cabe extraer de ella conclusión general alguna en torno a la accesoriedad de la participación.»; RUIZ ANTÓN, 1992, p. 898, quien deriva la accesoriedad de una interpretación sistemática de la expresión «ejecución del hecho» (en el Código de 1973), además de criterios materiales (cfr. Id., *CPC* 1980, pp. 62-63); GILI PASCUAL, *CPC* 1997, pp. 172-173, en sentido crítico sobre el recurso a fundamentar en tal precepto la accesoriedad limitada.

sugieren otras caracterizaciones³. No se trata, en efecto, de partir de la accesoriedad limitada como *prius* conceptual que desde la participación se extendería también para otros casos, sino de profundizar en el sentido de esa vinculación o dependencia de unos delitos respecto a otros.

V

Como he expuesto en otro lugar, es posible explicar el injusto del encubrimiento a partir de la idea de «norma de resguardo», es decir, de una norma cuya función es asegurar la vigencia de la norma secundaria, que a su vez viene a asegurar la primaria o de comportamiento⁴. En dicho planteamiento, si la norma de resguardo sirve a los fines de garantizar las consecuencias jurídicas derivadas de un hecho antijurídico penal, procede evitar la frustración de las consecuencias penales, esto es, de penas y medidas de seguridad (en el encubrimiento), como también la consolidación de un *status* jurídico que tiene su origen en un delito (en la receptación). Por tanto, en la medida en que exista una pretensión penal de sancionar o de alcanzar el restablecimiento de la situación al momento *ex ante delictum*, el favorecimiento postdelictivo afectaría a dicha norma de resguardo. Y donde no existiera dicha pretensión, faltaría ya la condición necesaria para configurar el supuesto de hecho. No habría entonces encubrimiento ni receptación, porque falta el tipo objetivo del supuesto de hecho del favorecimiento: en concreto, la infracción de una norma primaria penal que dé lugar a una pretensión penal de sancionar o restablecer la situación. Si mediante la prohibición de adhesiones subsiguientes se trata de garantizar la norma de sanción de los respectivos tipos penales, donde no existe esta norma (de sanción), la pretensión se torna en su contraria. En concreto, se pretende asegurar que la situación de quien obró al amparo de una causa de justificación o atípicamente no se vea alterada, y se mantenga efectivamente la vigencia de la norma facultativa, o del ámbito de libertad de quien así obró. En definitiva, quien obra al amparo de una causa de justificación o careciendo su actuar del carácter típico –sea por ausencia del supuesto de hecho objetivo, sea por ausencia del subjetivo– realiza una conducta que no puede imputarse como

³ Así, GILI PASCUAL, *CPC* 1997, pp. 171-174 y 197-203, quien prefiere aplicar el término «integración», en lugar de accesoriedad (p. 200); después, ID., 1999, pp. 74-82; con reservas sobre tal definición, RUIZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 26. Dado que se trata de un delito y no de una forma de intervención en el hecho de un autor, CANCIO MELIÁ, 1997, p. 1194, propone la denominación de «dependencia limitada», mejor que «accesoriedad».

⁴ Concretamente, en SÁNCHEZ-OSTIZ, 2004, pp. 260-304.

un «hecho» regido por una norma penal (típico). Su conducta no exige sanción ni restablecimiento del *status* iniciado por aquella. El ordenamiento debe entonces proteger a quien así obró frente al que pretenda actuar contra él⁵.

VI

A la vista de las anteriores consideraciones, puede afirmarse que el favorecimiento parte de la existencia de un hecho sobre el que existe una pretensión penal (de sanción o al menos de restablecimiento de la situación), a la que se añaden elementos de la conducta misma de favorecer. A diferencia de la participación, aquello a lo que se adhiere el favorecedor no es el mero hecho del autor, sino el hecho *en cuanto sea objeto de una pretensión penal* tras la comisión de delitos. Por ello, es razonable que las circunstancias que condicionan dicha pretensión y que no se hallan vinculadas a meras razones de oportunidad, sino del delito, condicionen la existencia misma del supuesto de hecho del favorecimiento. En consecuencia, el contenido de esa dependencia de la sanción del favorecedor respecto al hecho previo, no siempre coincide con la que es propia de la participación⁶. Que hay dependencia, es claro, pero no así que esta sea siempre la propia de la accesoriidad limitada que empleamos en sede de participación⁷. Con todo, es posible defender que se exija la realización previa de un hecho típico antijurídico.

VII

Es claro que delitos como el encubrimiento o la receptación exigen la existencia de un hecho típico antijurídico. Pero no son los únicos, sino que a lo largo del Código Penal se identifican algunos supuestos más. Si dejamos al

⁵ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2004, pp. 375, 407. Resultan problemáticos aquellos casos en que la pretensión de sancionar se halla condicionada o finalmente no conduce a la aplicación de una pena. Me refiero a requisitos de procedibilidad (cfr. pp. 408-410) y supuestos de no punibilidad (cfr. pp. 410-413). Para los casos de desincriminación de conductas favorecidas, cfr. pp. 413-414. En cambio, en los casos en que falta la culpabilidad del responsable previo, entiendo que subsiste la pretensión penal, además de la posible pretensión de restablecimiento, en su caso: cfr. p. 415.

⁶ Para MIR PUIG, 1981, p. 910, ni siquiera el antiguo artículo 17 obligaba a considerar el encubrimiento como forma de participación. Lo esencial, y a lo que obligaba aquel precepto, es la sanción del encubridor «dependiente» del responsable del delito previo. En el mismo sentido, cfr. 1990, p. 442. Cfr. también, VIVES ANTÓN, 1977, p. 164. En definitiva: la participación no es la única vía de dependencia respecto al delito previo.

⁷ Cfr. BALMACEA QUIRÓS, 2014, pp. 268-269.

margen los casos que han de reconducirse a la autoría y participación (arts. 28-31), así como los que encierran agravaciones (por ejemplo, por puesta en peligro de la vida, o por realización mediante organización criminal) y otras conductas, que deberían reconducirse al régimen de los concursos, sean de normas sean de delitos, hay una serie relativamente amplia de delitos que *necesitan un delito para configurar su injusto específico*. Como ya se ha señalado, para la receptación y el encubrimiento esa relación parece clara, por cuanto el tipo se refiere a un hecho previo y de los artículos 300 y 453 se deriva la exigencia de un hecho típico antijurídico. Sin embargo, para los muchos otros casos dispersos a lo largo del Código no está tan clara la relación de dependencia con el delito del que provienen o al que se suman. Para estos cabe plantearse si requieren un hecho típico antijurídico, lo cual permitiría hablar de una suerte de dependencia o incluso accesoriedad. A continuación, se analizan y clasifican algunos de estos casos.

De entrada, conviene distinguir aquellos casos en los que es el propio interviniente en un delito previo quien aparece también en uno subsiguiente. En tales casos, los hay que i) podrían en su caso dar lugar a *concurso* de delitos (por ejemplo, art. 174.1); y otros que ii) se asemejan a lo previsto en el *autoquebrantamiento* de condena (por ejemplo, art. 153.3, pero es algo que se repite en otros preceptos cuya función sería asegurar las penas descritas en el art. 48)⁸. A estos dos grupos de delitos (de «autointervención» o «reiteración») no deseo ahora referirme, por plantear una cuestión diversa, relacionada con la posible desproporción de sancionar el hecho de un mismo sujeto⁹. En cambio, sí me centraré en aquellos casos en los que se adhiere un sujeto diverso (los de «heterointervención»).

En efecto, hay otros casos en los que un sujeto se adhiere a lo ya realizado por otro. De entre estos, destacan los casos en que iii) se prevé hacer responsable a las *personas jurídicas* por delitos de las personas físicas (vía arts. 31 bis ss); también los que iv) suponen una *intensificación* o *continuación*

⁸ Se trata de la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a –o comunicarse con– la víctima, así como a otras personas que se determinen. El mecanismo de aseguramiento se encuentra en el artículo 173.2. II (reformado mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros), al que siguen después los artículos 153.3; 171.5. II; 172.2. III; y 468.2 (reformados por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). Con todo, mientras que en el artículo 468.2 se prevé una pena de prisión por el autoquebrantamiento, en los restantes casos una agravación de la pena correspondiente (mitad superior).

⁹ Incluyo aquí el supuesto del lavado de capitales llevado a cabo por el mismo responsable del delito del que provienen los bienes (autolavado), que cabe dentro de la redacción del actual artículo 301. En cambio, los demás casos, como supuestos de heterointervención, plantean problemas a efectos del grupo iv): cfr. *infra*.

de la afectación al bien jurídico de un delito previo, en donde sitúo el encubrimiento (arts. 451-454) y la receptación (arts. 298-300), como también el lavado de capitales (arts. 301-304), pero en donde hay que ubicar otros (por ejemplo, el del art. 197.3); y los que v) suponen una *afectación nueva y diversa*, y sobre todo accidental, del bien jurídico (por ejemplo, en el delito de calumnia, art. 205). El fenómeno exige un estudio exhaustivo y en detalle de todos los supuestos, pero basta por el momento para poner de manifiesto cómo existen delitos cuyo contenido depende de otros ¹⁰. Veámoslo.

En el caso de *responsabilidad penal de personas jurídicas* (iii), la traslación de responsabilidad penal desde el sujeto delincuente persona física a una corporación evidencia una relación digna de atención (se habla incluso de la necesidad de un «hecho de conexión»). Al menos, para el legislador ha despertado interés por lo que hace al artículo 31 ter, que establece cierta conexión y que no elude referirse a la culpabilidad, punibilidad y procedibilidad de la persona física delincuente ¹¹. En tales casos, partiendo de la premisa de que se precisa haber cometido un delito por alguna de las personas físicas mencionadas («por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior»), no es preciso, sin embargo, que estas hayan sido identificadas ni procesadas («la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella»); incluso es posible sancionar a la persona jurídica con independencia de la culpabilidad y sanción de la física («circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia»). En estos casos, se establece una curiosa relación de dependencia entre la responsabilidad de la persona jurídica y el delito de la persona física, en la medida en que también aquí se exige la comisión de un delito («en nombre o por cuenta de», «y en su beneficio directo o indirecto», etc.) por alguien que, sin embargo, no es preciso que sea culpable o ni siquiera esté individualizada, haya sido procesada o hallada, o haya fallecido ¹². Esta relativa dependencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la de la física delincuente bien puede relacionarse con la

¹⁰ No faltan en la doctrina intentos de describir y profundizar en la esencia de estos supuestos que, con unas denominaciones u otras (delitos dependientes, meta-delitos, etc.), identifican una relación de dependencia entre dos infracciones. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, 2023, pp. 727-735; BALMACEDA QUIRÓS, 2014, *passim*.

¹¹ Sobre los problemas que plantea el artículo 31 ter, previene CIGÜELA SOLA, p. 331, núm. 150, porque de la no individuación de la persona física responsable no se puede derivar legítimamente la conclusión de la responsabilidad colectiva independiente.

¹² La confusa redacción del precepto obliga a plantearse además cuestiones relativas al modelo de responsabilidad para las personas jurídicas (cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, 2020, pp. 421-429).

accesoriedad limitada¹³. Es más, podría afirmarse que, a semejanza de lo previsto en los artículos 300 y 453, también el artículo 31 ter vendría a prever una cláusula de accesoriedad, sin que eso suponga interpretar el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas como de participación en el delito de la persona física¹⁴.

Por otro lado, (iv) no son pocos los supuestos en los que el contenido del injusto parece consistir en la *intensificación* o nueva afectación al mismo bien jurídico, pero por vía diversa (en el encubrimiento), en la *continuidad* o mantenimiento de la situación creada por un delito previo (así, en la receptación), en el *aprovechamiento* de la situación creada por el delito acompañado de la dificultad de su sanción (así, en el lavado de capitales)¹⁵. En ellos, existe un delito ya cometido, del que deriva una situación, unos bienes o un estado, que luego se impide o dificulta restablecer. Existe aquí ya un delito y quien se suma prolonga de alguna manera la afectación inicial o, con una explicación como la que se dio para la receptación respecto de la afectación patrimonial por el delito previo, se colabora en mantener. Es lo que sucede en numerosos delitos que parten o provienen de una situación previa de la que otro sujeto se aprovecha, lucra, posee o difunde. Sin embargo, no conviene pensar solo en la receptación, sino que proliferan nuevos casos semejantes, pero contra otros bienes jurídicos; y en ellos la lógica de la perpetuación de la situación no llega a explicar el injusto del delito subsiguiente. Así, en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, es delito hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, que se agrava cuando estos constituyen delito contra la libertad sexual (art. 182.2). En otros, se emplean imágenes sexuales (sean reales o sean simuladas o ficticias) en las que han intervenido menores, lo cual ya constituye delito a los efectos del artículo 189: como sucede, por ejemplo, en el child grooming del artículo 183.2. En otros, además, se prevé castigar a

¹³ Cfr. Díez RIPOLLÉS, 2012, pp. 14-17; asimismo, para FEIJOO SÁNCHEZ, 2016a, p. 104, la exigencia de una conducta típica de la persona física, o no amparada por una causa de justificación, constituye un primer límite a la responsabilidad penal de la persona jurídica (igualmente, en ID., 2016b, p. 70).

¹⁴ Con palabras de Díez RIPOLLÉS, 2012, p. 15, «La responsabilidad de la persona jurídica se vincula así a un concepto similar al de accesoriedad limitada de la participación, lo que, de todos modos, no supone que la persona jurídica participe de la conducta de la persona física transferente»; también excluye la identificación con la accesoriedad de la participación (como también de la coautoría y autoría mediata) GÓMEZ TOMILLO, 2015, pp. 82-83, a pesar de que resalta la gran similitud con aquella; para DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2024, el precepto resalta el «carácter parcialmente autónomo e independiente de la [sc. responsabilidad penal] de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito» (p. 178); resaltan la similitud con la accesoriedad CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2020, p. 90, para quienes el artículo 31 ter opera «de forma análoga al principio de accesoriedad limitada en el ámbito de la participación delictiva»; con todo, la función del párrafo 2 viene a ser la de frenar la posible huida de la responsabilidad correspondiente de la persona jurídica en casos de no responsabilidad de la persona física (p. 91).

¹⁵ Cfr. el estudio de BALMACEDA QUIRÓS, 2014, *passim*.

quien se lucra explotando actividades de otra persona que pueden constituir en algunos casos delito (prostitución, elaboración de material pornográfico, datos personales, etc.): así, al menos en los artículos 187. II; 188.1; 189.1.a) y b); 189 bis; 197.3; 197.4. II; 197.7. II. En estos casos, podría decirse que el delito viene a añadirse a una conducta delictiva previa y que, en cierto modo, depende de aquella, aunque también tenga su propio contenido de injusto. Con todo, en tales casos no existe una regla de accesoriidad como sucedía en los casos anteriores (iii), por lo que se suscita la cuestión de si la culpabilidad y punibilidad del autor del delito previo son necesarias para sancionar al que se adhiere con posterioridad o bastaría en cambio con el carácter típico antijurídico del hecho previo, como parece razonable.

Y hay, además, otros casos (v) en los que se da cierta dependencia, pero en otro grado o relevancia, entre dos infracciones, de sujetos diversos. Así, en el delito de calumnia (art. 205), en el que se imputa falsamente un delito, de modo que la existencia de este no es real, pero sí lo es que se impute como tal como condición necesaria a efectos de dar contenido al injusto del calumniador. Para que concurra el delito de tortura (art. 174), se precisa obrar «con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido», lo cual también aquí puede referirse a delitos (es más, parece explicable que el torturador se halle investigando delitos reales o supuestos). También en el delito de trata de seres humanos nos encontramos con una situación en la que, en ocasiones, se entiende que se han cometido delitos por parte de sujetos diversos al autor (por la víctima, en concreto), cuando se afirma (art. 177 bis.11): «la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que...». En estos ejemplos, junto a otros que puedan existir en el código, la relación del delito posterior con la de uno previo no es de dependencia en cuanto al contenido. Incluso, puede suceder que el delito origen no exista pues se trate de meras indagaciones policiales (y en la medida en que el delito al que se refieren pueda no existir realmente, no aporta contenido de injusto suficiente a la conducta subsiguiente). En este sentido, su vinculación no es esencial y necesaria, sino accidental o contingente¹⁶. En tales supuestos, no parece que la eventual relación entre delitos sea de dependencia en el mismo sentido que en los restantes. Y por esto, no me parece oportuno prestar ahora atención a este último grupo (v) y sí a los otros dos: (iii) y (iv).

¹⁶ Cfr. los denominados por BALMACEDA QUIRÓS, 2014, pp. 325-330, como «tipos conexos-subsiguientes accidentales».

VIII

Baste estos ejemplos para poner de manifiesto que existen ya supuestos de cierta conexión o dependencia entre dos delitos cometidos por agentes diversos. Calificar estos supuestos como casos de accesoriedad puede parecer aventurado. Pero no lo sería tanto si atendemos a que en ellos ha de existir un delito previo de otro sujeto, y en todos ellos nos encontramos con el problema de si se precisa la realización de un hecho típicamente antijurídico o es precisa además la culpabilidad y punibilidad del responsable. Para estos casos me parece oportuno reservar la calificación de *otras accesoriedades*, en la medida en que este término indica dependencia, pero que no necesariamente ha de ser del mismo sentido y contenido que la participación. Sin embargo, no por ello la doctrina de la accesoriedad limitada resulta ajena a estos casos, pues podría servir como *telos* para exigir también en estos casos la existencia de un hecho típico antijurídico, sin necesidad en cambio de precisarse la culpabilidad del responsable del delito previo. Y ello porque el injusto del delito previo o principal da sentido al del subsiguiente o dependiente. En esos casos no existen preceptos como los contenidos en los artículos 300 y 453 para la receptación y el encubrimiento, pero podrían emplearse estos como puntos de apoyo para fundamentar la exigencia de hecho típico y antijurídico. Pienso que sería posible, junto con otros argumentos de diverso orden que abundarían en la misma dirección. Concretamente, la conexión con el injusto del delito principal o previo resulta apropiada porque, o bien opera según la idea de norma de resguardo de la sanción del primer delito, o bien opera como medio para evitar una intensificación. Personalmente me he ocupado más de argumentar la idea de norma de resguardo para los delitos de encubrimiento y receptación, pero reconozco que no opera así en todos los otros casos (lavado de capitales, por ejemplo). Por eso, me parece atendible la idea de intensificación o mantenimiento de la agresión al bien jurídico que se plantea en la doctrina. Puede ser de utilidad para casos como los previstos en sede de protección de la intimidad y la propia imagen (art. 197.3; 197.4. II; 197.7. II). Pero también en los de agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 182.2), en la medida en que el acto que se hace presenciar sea delito contra la libertad sexual (no contra otros bienes); también en el *child grooming* (art. 183.2) es elemento de esa modalidad de conducta el empleo de imágenes pornográficas con menores, lo cual es ya delito a otros efectos (art. 189), de manera que tiene algo de infracción medial vinculada por un contenido de injusto al menos próximo; asimismo, en otros supuestos, se castiga la conducta de explotar, sacar partido o lucrarse con objetos o conductas de carácter posiblemente delictivo, y en esta medida se

insistiría o mantendría la agresión al bien jurídico (arts. 187. II; 188.1; 189.1.a) y b); 189 bis). Con un fundamento u otro, parece defendible exigir que el delito que da origen (previo o principal) a la situación adhesiva sea al menos típicamente antijurídico.

IX

Por último, me permito señalar ahora algunas consecuencias de estas *otras accesoriedades*. En primer lugar, en cuanto al contenido de injusto: por la relativa comunidad de contenido, es oportuno tener en cuenta el del delito previo a efectos de valorar la tipicidad de la conducta adhesiva, lo cual puede llevarse a cabo al definir el riesgo típicamente relevante del nuevo delito. En segundo lugar, que la adhesión al injusto previo exige la imputación subjetiva al agente, sin que pueda aceptarse una especie de responsabilidad objetiva por la mera adhesión, carente de dolo. En relación con esto, en tercer lugar, que el contenido del delito previo o principal entra a formar parte del tipo del subsiguiente o adhesivo, de manera que el conocimiento del injusto propio de aquel sería elemento del tipo de este. En cuarto lugar, que al resolver los casos de concurrencia de la misma persona en el delito previo y también en el subsiguiente, habría que tener en cuenta la posible coincidencia parcial, a efectos de evitar el *bis in idem*: en casos de realización progresiva o intensificación de la misma agresión por el mismo agente, por ejemplo.

X

En todo caso, pienso que la idea que en su momento expresaba el profesor Peñaranda, sobre la función de límite de la idea de accesoriedad y que encabeza estas reflexiones («La accesoriedad en sentido estricto, de acuerdo con su origen y su inspiración liberal, es únicamente un factor de limitación de la responsabilidad.»), podría servir para esas *otras accesoriedades*, pues en tales casos se trata de fundamentar el injusto de la conducta de quien se adhiere, y en esa misma medida también de limitar su responsabilidad. En este sentido, sus investigaciones en materia de participación continúan siendo relevantes, lo cual pone de manifiesto la calidad del trabajo de quien aquí honramos.

BIBLIOGRAFÍA

- BALMACEDA QUIRÓS, Justo: *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*, Barcelona, 2014.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: «Artículos 451-454», en *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, (pp. 1187-1195).
- CIGÜELA SOLA, Javier: *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, 2015.
- CIGÜELA SOLA, Javier/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución*, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Barcelona, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*, InDret 1/2012, pp. 1-33.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: en *Derecho penal económico y de la empresa*, 2.ª ed., Madrid, 2024.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2016.
- *Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español*, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: *El significado de cláusula de compatibilidad e independencia (art. 31 ter CP) y sus consecuencias en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, 2020, pp. 421-429.
- GILI PASCUAL, Antoni: *El encubrimiento en el código penal de 1995. Análisis del favorecimiento personal*, Valencia, 1999.
- *Consideraciones sobre el concepto de accesoriedad en el encubrimiento*, Cuadernos de Política Criminal, 61, 1997, pp. 171-203.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2015.
- MIR PUIG, Santiago: *Los términos “delito” y “falta” en el Código penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1973, pp. 319-375.
- *Adiciones de Derecho español a Jescheck, H. H.*, Tratado de Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Barcelona, 1981.
- *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 3.ª ed., reimpr., Buenos Aires, 2023.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe: *El fundamento material de la pena en la participación*, Cuadernos de Política Criminal, 11, 1980, pp. 47-66.

— *Receptación sirviéndose de establecimientos abiertos al público. Artículo 546 bis b)*, en Comentarios a la Legislación Penal, XIV-2.º, Madrid, 1992, pp. 887-900.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón: *El delito de encubrimiento*, Barcelona, 2001.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo: *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, 1977.

14. PROBLEMAS DE LOS TÍTULOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA EMPRESA

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

I. DEDICATORIA: EL PLANTEAMIENTO DE PEÑARANDA

Nuestro homenajeado, Enrique Peñaranda, ha dedicado su interés al examen de las estructuras de responsabilidad en el ámbito de la empresa. En este contexto, ciertamente ha reconocido la relevancia de los actos de delegación. Sin embargo, también ha relativizado su alcance. En particular, ha insistido en que con la delegación no se extingue «el núcleo esencial del deber primario y originario» del delegante¹. Con ello rechaza que el deber primario del delegante se transforme, mediante la delegación, en un deber secundario en relación con el deber primario del delegado. A su entender, la actuación del delegado sigue ubicándose dentro del ámbito de organización del delegante, es decir, de «cualquiera que ocupe un nivel superior en la estructura empresarial»². La conclusión es que «en principio» dicho superior debe ser considerado autor y no simplemente cómplice del delito de que se trate³. De este modo, «lo realizado por el ejecutor inmediato se imputa también, simultáneamente, al ámbito de responsabilidad de su superior»⁴. Ello es especial-

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 421.

² PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 423; PEÑARANDA RAMOS, 2016, p. 275.

³ PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 422.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 424; PEÑARANDA RAMOS, 2016, p. 274.

mente claro en el caso de quienes se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía, los administradores, a quienes incumbe en última instancia el deber de «organizar la empresa de tal modo que su aparato interno de control se ajuste a la medida de cuidado necesario en el tráfico de la actividad de que se trate»⁵.

En testimonio de la mayor consideración por el colega y del sincero afecto por el amigo, voy a intentar, en lo que sigue, formular algunas matizaciones al planteamiento de Peñaranda. Ello, a sabiendas de que su conocida *bonhomía* sabrá interpretarlas como lo que son: propuestas para que prosiga la discusión en un ámbito en el que, desde luego, dista de haberse alcanzado consenso. Dada la limitación de páginas de esta contribución, mis consideraciones se limitarán a una formulación sumaria, de modo que carecerán del necesario desarrollo argumental.

II. DELEGACIÓN Y ENCARGO DE EJECUCIÓN

Por momentos, me parece entender que el planteamiento de Peñaranda se refiere, más que a una auténtica delegación de funciones, a una situación de encargo de la ejecución de una función. Como en su día pusiera de relieve Raquel Montaner⁶, mediante este segundo mecanismo el superior no delega una competencia, sino que la retiene, pero encarga la ejecución de una tarea a un subordinado. Así pues, las esferas de responsabilidad originarias se mantienen, de modo que el que encarga continúa siendo el competente y responsable principal del hipotético hecho delictivo. Por su parte, el encargado de la ejecución de una función es, en cierto modo, un ayudante del superior, del que recibe una encomienda concreta. Sin embargo, todo ello es distinto en el caso de una auténtica delegación. En esta, el delegado es el sujeto competente primario. En cambio, el superior es un garante secundario, cuya función tiene como objeto fundamental proporcionarle a aquél todo lo que necesita para el desempeño correcto de su competencia. Al margen de esto último se halla la función de vigilancia, sobre cuya existencia se da un consenso unánime tanto doctrinal como jurisprudencial.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2016, 280.

⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, pp. 100 ss.

III. DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN AL DIRECTOR GERENTE Y A LOS DIRECTIVOS SECTORIALES

El papel de los órganos de administración como gestores de la empresa ha ido lentamente desapareciendo. Su función ha pasado a ser, cada vez más, la de órganos de vigilancia. Así pues, quien dirige y gestiona la empresa es un directivo con diversas denominaciones: consejero delegado, director general, director gerente o CEO. Ciertamente aquí también rige el principio de que un deber fundamental del superior jerárquico –órgano de administración– es el que tiene por objeto la vigilancia de la actuación del subordinado –director general–. Sin embargo, este postulado teórico tiene que afrontar dificultades reales. De entrada, las derivadas del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. En efecto, los consejos de administración tienden a ser pasivos y deferentes con respecto al CEO. Pero esto no es arbitrario, sino que responde al dato cierto de que tienen menos conocimientos que este último en cuanto a la gestión empresarial. Por otro lado, tanto el órgano de administración como el propio director general tienen que afrontar el mismo problema frente a los directivos sectoriales, que son subordinados directos del gerente. En efecto, estos se hallan dotados de un elevado nivel de especialización técnica, que hace prácticamente imposible la vigilancia concreta de los aspectos técnicos de su gestión. En tales casos, el deber de vigilancia se transforma, en realidad, en un deber de dotación presupuestaria a fin de que los directivos, en la autogestión de los riesgos, puedan contar en su caso con especialistas externos. A continuación, una auténtica vigilancia técnica-operativa en la línea de negocio de la empresa sólo tiene lugar en la relación de cada directivo sectorial con sus subordinados, a través de la cadena de mando. Ciertamente también existe una vigilancia ético-jurídica. Sin embargo, esta no se lleva a cabo a través de la cadena de mando de la línea de negocio. Por el contrario, se ejerce por sujetos especializados en tal función, que se integran en la línea de *compliance*⁷. Estos también son delegados especialistas, cuya vigilancia por parte de un sujeto externo a dicha línea resulta prácticamente imposible.

IV. EL PROBLEMA DE LA IMPRUDENCIA

Conviene no olvidar que lo más frecuente no es la infracción dolosa de sus deberes por parte de los superiores jerárquicos, sino su infracción impru-

⁷ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, pp. 107 ss., 172 ss.

dente, que se relaciona a su vez con un delito doloso o imprudente cometido por el subordinado⁸. Pues bien, esto es relevante si se tienen en cuenta los efectos del sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia (art. 12 CP), que restringen especialmente el alcance de la responsabilidad por delitos de empresa. Además, tampoco puede asumirse, sin más, que la imprudencia del superior sea siempre grave, y no menos grave o leve, lo que daría lugar a la ausencia de responsabilidad de este. En realidad, una atención rigurosa al principio *ad impossibilia nemo tenetur* debería conducir a que, en un número no despreciable de situaciones, la apreciación de una imprudencia constituya una ficción.

V. UNA CONCRECIÓN: LA DISTINCIÓN ENTRE DEBERES DE GARANTÍA RELATIVOS AL CUIDADO ECONÓMICO-REGULATORIO Y LOS RELATIVOS AL CUIDADO ORGANIZATIVO-EMPRESARIAL

V.1 Planteamiento

Es relativamente común afirmar que la imprudencia es expresión de una confianza indebida –esto es, basada en un error vencible– en la no producción del resultado. Ello podría deberse a que el sujeto no se representa el riesgo o sobrevalora las propias posibilidades de evitación del resultado. Sin embargo, en el ámbito de la empresa cabe que la confianza indebida no tenga por objeto ni lo uno, ni lo otro.

En el contexto de la empresa cabe hablar, por un lado, de deberes de cuidado relativos al objeto de su actividad, que pueden ser englobados en el concepto de cuidado económico-regulatorio. La vulneración del cuidado económico-regulatorio, a su vez, puede manifestarse en la lesión de las normas del tráfico económico en general o, más en concreto, en la relativa a las normas que rigen el sector específico de la actividad económica en el que opera una empresa determinada. En ambos casos, cabe que se trate de una imprudencia técnica –fáctica, *culpa facti*– o jurídica –*culpa iuris*–. La primera puede deberse a un descuido en cuanto a la percepción de una realidad física, en cuanto a la existencia de la norma técnica aplicable o respecto a su contenido, o en fin a uno relativo a la subsunción del caso concreto en la norma técnica correspondiente. Por su parte, la segunda puede derivar asimismo de un descuido de

⁸ BÜLTE, 2015, p. 43.

percepción, de uno relativo a la existencia o contenido de la regulación jurídica aplicable o, en fin, de un descuido que tenga lugar en la subsunción del caso en la regulación.

Por otro lado, se dan los deberes de cuidado organizativo-empresariales, que se establecen en virtud de las normas de organización que rigen en el ámbito de estructuras humanas complejas. Su infracción se manifiesta en el descuido en cuanto a la regla o principio que rige una determinada interrelación, en cuanto a las características del caso concreto o, en fin, sobre la subsunción de este en aquellos criterios rectores.

Así pues, el descuido puede manifestarse en que el sujeto crea que la neutralización de un riesgo determinado no es de su incumbencia; o que ha adoptado las medidas adecuadas para neutralizarlo; o, en fin, crea que cumple las condiciones jurídicas de permisión del riesgo. Los errores «sobre la propia competencia» y «sobre la suficiencia de las medidas adoptadas» son muy característicos de la imprudencia organizativa. Por su parte, los errores relativos al «cumplimiento de las condiciones de permisión del riesgo», ya sea por desconocer tales condiciones o por creer que se cumplen, son característicos de la imprudencia económica.

V.2 El cuidado económico-regulatorio

El contenido del cuidado económico-regulatorio debe ser reconstruido con base en el estándar clásico de la diligencia del buen comerciante –del buen operador económico–. Esta se concreta (i) en reglas y estándares generales, aplicables a todas las empresas; y ii) en reglas y estándares sectoriales, allí donde exista una regulación sectorial. Son ejemplos de los estándares o reglas generales la diligencia exigida a cualquier operador en cuanto al cumplimiento de los deberes relativos a la seguridad de sus trabajadores; o la relativa a su responsabilidad patrimonial con respecto a los acreedores; o a no incurrir en conductas de blanqueo de activos. En cambio, son ejemplos de estándares o reglas sectoriales los relativos a la diligencia de los fabricantes de alimentos o medicamentos, en orden a no crear peligros para la salud pública; o a la de quienes operan en sectores con incidencia ambiental, en cuanto a no poner en peligro el medio ambiente.

En muchos casos, las reglas o estándares de diligencia –cuyo cumplimiento determina que el sujeto se mueva en un espacio de riesgo permitido– vienen establecidos por disposiciones administrativas. Por ejemplo, cuando se trata de la fabricación de productos. En cambio, en otros casos no es así. Así

sucede, por ejemplo, en lo relativo a la diligencia del deudor con respecto a sus acreedores. En este supuesto, el criterio de la diligencia del buen comerciante parece conducir a una accesoriedad con respecto al Derecho mercantil e incluso con respecto a los consensos de la práctica económica sectorial. Además, cualquier disposición legal o reglamentaria puede remitir, de modo explícito o implícito, a consensos formalizados o puramente fácticos existentes en el sector económico de que se trate⁹. Estos son, en efecto, los que determinan la adecuación social sectorial –los usos del tráfico–. En este contexto es en el que acaba teniendo trascendencia jurídico-penal, por ejemplo, la noción de «lo justificado en términos económicos o empresariales» en el ámbito de los delitos de insolvencia (art. 259.1, 2.ª CP).

Las disposiciones administrativas que establecen el cuidado deben mostrar la mayor concreción posible, en virtud de las exigencias del mandato de determinación. Sin embargo, no es fácil que ello tenga lugar en el marco del denominado «sistema multinivel de fuentes» que rige el Derecho económico europeo. En estos casos, la aplicación judicial del Derecho requiere llevar a cabo una compleja labor de (re-)construcción *ex post* de la norma de conducta a partir de disposiciones administrativas de diversas procedencias –europeas, estatales, autonómicas–, atendiendo además a los criterios materiales, competenciales y de jerarquía que rigen la relación entre ellas.

Pues bien, sentado esto, no es posible sostener que el órgano de administración –o el director general de la empresa– ha conocido o podido conocer *ex ante* las normas de conducta cuidadosa aplicables al caso. Por ello, la imprudencia económico-regulatoria tiene que construirse en términos distintos. En efecto, su base no puede ser un deber de conocer personalmente, que casi siempre fracasaría por vulnerar el principio *ad impossibilia...*, sino, más bien, un deber de contar con asesores. A estos últimos –técnicos y jurídicos– les incumbe informar acerca del marco de realización correcta de la actividad de la que se trate. En el caso de los asesores técnicos, sus funciones ciertamente pueden ser desempeñadas por los directivos sectoriales, cuya característica es precisamente la posesión de conocimiento técnico experto. Ahora bien, en una economía crecientemente regulada resulta especialmente relevante la figura del asesor jurídico, que posea el conocimiento necesario acerca de cuál es el marco legal de la realización correcta de la actividad de la que se trate. Aquel puede ser interno –el director de asuntos legales de la empresa– o externo –el bufete que le preste el correspondiente asesoramiento–. Sea como fuere, se

⁹ KUHLL, 2018, pp. 119 ss.

hace patente la total dependencia tanto del órgano de administración como del director general con respecto a los asesores legales.

V.3 El cuidado organizativo-empresarial ¹⁰

El estándar del cuidado organizativo-empresarial no es el del buen comerciante, sino más bien el del administrador diligente y leal. En este ámbito rigen normas de conducta derivadas, diferentes de la principal relativa al cuidado económico-regulatorio, cuyo contenido no se integra –salvo excepciones– con un conjunto de disposiciones administrativas. Como su propia denominación indica, se trata en primer lugar de deberes relativos a la organización de la empresa y, luego, de deberes de cumplir las funciones específicamente asignadas a cada integrante de la empresa en virtud de la estructura organizativa establecida. Es en este último contexto donde aparece el estándar del trabajador leal –en el nivel jerárquico que corresponda en cada caso–.

La diligencia organizativa se concreta en el establecimiento de las reglas de una correcta selección del respectivo subordinado delegado por parte del superior delegante, así como de las de formación e información de aquél y de dotación de los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Igualmente, deben fijarse los términos de los deberes de vigilancia y coordinación, que permanecen asociados a la figura del superior delegante. En fin, procede establecer las reglas que rijan el ejercicio de la función de cumplimiento normativo.

Quien cumple los deberes que le incumben en el marco del correspondiente esquema organizativo puede partir de que su actuación es correcta; expresado de otro modo, puede apelar al principio de confianza. Por eso, aquí sí, es importante la determinación de quién tiene la competencia de organización de la empresa. En efecto, una organización defectuosa que haga posible la comisión de delitos por parte de los subordinados sí podría dar lugar a una responsabilidad –normalmente a título de imprudencia– en calidad de autor, con independencia de cómo se construya la responsabilidad del sujeto que cometa el delito concreto. Sin embargo, tampoco aquí cabe concluir que es el órgano de administración o el director general quien organiza la empresa. Pese a lo que cabría observar en el plano teórico, lo que sucede en la práctica es que la suya es sólo una competencia de índole presupuestaria. Esto comprende –no deja de ser una cuestión económica– la inversión en la contratación de los me-

¹⁰ Un buen resumen de toda la casuística en DANNECKER, 2000, pp. 209 ss., 221.

jores profesionales para la organización general de la estructura y, luego, de aquellos que deben velar por que las distintas funciones sean correctamente cumplidas. Así las cosas, los órganos de administración y dirección pueden partir de la confianza en los especialistas que han procedido concretamente a la selección de personal, o en quienes llevan a cabo la formación e información de los trabajadores, o en quienes han establecido los procedimientos de vigilancia técnico-operativa y ético-jurídica.

VI. LOS FLUJOS DE INFORMACIÓN

En efecto, sobre el superior jerárquico delegante, en su calidad de garante secundario vigilante, sigue pesando el deber de adquirir conocimiento relativo a las situaciones de riesgo; y el deber de corregir las actuaciones defectuosas de los subordinados –delegados– o de instar a éstos o a otros terceros a su directa corrección. Sin embargo, todo esto es, de nuevo, más teórico que práctico. En realidad, el deber de corrección –o de instar a la corrección– solo puede cumplirse mediante la delegación total o parcial de la propia función de vigilancia en un tercero¹¹. Un tercero que, a su vez, no puede ser objeto de vigilancia, pues tal cosa conduciría a un *regressus ad infinitum*. La posición jurídica del delegado de vigilancia queda configurada de modo general por la concurrencia de dos deberes: por un lado, el deber de obtener conocimiento relativo a los riesgos; y, por otro, el deber de transmitir la información obtenida al delegante de vigilancia o, alternativamente, a la persona competente para la corrección de la situación defectuosa. Ciertamente, cabría afirmar que el órgano de administración es el responsable último de la función de vigilancia. Sin embargo, su competencia concreta acaba siendo, por un lado, la de hacer posible la circulación de la información mediante el establecimiento de un sistema de flujos ascendentes. Por otro lado, la de hacer posible la adopción, por parte de quien sea competente para ello, de medidas de corrección consistentes con la información recibida. Esto último requiere, a su vez, la disposición de un sistema de flujos de información descendentes. Ahora bien, los flujos de información los establece, a su vez, el especialista en la organización de la empresa, con respecto al cual el director general solo tiene la misión de una correcta selección, a partir de la correcta asignación presupuestaria por parte del órgano de administración.

¹¹ DE VITA, 2021, pp. 1501 ss.

VII. LA DEPENDENCIA DEL SUPERIOR JERÁRQUICO CON RESPECTO AL INFERIOR

La posesión de la información técnica, así como del conocimiento directo de la realidad a la que aplicar el conocimiento experto, sitúa al subordinado, de modo no infrecuente, en una posición de dominio sobre el superior. Esto vale en lo que respecta al órgano de administración, pero también para aquellos casos en los que el superior es asimismo un especialista¹². Tal dominio se puede traducir en dos formas de autoría mediata por instrumentalización del superior: (i) activa, por transmitir una información defectuosa o por adoptar una posición de silencio concluyente que inducen a error; y (ii) omisiva, por no transmitir una determinada información técnicamente procesada, para que el superior tome la decisión pertinente.

Así pues, el órgano de administración se encuentra en una posición de especial dependencia, tanto con respecto a los directivos sectoriales de la línea de negocio como con respecto a los que se integran en la línea de *compliance* –al igual que con respecto a otros directivos–. Por eso, puede afirmarse que el *compliance officer* –tanto si no transmite la información que posee como si transmite una información defectuosa– ostenta una posición de dominio que podría convertirle en autor mediato por comisión activa o comisión por omisión en relación con los delitos comunes resultativos. La cuestión es distinta en los delitos comunes de medios determinados, en los que cabe que no pueda afirmarse que el subordinado realiza el tipo, o en los delitos especiales, con respecto a los que el *compliance officer*, en principio, no podría ser integrado de ninguna de las categorías del artículo 31 CP español. En los casos en los que el subordinado no pueda realizar el tipo de autoría, cabe la posibilidad de imputarle una participación punible, aunque cuando el superior jerárquico haya realizado el tipo sin dolo ni imprudencia.

VIII. LA DISCUTIBLE AUTORÍA DEL SUPERIOR JERÁRQUICO Y, EN PARTICULAR, DE LOS INTEGRANTES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN O DEL DIRECTOR GERENTE

Desde una perspectiva organizativa es razonable efectuar una distinción. Si el vigilante ha retenido la competencia jurídica de control directo del riesgo que ha de conducir al resultado, así como de su neutralización, entonces su

¹² SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 224.

omisión de vigilancia y, en su caso, de corrección directa o mediata (mediante órdenes) de la situación de riesgo detectada (evitando así de modo directo o mediato el resultado) puede dar lugar a una autoría en comisión por omisión. Si, por el contrario, el vigilante no ha retenido la referida competencia jurídica, entonces lo más razonable es caracterizar su infracción como participación por omisión¹³. En tal caso, en efecto, la vigilancia está orientada a instar al vigilado o a un tercero a que neutralicen directamente el riesgo dentro de su propia esfera de competencia, o a privar al vigilado de la aportación peligrosa. Por ello, supone la liberación de una fuente secundaria de riesgo. La conducta del delegante que eventualmente infringe su deber de supervisión, y consiguientemente no insta al delegado a realizar la conducta correcta, no equivale, según el sentido del texto de la ley, a la comisión activa en calidad de autor¹⁴.

IX. AL FINAL

Las consideraciones que se han esbozado simplemente pretenden contribuir a la discusión sobre la cuestión de si los integrantes del órgano de administración deben responder a título de autor. A mi juicio, existen razones para sostener que dicha responsabilidad no puede ser la regla, sino más bien la excepción. En efecto, a los administradores les incumbe básicamente una correcta asignación presupuestaria que haga posible el cumplimiento de las diversas funciones. Pero incluso en esto depende del correcto asesoramiento de subordinados de diversa naturaleza. Por lo demás, se han mostrado otras situaciones de total o parcial dependencia con respecto a los diversos especialistas que operan en los distintos sectores de la empresa, en todos los niveles. Con estas breves páginas he tratado sobre todo de contribuir al homenaje de nuestro colega y amigo, Enrique Peñaranda, a quien deseo una larga y fructífera actividad universitaria en los próximos –muchos– años.

BIBLIOGRAFÍA

BÜLTE, Jens: *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, 2015.

DANNECKER, Gerhard: *Fahrlässigkeit in formalen Organisationen*, en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 209 ss.

¹³ MOSENHEUER, 2009, pp. 195 ss.

¹⁴ RENZIKOWSKI, 1997, pp. 145 ss.; HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, 2006, pp. 620 ss.

- DE VITA, Alberto: *Condizioni e limiti di operatività della delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa. La cessione a terzi del "debito di sicurezza" e la trasmutazione del datore di lavoro da debitore a garante del debito*, en Studi in Onore di Antonio Fiorella, II, 2021, pp. 1501 ss.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: *Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff – Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 118, 2006, pp. 620 ss.
- KUHLI, Milan: *Vorsatz und Rechtsverweisung. Zur Bedeutung der Normentheorie bei Blankettelementen und rechtsverweisenden normativen Merkmalen*, en Normentheorie und Strafrecht, 2018, pp. 119 ss.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: *Gestión empresarial y atribución de la responsabilidad penal*, 2008.
- MOSENHEUER, Andreas: *Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 2009,
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)*, en Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid, 2006, pp. 411 ss.
- *Autoría y participación en la empresa*, en Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Madrid, 2008, pp. 168-186.
- *Autoría y participación en la empresa*, en Criminalidad de empresa y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases, Madrid, 2016, pp. 235-280.
- RENNIKOWSKI, Joachim: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*, 2.^a, 2016.

15. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA DIFERENCIACIÓN ENTRE COAUTORÍA, GRUPO CRIMINAL Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

Desde que se introdujeron los tipos penales de organización criminal (art. 570 bis CP) y grupo criminal (art. 570 ter CP) en la reforma de 2010, se plantearon una serie de problemas de aplicabilidad respecto de figuras preexistentes como el delito de asociación ilícita del artículo 515.1 CP y construcciones dogmáticas como la coautoría y la conspiración para delinquir. Además, dicha reforma introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis CP que, aunque no coincide propiamente con los tipos mencionados, puede también plantear problemas de aplicación cuando se trata del uso de sociedades instrumentales¹.

De todas estas cuestiones me centraré en las consideraciones jurídicas para distinguir –en lo posible– la coautoría, el grupo criminal y la organización criminal, homenajando al Profesor Peñaranda Ramos que se ha ocupado destacadamente de la participación en el delito y del principio de accesoriedad.

Para situar la problemática, debemos ser conscientes que hay dos ámbitos jurídicos muy distintos: uno, el de la individualización de la responsabilidad,

¹ *Vid. más ampliamente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2025.*

es decir, de la determinación de la responsabilidad personal por la conducta de la persona que ejecuta un delito determinado (coautoría) y, otro, el de la organización criminal y el grupo criminal que es un castigo por formar parte de una estructura criminal estable que se dedica a la comisión de delitos (normalmente indeterminados). Siendo ambos ámbitos formas concertadas de cometer delitos, se estima que en el segundo caso estamos ante un *aliud*, un *plus* respecto a la delincuencia común, con una escala mayor de gravedad por constituir una estructura estable (medios materiales y personales) preparados para delinquir, propio de la conocida criminológicamente como delincuencia organizada o criminalidad organizada.

Dicho de esta manera, parecería no haber fricciones en la aplicación de los casos pues se podrían atribuir fácilmente a ámbitos distintos, pero lo cierto es que en la práctica judicial encontramos una *vis expansiva* de la aplicación de los delitos de organización criminal/grupo criminal cuando se presentan tres personas en jurisdicciones punitivistas, o un déficit de aplicabilidad de los tipos de organización criminal en jurisdicciones más garantistas, en favor de la codelincuencia. Los dos extremos resultan perjudiciales para la prevención de la criminalidad organizada, una por exceso y otra por defecto.

Es preciso realizar una pequeña aproximación histórica para entender esta doble vía de respuestas del sistema penal que, sucesivamente, se ha ido superponiendo al compás de las reformas penales.

La primera respuesta de sanción grupal corresponde a los delitos de asociación ilícita (art. 515 CP), cuyos antecedentes se remontan al Código Penal napoleónico de 1810 cuando se introduce el delito de asociación de malhechores. En códigos penales liberales, de tinte individualista, las asociaciones contrarias al Estado siempre tuvieron un halo de sospecha, motivo por el cual en España el delito de asociación ilícita en épocas franquistas fue utilizado principalmente para reprimir a la oposición ².

En los años noventa del siglo pasado, con el auge de la delincuencia organizada, es decir, con la proliferación de los tráfico ilícitos, especialmente el tráfico de drogas, los países se ven en la necesidad de dar respuestas más contundentes ante la amenaza a los Estados de este flagelo. En España la LO 5/1999 de 13 de enero reforma la LECrim para regular las técnicas especiales de investigación en procesos de delitos propios de la delincuencia organizada. Nótese que es una ley procesal la que introduce por primera vez en la legislación el constructo *delincuencia organizada*.

² GARCÍA PABLOS, 1977, pp. 36 ss.

En el año 2000 se firma la Convención contra la Criminalidad Organizada Transnacional en Palermo, un acuerdo mundial para hacer frente al creciente desafío de la delincuencia organizada para los Estados democráticos. Son elocuentes las palabras del prefacio de la Convención firmada por Kofi Annan: «Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas».

En esta Convención los Estados acuerdan trasponer cuatro delitos propios del crimen organizado: participación en organización criminal, blanqueo de dinero, corrupción de funcionarios y obstrucción a la justicia. Ellos representan un mínimo común denominador para facilitar la extradición y la cooperación internacional. Esta Convención fue ratificada por España el 29 de septiembre de 2003. Asimismo, la Convención establece en el artículo 3.2 qué se entiende por *delito de carácter transnacional* si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

En suma, la Convención de Palermo da un paso fundamental en el reconocimiento internacional de una forma de criminalidad mucho más grave que la convencional (delitos graves), en muchos casos de carácter transnacional, instituyendo definiciones comunes, instrumentos de investigación especiales y formas de cooperación internacional, para lograr una mayor eficacia en la persecución penal.

Los diversos países fueron poco a poco introduciendo los tipos de pertenencia a organización criminal en las legislaciones nacionales, muchos en leyes especiales contra el crimen organizado y, en otros casos, como el caso español, en el código penal. La reforma de la LO 5/2010 introduce los tipos penales de organización criminal (art. 570 bis CP) y grupo criminal (art. 570 ter CP) a la legislación sustantiva penal, que corresponden a las dos modalidades de «grupo delictivo organizado» (concepto fuerte) y «grupo estructurado» (concepto débil) del artículo 2 de la Convención, respectivamente³.

³ No voy a entrar en la discusión sobre la sistemática de estos tipos penales que corresponde con el bien jurídico, porque como he fundamentado en otros trabajos, considero que esta no es una cuestión de

A este panorama legislativo, hay que agregar que en el código penal ya existían agravantes específicas por pertenencia a organización delictiva para algunos delitos propios del crimen organizado como el tráfico de drogas (art. 369 bis CP), por lo cual la jurisprudencia ya venía estableciendo criterios para su identificación antes de 2010, diferenciándole de la mera coautoría o codeinfluencia. Así la STS 1489/2003 de 6 de noviembre, al definir la agravante específica de pertenencia a organización, refiere que se caracteriza por las siguientes notas: «a) por la concurrencia de dos ó más personas; b) por el acuerdo entre ellas de promover la difusión de drogas a gran escala; c) por la coordinación entre dichas personas y la programación entre ellas de un proyecto o plan para desarrollar la idea criminal cuya meta final estribará en la comercialización de los estupefacientes. Será necesaria la asignación de distintas tareas, funciones y papeles a los partícipes agrupados, sin que se considere preciso el establecimiento de reglas o estatutos; d) por la fijación de una cierta estructura jerárquica que determine la existencia de unos jefes, administradores o encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación vigente; e) por la concurrencia de una cierta duración, continuidad y permanencia en el tiempo».

Además, debe señalarse los problemas concursales que esta agravante presenta respecto de los tipos penales de organización criminal (art. 570 bis CP) y grupo criminal (art. 570 ter CP), así como la posible concurrencia de otras agravantes: el tipo agravado del artículo 570 bis 2 y el hiperagravado del 570 bis 3 y las agravantes del artículo 369 CP. Por lo cual, se requiere toda una reestructuración de estos tipos penales para dar coherencia y seguridad jurídica a las respuestas contra el crimen organizado.

II. DIFICULTADES CONCEPTUALES

Debemos partir de que no existe un concepto *jurídico* de criminalidad organizada, crimen organizado o delincuencia organizada, al igual que no lo existe sobre corrupción o terrorismo. Se trata de fenómenos criminales complejos que encajan difícilmente en tipos penales guiados por la taxatividad de las conductas, las distinciones en cuanto a lesividad y proporcionalidad de los disímiles comportamientos que discurren en esos mundos criminales. El trasvase de estos fenómenos criminológicos reconocidos por las ciencias sociales

Parte Especial, sino de Parte General, dado que se trata de un injusto de organización. *Vid.* más ampliamente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, pp. 249 ss.

a legislaciones penales adquiere notables dificultades. Más aún cuando nuestro sistema jurídico-penal está sustentado en la determinación de la responsabilidad personal, individualizando los comportamientos.

¿Cuándo estos comportamientos criminales grupales adquieren ese *plus* de peligrosidad para considerarlos propios de la criminalidad organizada? La respuesta no es fácil porque concurren múltiples personas en el proceso criminal con distinto grado de aportaciones, incluso, en muchos casos asistidos por personas de fuera de la organización criminal.

La propia exposición de motivos de la LO 5/2010 que introduce los tipos penales de organización y grupo criminales señala el carácter obsoleto del delito de asociación ilícita del artículo 515 CP frente a las modernas formas de criminalidad, estableciendo que no son meras asociaciones «sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva», es decir, estructuras creadas para delinquir. El *plus* o *aliud* está, pues, en su capacidad para realizar delitos de manera sistemática, estructurada, cuya existencia trasciende las meras personas individuales.

Elocuente es la STS 289/2014 de 8 abril: «La Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible explicar el *desvalor autónomo*, en este caso, del grupo criminal. *Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión*. Se trata de hacer frente al *reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada* de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede *convertir el delito en una verdadera fuente de recursos*, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia»⁴.

Estamos, por consiguiente, ante estructuras profesionales del delito, personas que hacen del delito su *modus vivendi*, que encajan mal en las categorías clásicas de culpabilidad si la entendemos como un «reproche por actuar de otro modo» del delincuente ocasional. La sentencia subraya el desvalor autónomo de estas agrupaciones respecto a los delitos cometidos, porque se castiga el formar parte de una organización criminal, independientemente de los delitos. Además, estas estructuras estables para delinquir suponen «un reforzado peligro» para los bienes jurídicos, que acentúan su capacidad criminógena por una serie de factores: a) las sinergias que se crean entre los miembros que contribuyen a una mayor eficacia en el resultado; b) las for-

⁴ El subrayado es propio.

mas de control entre sus miembros para tener cohesión; c) reglas de silencio entre ellos; d) los comportamientos individuales se esconden tras el grupo; e) crean sinergias con otros grupos criminales.

Ahora bien, lo complicado es que hay miles de formas de organizaciones y grupos criminales y distintas maneras de participar en ellos. Lamentablemente, el mundo criminal es poliédrico, con mil caras, tiene gran capacidad de adaptación a las fisuras que le dejan las reglas estatales y, hoy en día, muchas veces discurre camuflado en el mundo lícito. La separación entre lo que clásicamente se ha entendido como crimen organizado de los tráfico ilícitos y la criminalidad económica empresarial no siempre es nítida, porque el crimen organizado muchas veces discurre en negocios lícitos⁵ y la criminalidad empresarial también realiza conductas «intrínsecamente delictivas»⁶ (utilizando las palabras de la exposición de motivos de la LO 5/2010).

Los últimos informes de EUROPOL dan cuenta de esta *hibridación* de los fenómenos delictivos, sin contar con lo que discurre en el ciberespacio que escapa de este análisis. El informe SOCTA (*Several Organised Crime Threat Assessment*) 2017 señala como los conductores de la delincuencia grave y organizada, además del uso de la tecnología y el aprovechamiento de las condiciones geopolíticas, el uso de negocios lícitos. Y, el más reciente informe sobre delitos financieros (*The other side of the coin*) de 2023, advierte que «la corrupción y el blanqueo de dinero son puentes entre el mundo lícito y el ilícito que amenazan con erosionar la confianza en las autoridades, en el Estado de Derecho y en el funcionamiento general de la propia sociedad».

⁵ Hoy en día gran cantidad del tráfico de drogas se realiza camuflado en el comercio internacional. En enero de 2025 se desarticuló una red que introducía contenedores con drogas en el puerto de Barcelona. La investigación empezó el 4 de enero de 2022, cuando se alertó de un contenedor sospechoso procedente de Panamá y en su interior viajaba un rotor de un generador eléctrico, al que los investigadores siguieron la pista hasta una empresa de Lleida. Después de desmontarlo, en su interior hallaron escondidos 620 kilos de cocaína. La primera parte de la investigación les condujo a una segunda aprehensión, en junio, en el aeropuerto de Barajas, también procedente de Panamá, de 200 cajas de piñas huecas, que escondían 62 kilos de cocaína. <https://elpais.com/espana/catalunya/2025-01-24/cae-una-red-que-movio-miles-de-kilos-de-cocaina-a-traves-del-puerto-de-barcelona-y-que-el-lider-dirigia-desde-prision.html>

⁶ La Audiencia Nacional ha impuesto condenas de casi 14 años de cárcel en total a siete empresarios, entre ellos Juan Pedro y José Fuentes, vinculados al Grupo Ricardo Fuentes, al considerar acreditado que utilizaron de forma deliberada complejas estructuras societarias como herramienta para cometer delitos relacionados con el comercio ilícito de atún rojo y contra la salud pública. El fallo declara probado que los acusados no actuaron de manera aislada, sino que se apoyaron en entramados empresariales organizados, con múltiples sociedades interpuestas, para manipular documentación, sortear los controles administrativos y sanitarios y facilitar la entrada en el mercado de producto fuera de la legalidad. <https://www.democrata.es/agricultura-alimentacion/la-audiencia-nacional-condena-a-empresarios-incluidos-del-grupo-ricardo-fuentes-por-practicas-ilegales-con-atun-rojo/>

En todo este panorama criminológico no es de extrañar las dificultades para encuadrar conductas protagonizadas por la criminalidad organizada y la corrupción en los tipos penales.

III. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En la jurisprudencia española encontramos la aplicación de los tipos penales de organización criminal y grupo criminal tanto a casos de criminalidad organizada como corrupción (pública y privada)⁷, por tanto, se ha aplicado también a entramados que no son «intrínsecamente criminal» o, al menos, no lo parecen. Ahora bien, la gran mayoría de casos se refieren al tráfico ilícito de drogas, no sólo por la relevancia de estos delitos dada nuestra situación geográfica al constituir una puerta de entrada hacia Europa, sino también porque la agravante de pertenencia a organización criminal para el tráfico de drogas está contemplada desde la LO 1/1988, por lo que ya hay toda una doctrina jurisprudencial al respecto.

Hoy en día una gran mayoría de delitos se cometen por una pluralidad de personas, por lo que la determinación de cuándo se califica como organización / grupo criminal o coautoría tendrá consecuencias importantes de penalidad e, incluso, en algunos casos de aplicación de medidas procesales⁸ y penitenciarias⁹ especiales. No estamos propiamente ante un subsistema penal para el tratamiento de las organizaciones criminales como el que existe en Italia, pero sin duda la imputación por delitos de los artículos 570 bis o 570 ter CP conlleva consecuencias jurídicas más gravosas que las correspondientes a la criminalidad común. Sin contar con el reproche social que conlleva formar parte de una organización criminal.

Dada la complejidad que ha adquirido la criminalidad en nuestros días, lo cierto es que la mayoría de delitos económicos cometidos son perpetrados por un conjunto de personas que se benefician de las actividades ilícitas consiguien-

⁷ Por razones de espacio no me ocuparé de cuándo se ha calificado grupo criminal o asociación ilícita en delitos vinculados a la corrupción. En el caso Gürtel la STS 3191/2020 de 14 de octubre calificó a la trama corrupta como asociación ilícita; mientras que en el caso del atún rojo (nota 6) se ha calificado de grupo criminal.

⁸ El artículo 282 bis LECrim regula el agente encubierto para «actividades propias de la delincuencia organizada...».

⁹ El artículo 102.5 del Reglamento Penitenciario establece como uno de los factores de concurrencia para la clasificación en primer grado: f) Pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas.

do pingües ganancias, pero no por ello han de calificarse organización criminal o grupo criminal, ni ha desaparecido la coautoría de nuestro sistema penal.

Para ordenar el análisis, vamos a establecer la distinción desde las formas de delincuencia menos graves a las más graves, por tanto, desde la coautoría, al grupo criminal y organización criminal, en la línea de la SAN 5522/2013 de 20 de diciembre que establece que «el grupo criminal es una figura que ocupa el espacio existente entre la organización criminal y la codelinquencia». Es decir, el grupo criminal se constituiría en una categoría intermedia entre la codelinquencia y la organización criminal.

III.1 Diferencias entre coautoría y grupo criminal

La distinción entre la codelinquencia y las organizaciones criminales tiene una larga data jurisprudencial dado que, en los delitos de tráfico de drogas, como se ha dicho, desde 1988 ha existido la agravante específica de pertenencia a organización criminal (art. 369 bis CP). Ahora bien, esta agravante específica no solo se postula para el tráfico de drogas, sino también para otras figuras como la trata de personas, delitos que constituyen un *proceso*, por lo que por su propia naturaleza confluyen una serie de personas. Sin embargo, resultan muy minoritarias las sentencias que aplican la agravante de pertenencia a organización criminal del artículo 177 bis 6 CP, lo cual concuerda con lo señalado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, que señala: «la agravación por organización criminal del párrafo 6.º del art 177 bis del CP y el empleo de medidas de investigación tecnológica, en esta actividad criminal no siempre es fácil acreditar la jerarquía o distribución de funciones entre los investigados, unidos con frecuencia por relaciones de parentesco (clanes familiares), y encontrándose muchas veces los cabecillas de la organización o grupo fuera de nuestro país, por lo que los oficios policiales solicitando las medidas han de poner un especial énfasis en la descripción del *modus operandi* de estas redes delincuenciales, siendo frecuente que los órganos de enjuiciamiento aprecien finalmente codelinquencia en lugar de grupo u organización»¹⁰.

En suma, por problemas probatorios, dado que la trata de personas suele discurrir en relaciones parentales, amicales, amorosas (con engaños) y/o con redes que están afincadas fuera de España, las condenas suelen ser por codelinquencia. En ocasiones hay un único acusado, pero los hechos muestran la

¹⁰ Fiscalía General del Estado, 2024, p. 629.

conurrencia de otras personas que no son procesadas por encontrarse en otros países, como se advierte en la STS 214/2017 de 29 de marzo. En otras ocasiones se procesa a varios autores que están coordinados entre sí, pero no se imputa a la organización o grupo criminal, como en la STS 224/2022 de 9 de marzo: seis imputados unidos entre sí por lazos familiares y de amistad que se dedicaban a la inmigración clandestina y a la trata de personas por abuso de situación de necesidad, a las que se les coaccionaba para ejercer la prostitución y quedarse con el 50% de sus ganancias.

Ha de reconocerse que, con carácter general, es difícil probar los dos extremos que se requieren para calificar de organización criminal o grupo criminal: primero, la existencia de la organización criminal o grupo criminal (con todos sus elementos objetivos y subjetivos) y, en segundo lugar, la pertenencia de la persona a las mismas. Por tanto, en muchos casos dificultades probatorias impiden la calificación de grupo criminal u organización criminal y se califica codelincuencia.

La jurisprudencia consolidada sobre la diferencia entre codelincuencia y grupo criminal señala, según la más reciente STS 3310/2024 de 6 de junio: «La STS. 309/2013 nos dice que la codelincuencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales [...] Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito». En la misma STS se advierte que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: *un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito*. Tanto la organización criminal como el grupo criminal están predeterminados a la comisión de una *pluralidad de hechos delictivos*. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización criminal.

En suma, la codelincuencia se daría en los casos de dos personas que se reparten la comisión de un delito específico. Pero lo cierto es que esta interpretación tan restrictiva daría lugar a que en la práctica sean muy escasos los supuestos para calificar coautoría. Ello conduciría a la práctica desaparición de

la coautoría, como sucede en varios países de América Latina con jurisdicciones punitivistas como Perú o Colombia, donde son preferidos los delitos de organización criminal porque de esa manera los aparatos de persecución del Estado tienen plazos más largos en el proceso y cuentan con medidas excepcionales de investigación.

La diferencia la debemos encontrar en ese *plus* de peligrosidad que supone la existencia de una estructura con cierta estabilidad que no la tienen quienes se conciertan para realizar determinados delitos. Es decir, el número de personas no es determinante, sí lo es la mínima estabilidad o permanencia del concierto que posee el grupo criminal con vocación de cometer una serie de delitos. Como bien señala la STS 1622/2014 de 7 de mayo: «la coautoría [...] tendría siempre algo de “artesanal”, que hace también más directa la relación personal entre los implicados y de estos con el objeto del delito».

El carácter de bagatela de algunos delitos, por su poca gravedad también se han considerado coautoría y no grupo criminal. Así el AAP Barcelona 2566/2012 de 10 de abril, en el caso de los Trileros, consideró que las apuestas al trile no tenían entidad suficiente para afectar al orden público, por tanto, no se puede aplicar los conceptos de organización criminal, grupo criminal, ni asociación ilícita a delitos de bagatela.

En consecuencia, en la coautoría no encontramos ese *plus* de peligrosidad porque no hay un grupo estructurado con cierta estabilidad para la comisión indeterminada de delitos, como sí ocurre en el grupo criminal.

III.2 Diferencias entre grupo criminal y organización criminal

Partiendo de que las categorías de grupo criminal y organización criminal están diseñadas para estructuras con vocación de permanencia y, por ello, adquieren una mayor capacidad lesiva a los bienes jurídicos, muy propio de la criminalidad organizada, la distinción entre ambas puede plantear problemas.

De acuerdo a lo planteado en el epígrafe anterior, el grupo criminal debe tener una mínima estabilidad o permanencia para distinguirlo de la coautoría. Importante es establecer qué se entiende por permanencia.

Considero que el elemento *permanencia* no puede interpretarse únicamente como un criterio temporal, sino sobre todo como un requisito material de *estabilidad*, de existencia como grupo (principio de autoconservación), más allá de la singularidad de sus miembros. No estamos ante una suma aritmética de personas, sino ante una *estructura organizada* preparada para cometer varios delitos y, para que ella exista, es necesario un objetivo común, que no es

otro que el *programa criminal*. Coincido con Márquez Cisneros que «la naturaleza de los delitos previstos en el plan criminal (materializados o no) constituye un valioso indicador para acreditar la vocación de permanencia de la organización»¹¹. La existencia de un plan criminal o un *pactum sceleris* es fundamental para establecer la consideración de una estructura organizada con vocación de permanencia.

La STS 3310/2024 advierte con razón: «debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art 369 1 2.º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1.º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. 2.º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal».

Nuevamente acudiendo a la Convención de Palermo, se puede afirmar que esta Convención ideó un concepto fuerte («grupo delictivo organizado») que corresponde a nuestro tipo de organización criminal (art. 570 bis CP) y un concepto débil («grupo estructurado») correspondiente a nuestro tipo penal de grupo criminal (art. 570 ter CP). Ambos corresponden a ese *plus* de peligrosidad de una criminalidad profesional, estructurada, con medios materiales y personales con vocación de cometer una serie de delitos indeterminados a lo largo del tiempo. Ahora bien, según la configuración de los mismos, el tipo de organización criminal está cargado de elementos objetivos y subjetivos, mientras que el tipo de grupo criminal está configurado de manera residual que es evidente en la tipificación del artículo 570 ter CP: «sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal». ¿Qué características pueden faltar y cuáles no? Sin duda, cierta permanencia es necesaria para distinguir de la coautoría, como se ha dicho con anterioridad. Tampoco el carácter concertado, la existencia de una estructura aunque de menor nivel.

Ahora bien, esta configuración del grupo criminal de manera residual, «si no se reúne alguna o algunas de las características de la organización criminal», convierte a esta figura en subsidiaria, dando también a los operadores jurídicos una opción para evitar la impunidad de grupos menores que también

¹¹ MÁRQUEZ CISNEROS, 2023, p. 149. No puede identificarse el «plan criminal» del «acuerdo previo» de la coautoría, pues mientras en el primero estamos ante una planificación de una serie de delitos con el consiguiente reparto de tareas, en el segundo caso estamos ante una ejecución conjunta de un delito. Crítico con el concepto de acuerdo previo, PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 87 ss.

realizan diversos tráficos ilícitos, pero no son grupos de la complejidad de la organización criminal. De ahí que la jurisprudencia haya aplicado el grupo criminal a supuestos de delincuencia menos grave, porque se trata de grupos familiares y/o tráfico al menudeo. Así la STS 3006/2022 de 13 de julio califica como grupo criminal y no organización criminal los actos de tráfico de drogas consistentes en una actuación grupal concertada para vender a múltiples compradores papelines de cocaína.

En la práctica judicial, el elemento diferenciador para determinar el encuadre en organización criminal o grupo criminal es la categoría de *complejidad estructural*¹². Dado que la organización criminal es un grupo estructurado con mayor capacidad lesiva que el grupo criminal porque su estructura ha adquirido una mayor complejidad, lo relevante será establecer qué se entiende por complejidad estructural.

La STS 3087/2014 de 12 de julio, establece que la diferencia entre grupo criminal y organización criminal «se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que les facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. (STS 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente (STS 950/2013)».

La jurisprudencia tiene en cuenta una serie de factores para calificar de organización criminal además de la permanencia, esto es, para determinar la existencia de una estructura compleja: carácter jerárquico, ámbito territorial amplio, dedicarse a delitos graves, utilización de medios sofisticados, cantidad de los intervinientes que debe ser idóneo para la realización del plan criminal, fundamentalmente. Ninguno de estos elementos es determinante por sí solo, sino en coordinación a un plan criminal y medios materiales y personales idóneos para desplegar una mayor capacidad lesiva.

En cambio, según la STS 1162/2024 de 23 de febrero, que condena a la banda latina de los «Ñeta» como organización criminal, considera que «no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un

¹² Vid. más ampliamente RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, 2025, pp. 397 ss.

amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales». Estos no son requisitos fundamentales para la existencia de una organización criminal. Ahora bien, lo cierto es que las organizaciones internacionales, por su capacidad para moverse en amplios espacios geográficos, trasladar gran cantidad de droga y la necesidad de utilizar medios sofisticados, así como contar con una logística importante, necesariamente han de ser organizaciones con estructuras complejas, por tanto, merecedoras de la calificación de organización criminal. Así la STS 4777/2013 de 8 de octubre considera la existencia de una organización compleja la que en varias oportunidades transportaba grandes cantidades de cocaína, con medios sofisticados, como distintos buques, algunos de recreo, permisos falsos, etc. También la STS 4490/2013 de 22 de julio, destaca que la transnacionalización de las actividades de la organización se observa con los medios de prueba de estar ante «una organización estable, continuada y permanente», que utilizaba buques para transportar grandes cantidades de cocaína, además se declara probado el papel que cada uno de los miembros tenía en la organización.

IV. CONCLUSIONES

1. Hay dos ámbitos criminológicamente diferenciados, el de la individualización de responsabilidades (coautoría) y el de delitos plurisubjetivos (organización criminal o grupo criminal), aunque en la práctica pueden plantear problemas de delimitación.

2. De menor a mayor gravedad de las formas de delincuencia puede plantearse la secuencia de figuras como coautoría, grupo criminal y organización criminal. En ese sentido, el grupo criminal se erige como una categoría intermedia entre la coautoría y la organización criminal, en la cual ha de exigirse un mínimo de estabilidad o permanencia.

3. Cualquier concepto extensivo de estas tres categorías podría dejar sin contenido a la más próxima, ya sea en jurisdicciones punitivistas hacia la preeminencia de la calificación de organización criminal, o en jurisdicciones garantistas dejando sin efecto la calificación de organización criminal o grupo criminal en favor de la codelincuencia. Tanto un extremo como el otro tendría efectos perversos en la prevención de la criminalidad organizada.

4. Las dificultades probatorias condicionan en la práctica la calificación de estas tres posibilidades, pues el carácter residual del grupo criminal o de la coautoría se plantea cuando no se consiguen probar todos los elementos del concepto fuerte de organización criminal.

5. El concepto de *complejidad estructural*, se erige como fundamental para distinguir el grupo criminal de la organización criminal, para lo cual ha de atenderse a varios factores: carácter jerárquico, ámbito territorial amplio, dedicarse a delitos graves, utilización de medios sofisticados, cantidad de los intervinientes que debe ser idóneo para la realización del plan criminal, fundamentalmente. Todos ellos han de valorarse sincrónicamente.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA PABLOS, Antonio: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Madrid, 1977.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2024* (Ejercicio 2023), Madrid, 2024. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS24.pdf
- MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando: *La pertenencia a organización criminal. Análisis de su compatibilidad con el principio de lesividad*, Buenos Aires, 2023.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Buenos Aires, 2015.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Alicia: *Delimitación del bien jurídico bajo las controversias penales de los delitos de organización y grupo criminal*, en *Nuevos retos para el Derecho Penal Económico*, Madrid, 2025, pp. 387-409.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Criminalidad organizada y sistema del Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto de organización*, Granada, 2009.
- *A vueltas con el tratamiento jurídico-penal de las sociedades instrumentales*, en *LH al Prof. Carlos Martínez Buján*, Valencia, 2025, pp. 830-839.

III

Consecuencias jurídicas del delito y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

1. MERECIMIENTO Y NECESIDAD EN LA PENA RETRIBUTIVA

ALFREDO ALPACA-PÉREZ ¹
Universidad de Extremadura

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Uno de los primeros artículos que cayó en mis manos cuando, siendo aún estudiante universitario en Lima, comenzaba mi fascinación por el Derecho penal, llevaba la firma de Enrique Peñaranda. Aquel texto –que en su momento leí con la curiosidad del aprendiz y al que regresé muchas veces después, especialmente durante los años intensos de la tesis doctoral– se convirtió en una referencia ineludible, en uno de esos escritos que nunca se agotan: cada relectura revelaba un matiz nuevo, una idea que parecía haber estado esperando a ser descubierta. El artículo, titulado «Función de la pena y sistema del delito», condensaba no solo una notable profundidad teórica, sino también algo inconfundiblemente personal: la impronta de su autor. Años después, tuve la fortuna de conocer a Peñaranda en persona, en los seminarios organizados por Diego Luzón en la Universidad de Alcalá, y comprendí que aquella lucidez escrita era reflejo fiel de su presencia: una inteligencia serena, precisa, capaz de ofrecer siempre el comentario justo, con la medida y la agudeza de un bisturí. Mi maestro, Miguel Díaz y García Conlledo, me había advertido: «Toda intervención de Enrique es valiosa, porque siempre dice algo interesante».

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2023-148510NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León y en las propias del Grupo de Docencia e Investigación reconocido DPULE; en todos los casos el IP y director es Miguel Díaz y García Conlledo y en el Proyecto es segunda IP María A. Trapero Barreales.

Tuve el privilegio de comprobarlo primero en el papel y luego en la palabra viva. Desde entonces, su pensamiento –tan riguroso como sugestivo– ha acompañado mi propio camino académico, como lo ha hecho con tantos otros jóvenes estudiosos que, gracias a su obra y a su ejemplo, aprendimos a mirar el Derecho penal no solo como un sistema de normas, sino como un ámbito de reflexión profundamente humana.

II. LA TEORÍA DE LA PENA COMO TEORÍA DE LA *IMPOSICIÓN* DE LA PENA

Cuando se habla de una teoría de la pena, se debería hablar de una teoría para legitimar la *imposición* de la pena: esta requiere que a su destinatario se le haga un reproche merecido, por lo que la imposición de la pena, como materialización de ese reproche, no sería más que –para usar aquí una frase expresiva– «darle lo que merece». La fractura social que implica la comisión de un delito no se restaura, sino que se amplía «si se impone un castigo inmerecido»². Pero, más allá de esto, imponer una pena a quien no lo merece (a un inocente) es inmoral³. Con esto se busca dejar claro que la imposición de la pena tiene, como condición, que al sujeto a quien se reprocha se le reconozca como persona –base pragmática del reproche⁴–, esto es, como un igual en dignidad (lo que, a su vez, exige que el sujeto sea culpable al momento en el que se le impone la pena y que el sujeto pueda comprender el mal que la pena significa durante su cumplimiento); y tiene, como medida, el merecimiento, pues, si la pena, pese a ser un mal, se impone a un igual en dignidad, entonces debe tener límites, siendo uno de ellos el que responde a la necesidad de que esa pena responda a exigencias de proporcionalidad⁵.

La imposición de una pena a alguien es expresión del cumplimiento de una exigencia retributiva: un sujeto culpable *merece* una pena. Esto no quiere decir que, quien merece una pena, deba ser *siempre* castigado con ella (esto

² SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 298.

³ GRECO, 2012, p. 275.

⁴ MAÑALICH, EP, 2007, p. 193.

⁵ Si la pena como merecimiento hace referencia al pasado, entonces la pena, desde la perspectiva de la proporcionalidad, toma como referencia el hecho sucedido para medir la pena. Al respecto, GARCÍA AMADO, Foro FICP, 2017, p. 17. Es cierto, con todo, que, aunque una teoría de la retribución puede legitimar la imposición de la pena (como bien indica LERMAN, 2017, p. 67, una teoría retributiva brinda «un parámetro teórico» para traducir la culpabilidad en un monto y una clase de pena y «quizá a una teoría de la pena no pueda exigírsele más que eso»), es necesario que aquella sea complementada con reglas referidas a la determinación de la pena. Al respecto, ROXIN/GRECO, 2020, p. 132.

sería manifestación, más bien, de un retribucionismo absoluto⁶, que aquí se niega). De cualquier manera, pienso que la retribución aparece como la teoría más adecuada para legitimar la imposición de la pena. Esto puede explicar que Peñaranda Ramos haya dicho que «las llamadas teorías absolutas o de la retribución, en cuanto teorías de la pena estatal, han de ser interpretadas más bien como concepciones acerca de la legitimidad de la imposición de la pena a un sujeto particular»⁷. El homenajeador, sin embargo, propone que la retribución es solo condición de aquello que debe buscar la pena para ser legítima: consecuencias beneficiosas en la sociedad. Precisamente por esto, hace suya la distinción, proveniente de Hart, entre el objetivo general que se atribuye a la práctica punitiva y la distribución legítima de la imposición de la pena en un caso particular⁸, con la cual trata de diferenciar entre una fundamentación preventiva de la pena y luego (de modo adicional) una fundamentación de la imposición de la pena a un sujeto concreto⁹.

Peñaranda Ramos sostiene que la teoría de la prevención general positiva, que él defiende, «puede conciliarse más fácilmente con esta exigencia que otros conceptos preventivos en cuanto puede establecer una más estrecha relación del hecho cometido (y de su gravedad) con la necesidad y el alcance del recurso a la pena»¹⁰. Esto es cierto: el motivo por el que esa teoría ha tenido éxito en la doctrina –en comparación con otras teorías de la pena¹¹–, se dice, es porque ha permitido compatibilizar las finalidades sociales que persigue la teoría (finalidades formuladas de varias maneras: confianza en el Derecho, vigencia de la norma, adhesión al ordenamiento jurídico) con la culpabilidad del sujeto¹². En ese sentido, desde la prevención general positiva, una pena logra alcanzar esas finalidades sociales si es proporcionada a la culpabilidad del sujeto¹³. Esta aseveración, sin embargo, carece de una confirmación empírica convincente¹⁴.

III. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

El hecho de destacar la relación entre las teorías de la retribución y de la prevención general positiva es importante porque es reflejo de la idea de que

⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 263.

⁷ PEÑARANDA RAMOS, RPDJP, 2001, p. 412.

⁸ HART, 1968, pp. 4 ss.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, RPDJP, 2001, p. 412.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, RPDJP, 2001, p. 413.

¹¹ ROXIN, GA, 2015, p. 192.

¹² ROXIN, GA, 2015, p. 192.

¹³ ROXIN, GA, 2015, p. 192.

¹⁴ HÖRNLE/VON HIRSCH, GA, 2015, p. 264.

el «renacimiento» de la retribución como teoría de la pena obedece, en parte, a la prevención general positiva¹⁵. De hecho, se dice que las «nuevas versiones» del retribucionismo (las sostenidas en una línea liberal anglosajona y en una línea más comunitarista de raíces hegelianas¹⁶) «canalizan mejor a través de la prevención general positiva de acuerdo con una racionalidad moderna»¹⁷. Ahora bien, independientemente de la relación que pueda haber entre ambas teorías, parece ser que la integración entre los modelos preventivo y retributivo –usualmente alternativos– es posible en el discurso legitimador de la pena¹⁸. Esto no es nada nuevo: ya en los planteamientos de Kant y Hegel (contemplados tradicionalmente como propios de una teoría de la retribución «absoluta») era posible encontrar ideas referidas a los efectos preventivos de la pena. Y lo mismo es posible decir sobre otros autores posteriores en la literatura penal alemana¹⁹.

Si se entiende, como aquí se hace, que la imposición de la pena se legitima en la retribución, no podría oponerse la objeción consistente en afirmar que tal planteamiento es difícilmente distinguible del que corresponde a la prevención general positiva²⁰. Es cierto, como también ha dicho Peñaranda Ramos, que la referencia a la proporcionalidad de la reacción con la gravedad social del hecho (algo que caracteriza a todas las concepciones retributivas) puede encontrarse también en la prevención general positiva²¹. Esto, a mi juicio, confirma que ambas teorías (la retribución y la prevención general positiva) se concentran en la dimensión de la imposición de la pena (y no en la dimensión de la conminación penal). Ahora bien, considero que el problema de la prevención general positiva radica en que sigue siendo entendida como «prevención», lo que supone que, por su propia definición, tenga que ver al futuro y no necesariamente (o solamente) al pasado. Entonces, al seguir siendo «prevención», la mirada prospectiva (concentrada en la evitación de futuros delitos) debe ser necesariamente tomada en cuenta para la imposición de la pena. Si esto es así, se justificaría la imposición de la pena mediante consideraciones preventivas que son ajenas al «pasado»,

¹⁵ ROXIN/GRECO, 2020, p. 133.

¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, 2014, p. 110.

¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, 2014, p. 118.

¹⁸ MARTINS, ZIS, 2014, p. 514.

¹⁹ Los retribucionistas clásicos (Merkel, Beling, Liepmann, Binding) nunca negaron que la pena adecuada a la culpabilidad (esto es, una retribución justa) tenga efectos sociopsicológicos útiles para la sociedad. En el mismo sentido, PAWLIK, 2012, p. 64, señala que «ningún defensor de la teoría de la retribución refutaría que la pena retributiva expresa ciertos efectos preventivos».

²⁰ Al respecto, por todos, ANDRISSEK, 2017, p. 64.

²¹ PEÑARANDA RAMOS, RPDJP, 2001, p. 415.

esto es, al hecho cometido por el individuo. De esto a la imposición de una pena sin acreditar la culpabilidad de tal sujeto hay solo un paso. Y precisamente, la idea de la imposición de la pena como retribución impediría que ese paso se dé.

Pese a que se diga, como hace Peñaranda Ramos, que la teoría de la prevención general positiva tiene una «conexión con el hecho cometido y la infracción que significa»²² y que, por ello, hace posible que «la reacción penal guarde proporcionalidad con ese daño social ocasionado por el delito»²³, esa proporcionalidad estará condicionada a la necesidad preventivo-general, la que, a su vez, puede determinar que un hecho (punto de referencia de aquella proporcionalidad) sea más o menos grave²⁴. Dicho de otra manera: la teoría de la prevención general positiva, al mirar al futuro, puede perder de vista la relación interna que debe mantenerse entre la medida de la pena y la gravedad del hecho (algo que, por lo demás, sucede con todas las teorías preventivas, pues, para estas, es difícil respetar los límites de culpabilidad y proporcionalidad). Asimismo, al mirar al futuro, la prevención general positiva justifica la imposición de la pena frente a la sociedad (de las formas más variadas, condicionadas a la «versión» de la teoría que se considere correcta y a los efectos –jurídicos o sociológicos– que se desprenda de la correspondiente «versión»), pero no frente al individuo o, en todo caso, no la justifica frente a este último de manera convincente²⁵. Y es al individuo a quien hay que decirle que la pena se le impone por su culpabilidad y no por motivos referidos a la víctima, a la sociedad o a las circunstancias²⁶.

El lenguaje con el que la prevención general positiva justifica la pena al individuo es uno que este no entiende (y tampoco debería hacerlo): a él se le dice que el mal que se le impone se justifica porque mediante este se producen efectos positivos (jurídicos o sociológicos) para la generalidad. Frente a esto, se podría decir que la diferencia entre el planteamiento que aquí se defiende (la imposición de la pena como retribución) y la prevención general positiva radica –utilizando una formulación ofrecida por Kant– en que esta última opera tomando en cuenta, en primer lugar, la utilidad del castigo para la colectividad

²² PEÑARANDA RAMOS, RPDJP, 2001, p. 415.

²³ PEÑARANDA RAMOS, RPDJP, 2001, p. 415.

²⁴ ROXIN, GA, 2015, p. 192.

²⁵ ROXIN, GA 2015, p. 193, señala: «[...] cuando el autor es castigado para fortalecer la consciencia jurídica de la generalidad, la sanción no se impone en aras de él mismo, sino que sirve, antes bien, a finalidades que, lejos de concernirle a él, están orientadas a influir en otras personas. Si un delincuente tiene que ser utilizado para esos fines, ello requiere de una justificación independiente de los fines en sí mismos. En particular debe serle explicado –y de un modo ético-jurídicamente convincente– por qué él debe tolerar mermas en sus libertades para evitar delitos de otros».

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 267.

y solo después inquiriere sobre si el individuo es digno de ser castigado²⁷. El recurso a alguna de las versiones de la teoría de la prevención general positiva para justificar el sufrimiento del individuo (pues la pena es un mal), no significa más que la exigencia a este de un sacrificio altruista, esto es, de convertirse simbólicamente en el objeto en el que queda representado, para los demás integrantes de la sociedad, que se reafirma la vigencia de la norma (en la «versión» de la prevención general positiva con efectos jurídicos) o que su conciencia jurídica se mantiene vigente (en la «versión» de la teoría de la prevención general positiva con efectos sociológicos). Esta teoría, entonces, no puede superar la objeción que se esgrime contra toda teoría preventiva: la no observancia de la restricción deontológica de la prohibición de instrumentalización del individuo²⁸.

Si se sitúa aquí la distinción –muchas veces pasada por alto– entre teoría de la norma y teoría de la pena²⁹, se podría señalar que la prevención general positiva, en el aspecto referido a la norma, presenta un planteamiento convincente. En efecto, al sostenerse sobre la idea de que la norma puede provocar en su destinatario un «cambio en la disposición»³⁰, se demuestra que el núcleo de la teoría de la prevención general positiva radica en lograr y confirmar esa disposición³¹. En ese sentido, la idea de norma que es posible extraer de esa teoría, si bien es admisible, pronto pierde sus ventajas, precisamente, porque esa teoría, en última instancia, es entendida como una teoría de la pena. Y frente a esta se puede esgrimir la misma y decisiva objeción que se dirige frente a la teoría de la prevención general negativa: que instrumentaliza al individuo o, dicho de otra manera, que este es –también en la prevención general positiva–, un «objeto de demostración»³², esta vez, para alcanzar los efectos jurídicos o sociológicos («positivos») que pre-

²⁷ KANT, 1798, p. 226.

²⁸ FRISCH, GA, 2019, pp. 187 s.

²⁹ Esta distinción conceptual no puede ser ampliada aquí. Solo será suficiente con decir que mientras una teoría de la norma se concentra en justificar la norma y en profundizar analíticamente el alcance de la relación entre la norma primaria y la conminación de la pena (esto es, si la norma primaria, dirigida al ciudadano, contiene o no, dentro de su propia definición, a la conminación penal), la teoría de la pena se concentra esencialmente en la imposición de la pena. De cualquier manera, la consecuencia de no advertir la separación entre la teoría de la norma y la teoría de la pena, a mi juicio, radica en la consideración de la norma como «abstracta» y «general»: dado que la amenaza de pena es general («dirigida a todos»), entonces la norma (el mandato o prohibición) que subyace al precepto penal en el que se dispone esa amenaza, también lo es. Aquí la norma se entiende en virtud de su vinculación con la amenaza penal (lo que ENGLÄNDER, RW, 2013, pp. 194 ss.) denominó como «*Sanktionsmodell*» (frente a un «*Standard-Modell*»), por lo que, en última instancia, la norma no se diferencia de la conminación penal. Por el contrario, la norma, como mandato o prohibición, necesita de un destinatario idóneo, por lo que aquella solo puede dirigirse a quien (cumpliendo con las necesarias condiciones individuales) pueda cumplirla.

³⁰ PAWLIK, 2004, p. 36.

³¹ ERBER-SCHROPP, 2016, p. 49.

³² ERBER-SCHROPP, 2016, p. 50.

tende la teoría. Si se afirma que la imposición de la pena es necesaria para mostrarle a la sociedad que la norma prevalece frente al delito, la pena se convierte en un mero instrumento de demostración de la validez de la norma, con lo que se pierde la «estrecha relación de sentido» existente entre el injusto, la culpabilidad (categorías de las que ha de ocuparse la teoría de la norma) y la pena³³.

IV. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y RETRIBUCIÓN

En el marco de la teoría de la retribución se ha ofrecido un planteamiento retributivo-filosófico (que tiene como referencia magnitudes abstractas de justicia³⁴) y un planteamiento retributivo-empírico (que tiene como referencia las instituciones compartidas en una determinada sociedad sobre lo justo³⁵). Este segundo planteamiento se asemeja a los que corresponden a una teoría de la prevención general positiva en su variante sociológica (empíricamente comprobable)³⁶. De hecho, la frontera entre una teoría retributiva (empírica) y una teoría de la prevención general positiva (empírica) se difumina si es que con la pena se pretende hacer posible la reafirmación de las intuiciones sociales sobre lo justo (necesidad social de pena)³⁷.

Por otro lado, la teoría de la prevención general positiva puede ser clasificada en una prevención general positiva «jurídica» y una prevención general positiva «sociológica»³⁸. La primera indica que su efecto preventivo se reputa producido *iuris et de iure* (de modo irrefutable) una vez que se produce la imposición de la pena, legitimándola (el efecto se produce en un plano «formal y abstracto»: la reafirmación de la norma³⁹ –independientemente del valor que ella contiene⁴⁰–). Dicho de otra manera: con la imposición de la pena se produce un restablecimiento de la norma jurídica infringida, lo que se encuentra muy cerca de una comprensión retributiva formal comunicativa (una retribu-

³³ PAWLIK, 2004, p. 36.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 268.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 268.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 269.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 269.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 290, quien, además, dentro de la prevención general positiva «jurídica» distingue entre una variante «ético-jurídica» y otra «jurídico-formalista» (sobre estas variantes dice que «se hallan muy cercanas de ciertas variantes de la retribución»: de una retribución «que integre contenidos educativos materiales» y de una «retribución formal comunicativa»). Luego, en la prevención general positiva «sociológica», distingue entre una variante «psicosocial» y otra «teórico-social» (que, a juicio del autor citado, es «dudosamente empírica», diciendo incluso que son «matices» la que distingue esta variante de la variante «jurídico-formal» y de la llamada «retribución funcional»).

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 289.

⁴⁰ HÖRNLE/VON HIRSCH, GA, 2015, p. 262.

ción lógica hegeliana o la retribución funcional⁴¹). No se requiere la constatación empírica de la producción de sus efectos, pues la producción automática del efecto consistente en la integración, es consecuencia lógica y no empírica.

La segunda –la prevención general positiva «sociológica»–, establece que la legitimación de la pena se logra con el efecto de integración producido (susceptible de constatación empírica) con la imposición de la pena (el efecto se produce en sucesivos planos fáctico-concretos)⁴². Así, son efectos de la prevención general positiva «sociológica»: el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en las normas, el efecto psicológico-social de satisfacción de las emociones punitivas de los ciudadanos, la realización de las aspiraciones de justicia.

Los defensores del retribucionismo clásico no desconocieron los efectos sociopsicológicos de la imposición de la pena, otorgándoles, eso sí, una condición inferior (no legitimante) que la que otorgaban a la retribución⁴³. La calificación de una concepción retributiva como «libre de fin» o, en todo caso, su desestimación por la sola consideración de que un Derecho penal de un Estado de Derecho debe cumplir finalidades sociales, no puede ser admitida: así como esos efectos sociales nunca han sido negados por una concepción retributiva, tampoco se han desconocido tales efectos en el ámbito de la imposición de la pena⁴⁴. Por tanto, si el retribucionismo atendió –y atiende– a las «consecuencias», parece ser que el núcleo de la discusión debería referirse a cómo estas tendrían que ser entendidas y cómo se relacionan con el irrenunciable momento del merecimiento en el marco de la imposición de la pena.

V. RETRIBUCIÓN

Los integrantes de la comunidad tienen «necesidades de retribución» («Vergeltungsbedürfnisse»), amparadas en la pretensión –empíricamente

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 291.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 289. En esa línea, antes PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, p. 420, ya había señalado que las diversas versiones de la prevención general positiva (a excepción de la de Jakobs) les correspondería la denominación de «prevención de integración», ya que «resaltan en la pena una función de psicología o pedagogía social». Además, el homenajeado afirma que la crítica generalizada a la prevención general positiva (la afectación a la autonomía moral del individuo) «afecta menos a la concepción actual de Jakobs que a otras versiones de ese pensamiento».

⁴³ FEIJÓO SÁNCHEZ, 2014, p. 53.

⁴⁴ Incluso, de los planteamientos de PAWLIK, 2012, pp. 82 ss., que propone una comprensión de la pena desde una perspectiva retributiva, tributaria de un planteamiento hegeliano, no es posible extraer la concurrencia de efectos sociopsicológicos como, por ejemplo, la intimidación. Lo que propone este autor, en todo caso, es que la pena posea otro fundamento legitimador, sin que esto signifique negar que la intimidación puede presentarse como un «efecto colateral».

comprobable⁴⁵— de que, frente al responsable por el delito, se haga justicia⁴⁶. Este es el motivo por el que se imponen penas a sujetos pese al paso del tiempo o pese a que las circunstancias en las que cometieron el delito por el que son responsables sean irrepetibles⁴⁷. El fin de la pena —desde la perspectiva de una teoría retributiva (no absoluta)— no sería «el castigo mismo»⁴⁸, sino la realización de la justicia —algo con «enorme atractivo intuitivo»⁴⁹— y, más allá de esto, la consecución de la paz jurídica⁵⁰. Es cierto que la forma más evidente en que esta, la paz jurídica, se afecta, sería aquella representada en el escenario en el que se producen injusticias masivas que quedan impunes. Sin embargo, más allá de tal escenario extremo —en el que incluso, para evitar caer en un «estado de naturaleza», se podría dejar de imponer una pena⁵¹—, solo con que un delito quede sin consecuencias ya es posible afirmar la afectación de la paz jurídica⁵². Se puede decir, por tanto, que «según el sentimiento jurídico de casi todas las personas, la pena como retribución justa es necesaria, cuando se ha cometido un injusto, y que por ello el Estado tiene que imponer y cumplir esa pena, para que la comunidad social permanezca estable»⁵³.

Si la pena impuesta se legitima en la retribución, entonces esa pena, para ser justa, ha de ser una pena merecida y necesaria. Una pena merecida y no necesaria no será justa, por lo que no podrá imponerse. Tampoco una pena no merecida pero necesaria será justa, por lo que no podrá imponerse. En ambos casos, se tratan de penas que no reflejan las necesidades de retribución de la sociedad. El planteamiento que aquí se defiende, por tanto, ha de tomar en cuenta dos dimensiones para la imposición de la pena, bajo la consideración de que el merecimiento o la necesidad no constituyen, por separado, su única justificación. Ambas dimensiones, más bien, son inseparables, pues solo su comprensión conjunta permite entender en todo momento al ciudadano como sujeto moral: tanto el merecimiento (el irrenunciable momento de la culpabilidad) como la necesidad (el irrenunciable momento de la no instrumentalización) deben concurrir para la imposición de una pena como retribución «justa» (y no como retribución «pura»⁵⁴).

⁴⁵ Al respecto, con detalle, WALTER, ZIS, 2011, pp. 641 ss., en donde se recogen los resultados de varios estudios empíricos.

⁴⁶ WALTER, JZ, 2019, p. 650.

⁴⁷ GRECO, 2012, p. 269.

⁴⁸ DEMETRIO CRÉSPOL, ACFS, 2021, p. 118.

⁴⁹ GRECO, 2012, p. 264.

⁵⁰ WALTER, JZ, 2019, p. 649.

⁵¹ KANT, 1798, p. 231.

⁵² WALTER, ZIS, 2011, p. 645.

⁵³ WALTER, JZ, 2019, p. 654.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 263.

Se debe indicar aquí algo con respecto al escenario que tradicionalmente ha constituido una crítica –desde la orilla de las teorías preventivas– para la teoría de la retribución (particularmente, en su dimensión positiva⁵⁵): que esta no puede explicar por qué no se debe imponer una pena merecida pero no necesaria⁵⁶. Al respecto, debo indicar que, en el planteamiento que aquí se propone, no se admitiría la idea de una pena merecida pero no necesaria. Si «necesidad» de pena se deja de entender como «satisfacción de necesidades de seguridad de la sociedad», esto es, como «evitación de delitos»⁵⁷ y se comprende, por ejemplo, como «necesidad de que se haga justicia», entonces, una pena merecida pero no necesaria sería aquella que no corresponde con lo que la sociedad considera como una pena justa.

De esto se podría deducir que una pena merecida y no necesaria no es una pena justa (a un sujeto que comete culpablemente un hecho –sustrato del merecimiento de pena– es *necesario* imponerle una pena que compense esa culpabilidad, por ejemplo: una pena privativa de libertad, en caso de que esa culpabilidad sea alta, o una multa, en caso de que esa culpabilidad sea leve), así como que una pena no merecida pero necesaria tampoco es justa (a un sujeto que no es culpable por el hecho, no hay pena que se le pueda imponer, pues para la sociedad, *no es necesario* imponer una pena a un no culpable).

La aludida forma de comprender a la «necesidad» conduce a pensar que *una pena merecida siempre será necesaria*, lo que no supone en todo caso el ingreso del individuo merecedor de pena a la prisión, sino solo que –en virtud del principio de legalidad– se aplique la clase de pena que el Estado tiene a su disposición y mediante la cual se compense de la manera más apropiada –decidida previamente por el legislador– su culpabilidad (pena limitativa de derechos, pena de multa, etc.). La necesidad de retribución, aunque es el primer efecto empírico que se puede tomar en consideración, no es el único: si lo que se quiere es que la paz jurídica se alcance a través de la realización de la justicia, aquella no solo se puede alcanzar mediante de la imposición de penas, sino que también se puede alcanzar mediante su no imposición⁵⁸. Así como la pena

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 264, quien explica que la dimensión positiva de la retribución «se opondría a que un sujeto sea castigado menos de lo que merece», mientras que la dimensión negativa de la retribución dice que el sujeto no puede ser castigado «más de lo que merece».

⁵⁶ ROXIN/GRECO, 2020, p. 132.

⁵⁷ ERBER-SCHROPP, 2016, p. 183, señala que un «puro Derecho penal de la prevención» posee estas características: «(1) No pregunta por la culpabilidad del autor, sino por su (posible) peligrosidad futura; (2) No exige la compensación de la culpabilidad, sino, en primera línea, el cumplimiento de las necesidades de seguridad de la sociedad; (3) Mide la sanción conforme a la finalidad de prevención, es decir, a la (posible) peligrosidad del autor. El Derecho penal de la prevención disuelve, por tanto, la proporcionalidad entre culpabilidad por el hecho y sanción penal».

⁵⁸ Así, WALTER, JZ, 2019, p. 654, dice que, para lograr la «cohesión social», es posible que, «en el caso de delitos leves, sea conveniente renunciar a penas desocializadoras, en particular al cumplimiento de

no se puede imponer por encima del merecimiento por razones consecuencialistas, la pena se puede imponer por debajo del merecimiento (o, incluso, no imponerse si así lo prevé la ley penal) por razones consecuencialistas⁵⁹. Las necesidades de retribución «no solo justifican el Derecho penal, sino que también lo limitan»⁶⁰.

Por lo demás, la crítica de la «pena merecida pero no necesaria», formulada frente a la retribución, posee una deficiencia: si desde la perspectiva de la prevención hay supuestos en los que la pena es merecida pero no necesaria y, por tanto, aquella pena no tendría que imponerse (esto es algo que, se dice, no puede evitar una teoría de la retribución, que ha de exigir siempre la imposición de una pena⁶¹), entonces, habría que pensar seriamente si el hecho que refleja esa «ausencia» de necesidad debería ser considerado un delito. Si el hurto de un bien mueble de poco valor, por suponer la infracción culpable del deber correspondiente a la prohibición de apropiarse de bienes ajenos, es un hecho merecedor de pena, pero que, al mismo tiempo, esa pena, «sobre la base de la protección de bienes jurídicos no es necesaria»⁶², entonces habría que pensar si el mencionado hecho debería ingresar al ámbito de lo jurídico-penalmente relevante (si no hay necesidad de castigar tal hecho, entonces su inclusión en el CP parece injustificada). La discusión pasaría del ámbito de la teoría de la pena al ámbito que corresponde a la política-criminal estatal.

Finalmente, cuando se habla de una «pena justa» desde la perspectiva del retribucionismo (no absoluto) se está diciendo que, teniendo la imposición de la pena su legitimación en el merecimiento, aquella pena no puede ser superior a lo merecido por razones consecuencialistas pero sí puede ser inferior a lo merecido por razones consecuencialistas. La retribución (en su dimensión negativa), entonces, cumple con lo que se puede exigir a una teoría de la imposición de la pena: legitimar su imposición o su no imposición⁶³. La retribución sostenida en una ética consecuencialista es la única finalidad de la (imposición de la) pena.

penas privativas de libertad, y suspender dicho cumplimiento con libertad condicional».

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 264, dice que estas son las dos características de «las doctrinas retribucionistas modernas».

⁶⁰ WALTER, JZ, 2019, p. 649.

⁶¹ ROXIN/GRECO, 2020, p. 158.

⁶² ROXIN/GRECO, 2020, p. 132.

⁶³ WALTER, JZ, 2019, p. 650, dice que «el propósito punitivo de la retribución también deja margen para renunciar a ella, total o parcialmente, en favor de objetivos más importantes». Por ejemplo, cuando la ley penal alemana reconoce la posibilidad de suspensión condicional de la ejecución de la pena para evitar la desocialización del autor (§ 56 StGB); o para hacer posible su resocialización (§§ 57, 57a StGB).

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

La idea del «fin» (no metafísico) no es desconocida en las diversas versiones de la teoría de la retribución: ni antes ni ahora. Más bien, la discusión sobre las teorías de la prevención general positiva –una de ellas, la defendida por Peñaranda Ramos– ha permitido el «renacimiento» de la idea de la retribución. Precisamente, la vigencia de esta idea se puede explicar, como se ha indicado, por su referencia a la necesidades de retribución en la comunidad. Una pena sostenida en la teoría de la retribución con base consecuencialista, permitiría distinguir dos escenarios importantes: sostiene la pena en el merecimiento, de tal manera que la pena no sobrepase la culpabilidad del sujeto; pero es posible atender a consideraciones sociales para imponer una pena por debajo de la culpabilidad del sujeto, bajo el entendido de que la justicia se logra no solo a través de la imposición de penas. La imposición de la pena no es un mecanismo social-pedagógico a emplear para que la colectividad «aprenda» o «confíe», sino un mecanismo que, a través del reproche que supone, refleja las intuiciones morales básicas de justicia (formalizadas incluso en los textos legales y constitucionales) imperantes en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRISSEK, TOBIAS, R.: Vergeltung als Strafzweck. Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen, Tübingen, 2017.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *Crítica a la retribución como fin de la pena*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2021, pp. 107-129.
- ENGLÄNDER, Armin: *Norm und Sanktion – Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm*, Rechtswissenschaft, 2013, pp. 193-207.
- ERBER-SCHROPP, Julia Maria: Schuld und Strafe. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips, Tübingen, 2016.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: La pena como institución jurídica: retribución y prevención general, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- FRISCH, Wolfgang: *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2019, pp. 185-204.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: Retribución y justificación del castigo penal, Revista Foro FICP, 2017, pp. 1-38.
- GRECO, LUÍS: A Ilha de Kant, en Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversario em 2 de setembro de 2012, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2012, pp. 263-279.
- HART, H.L.A.: Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, Oxford, 1968.

- HÖRNLE, Tatjana/VON HIRSCH, Andrew: *Positive Generalprävention und Tadel*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1995, pp. 261-282.
- KANT, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsber, 1798.
- LERMAN, Marcelo: *Análisis de los argumentos contra el llamado «renacimiento» de la retribución*, en *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Procesal penal*, Buenos Aires, 2017, pp. 59-75.
- MAÑALICH, Juan Pablo: *La pena como retribución*, Estudios Públicos, 2007, pp. 117-205.
- MARTINS, Antonio: *Ein nachmetaphysisches Strafrecht? Gedanken zum retributiven Charakter der Strafe*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2014, pp. 514-521.
- PAWLIK, Michael: *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012.
- *Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, 2001, pp. 401-442.
- ROXIN, Claus/GRECO, Luís: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5.^a ed., München, 2020.
- ROXIN, Claus: *Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2015, pp. 185-202.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2025.
- WALTER, Tonio: *Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts*, Juristenzeitung, 2019, pp. 649-656.
- *Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2011, pp. 636-647.

2. APUNTES SOBRE LAS CONTRIBUCIONES DE VON HIRSCH A LAS TEORÍAS DE LA PENA Y DE SU DETERMINACIÓN

GONZALO J. BASSO¹
Profesor Contratado Doctor
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Con enorme satisfacción escribo estas líneas para homenajear a mi muy querido compañero Enrique Peñaranda Ramos. En lo académico, el profesor Peñaranda ha tenido una trayectoria destacadísima en múltiples campos del Derecho penal y constituye una voz autorizada en cualquier tema que haya tratado referido a dicha disciplina; su obra se destaca por sus innumerables aportaciones en muy variados ámbitos, especialmente en materia de teoría jurídica del delito y de teoría de la pena. En lo personal, mi profundo afecto y admiración por el prof. Peñaranda no podría ser mayor y no me resulta fácil encontrar palabras que hagan justicia a su ayuda y a su generosidad inestimables y a su presencia constante durante los ya casi 15 años desde mi incorporación a la UAM. En todo caso, confieso que me invaden también sentimientos de tristeza al saber que el

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado «Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el siglo XXI» (referencia PID2022-141610OB-I00), subvencionado por la Agencia Estatal de Investigación (Investigadores principales: Enrique Peñaranda Ramos y Bernardo José Feijoo Sánchez) y del proyecto de investigación titulado «Más allá del delito: la importancia del quién, el cómo, el cuándo y el porqué en la imposición del castigo. Un estudio sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad» (referencia SI4/PJI/2024-00146) financiado por la Comunidad de Madrid dentro de los Proyectos de I+D para doctores emergentes de la Universidad Autónoma de Madrid 2024 (investigadores principales: Marina Mínguez Rosique y Leopoldo Puente Rodríguez).

prof. Peñaranda dejará de pertenecer a la plantilla de penalistas en activo de la UAM próximamente. ¡Te echaremos de menos, Enrique!

La elección del tema de mi contribución se explica muy fácilmente: con el prof. Peñaranda tenemos una especial simpatía por el pensamiento de Andrew von Hirsch en materia penológica, y las ideas de von Hirsch en ese campo nos han servido de inspiración en no pocas ocasiones, por lo que en las líneas que siguen, y como forma de homenajearle, procuraré presentar las principales tesis de dicho autor en materia de teorías de la pena y de su determinación especialmente en función de la exposición más reciente de su pensamiento contenida en su monografía titulada *Deserved criminal sentences* (Oxford, 2017). La exposición y el examen de las ideas de von Hirsch (especialmente con base en su obra *Censurar y castigar*, Madrid, 1998 –traducción de Larrauri Pijoan de la versión original en inglés *Censure and sanctions*, 1993–) consumió no pocas sesiones de las que dedicábamos al seminario optativo de teorías de la pena y de su determinación que diseñamos junto con el prof. Peñaranda y con el prof. Rodríguez Horcajo, y que se impartió durante cuatro cursos académicos consecutivos en la UAM (2017/2018 al 2020/2021) y en inmejorable compañía (además de contar con aforo completo –incluso excedido– de estudiantes en todas las ediciones, el formato del seminario lo habíamos pensado para su impartición conjunta y lo dictamos a tres voces durante los primeros tres cursos y a cuatro voces en el último curso –en el que se sumó la profa. Lopera Viñé–). Aprovecho aquí para expresar que constituyó un verdadero privilegio formar parte de esa actividad docente compartida que, en lo personal y en lo académico, tan altamente gratificante y fructífera me resultó.

II. LAS CONTRIBUCIONES DE VON HIRSCH A LAS TEORÍAS DE LA PENA Y DE SU DETERMINACIÓN

A diferencia de otras épocas en las que casi todas las miradas se dirigían hacia los avances producidos especialmente en la doctrina alemana, en los últimos tiempos la literatura anglonorteamericana ha ido siendo objeto de atención exponencialmente creciente por parte de penalistas continentales. En este sentido, von Hirsch es, sin dudas, uno de los autores del ámbito anglonorteamericano con mayor protagonismo en la discusión continental de las teorías de la pena y de su determinación y su obra es una de las que más interés ha suscitado en el debate penológico de habla alemana, hispana, italiana y portuguesa.

En su última monografía titulada *Deserved criminal sentences* von Hirsch presenta, de forma sucinta y con la claridad que le caracteriza, su concepción

orientada hacia la justificación de la imposición de penas (moderadas) fijadas prevalentemente en función del merecimiento individual². En dicha obra el autor efectúa a mi parecer la exposición más prolija y refinada de su enfoque teórico que ha ido perfilando desde hace ya unos cincuenta años a través de numerosas obras³.

El origen de la teoría desarrollada por von Hirsch se sitúa en la década de los años setenta del siglo xx, momento en el que, en los sistemas angloamericanos, predominaban modelos de pena *indeterminada* sustentados en teorías preventivo-especiales. En dicho contexto, von Hirsch abogó por la introducción de sistemas de pena *determinada* prevalentemente fundamentados en la función de censura del castigo y orientados a la configuración de penas según la gravedad (relativa) del hecho cometido.

Von Hirsch edifica su teoría sobre la base de ciertas premisas éticas que explicita como punto de partida⁴ y que luego van teniendo reflejo en las tesis que va planteando. La primera premisa consiste en que las exigencias de *justicia* deben limitar sustancialmente el marco dentro del cual pueden perseguirse fines *preventivos*. La segunda premisa se resume en que la pena estatal debe adoptar una forma que permita tratar a quienes resulten destinatarios directos de la misma como *agentes morales* capaces de reflexionar sobre el carácter de sus acciones y de actuar en consecuencia, es decir, de personas susceptibles de atender a llamados *normativos* y de conducirse conforme a Derecho (el autor niega legitimidad a un Derecho penal que trate a los sujetos únicamente como seres a intimidar mediante puras amenazas). La tercera premisa se sintetiza en que el *ius puniendi* estatal debe ejercitarse de forma limitada y en que debe fundamentarse por qué se fijan ciertos niveles de punición y no unos más *moderados* —el autor enfatiza que su teoría solo conduce a justificar castigos por debajo de los niveles de punición existentes y por debajo de lo deontológicamente exigible en términos de retribución—. Finalmente, la cuarta premisa radica en que en la determinación de la pena se deben respetar las exigencias del *principio de legalidad* y erradicar la concesión de amplios márgenes de discrecionalidad a los juzgadores —quienes, no obstante, sí deben disponer de un ámbito valorativo propio para el ejercicio de sus atribuciones interpretativas—.

² Sobre el pensamiento de von Hirsch en materia penológica, *vid.*, por todos, MARTÍN LORENZO, ADPCP, 1997, pp. 533 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, InDret, 2007, pp. 5 ss., y BASSO, 2019, pp. 235 ss.

³ Sus principales monografías —en autoría individual— en la materia son *Doing justice. The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the study of incarceration, 1976; *Past and future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985; *Censure and sanctions*, 1993, y *Deserved criminal sentences*, 2017.

⁴ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 11 ss.

La teoría de von Hirsch puede explicarse distinguiendo dos momentos: el de la justificación de la pena y el de la determinación de su medida. Respecto al primero de ellos, el autor adhiere a una justificación dual sustentada en la función de censura y en la función de prevención del castigo⁵; respecto al segundo, mantiene su defensa de una teoría de la proporcionalidad (estricta/positiva)⁶ basada en la idea de merecimiento⁷ por el hecho culpable y en su (ya célebre) distinción entre proporcionalidad cardinal y ordinal⁸. Que von Hirsch distinga dos momentos no significa que entre ellos no exista interrelación alguna: el propio autor aclara que la función de censura (desaprobatoria, comunicativa o expresiva) del castigo constituye la base conceptual del principio rector de determinación de la pena, esto es, del principio de proporcionalidad –la dimensión del juicio de censura debe reflejarse en la medida del castigo proporcional a la gravedad del hecho–⁹.

La justificación dual del castigo que propone von Hirsch no reviste, sin embargo, carácter simétrico: el autor asigna un peso prevalente a la *función expresiva (comunicativa)* por sobre el que atribuye a la *función preventiva (instrumental)* –de carácter *suplementario*–¹⁰. La función expresiva de la pena

⁵ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 145 ss.

⁶ El enfoque de von Hirsch se contraponen al modelo del llamado *limiting retributivism*, que ha sido elaborado por Norval Morris y que se aproxima a lo que en la dogmática alemana de la determinación de la pena se ha designado como *Spielraumtheorie* (teoría del espacio de juego o, más correctamente, teoría del margen de libertad); mientras que para von Hirsch la idea de merecimiento permite configurar *positivamente* la medida *final* de pena, para Morris tal idea solo resulta de utilidad para fijar (amplios) límites *negativos* (máximos y mínimos) que no pueden desatenderse al momento de fijar la pena finalmente aplicable, la cual –dentro de dichos límites *negativos*– debe configurarse en función de parámetros preventivos. Sobre el denominado *limiting retributivism*, *vid.*, MORRIS, Mich. L. Rev., 1973-1974, pp. 1161 ss., y MORRIS, 1982, especialmente pp. 129 ss. y 179 ss.; una exposición crítica de la teoría del retribucionismo limitador de Morris en Basso, 2019, pp. 93 ss.

⁷ Nuestro homenajeado, al examinar críticamente las denominadas teorías absolutas de la pena, advierte que constituye un aspecto positivo consustancial a ellas que la pena debe fundamentarse en el delito cometido y que debe ser proporcional con la gravedad del delito cometido –gravedad que debe erigirse en un límite infranqueable en garantía del ciudadano respecto a la severidad de la pena de posible imposición– (*vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 264 ss. y 275).

⁸ Sobre tal diferenciación, afirmaba hace ya más de cuatro décadas von Hirsch: «El merecimiento comprende dos aspectos que no deben ser confundidos. Un primer aspecto [de proporcionalidad ordinal] es la estructura interna de un sistema de penas: cómo unos crímenes deben ser castigados en relación con cómo se castigan comparativamente otros crímenes. Aquí el merecimiento exige [...] que conductas igualmente reprochables sean castigadas con idéntica pena y que las penas se ordenen de forma tal que la severidad variable de las mismas permita reflejar la gravedad divergente de distintas conductas delictivas [...]. El otro aspecto [de proporcionalidad cardinal] es la magnitud general de la escala penal. Esto involucra los interrogantes acerca de qué tan elevada debe ser la pena para el delito más grave, de qué tan baja debe ser la pena para el delito más leve, de cuán seria debe ser la ofensa criminal como para justificar la imposición de pena privativa de libertad, y así sucesivamente.» (VON HIRSCH, Rutgers L. Rev., 1980-1981, p. 787 –traducción propia–).

⁹ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 1, 4, 21, 31, 49 ss. y conc.

¹⁰ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 32 ss.; «La función preventiva [...] opera solo dentro del marco de la censura» –p. 40 (traducción propia)–. En el mismo sentido, con referencia expresa a su seguimiento al

consiste en que el Estado envía un mensaje a través del castigo, procurando que sus (múltiples) destinatarios –la víctima, el sujeto activo del delito y la sociedad en su conjunto¹¹– comprendan que el delinquir resulta reprochable y que las normas se deben cumplir porque es lo correcto¹²; se trata de un llamamiento *moral* para que los ciudadanos no delincan y para que se orienten de conformidad con lo normativamente exigible (todos somos agentes morales susceptibles de comprender la adecuación de nuestras conductas¹³).

La función preventiva, por su parte, consiste en suministrar a los ciudadanos razones *adicionales* de tipo *prudencial*, a fin de intentar convencerles de que se mantengan al margen del delito no ya porque ello sea lo correcto, sino porque instrumentalmente es, además, lo más razonable –el no hacerlo supondrá consecuencias no placenteras consistentes en la aflicción de dolor a través de la imposición de la pena–. Dicha función preventiva (razones *prudenciales* para no delinquir) reviste especial importancia en supuestos en que la función expresiva (razones *normativas* para no delinquir) no resulta suficiente para evitar la conducta prohibida, especialmente cuando se trata de personas que puedan estar tentadas a cometer delitos (todos somos agentes morales, pero falibles¹⁴). Justamente en la función preventiva sitúa von Hirsch la explicación de por qué el castigo no reviste un carácter puramente simbólico o comunicativo: las penas afflictivas operan como «vehículo para transmitir censura», suministrando razones *adicionales* para que el sujeto se comporte conforme a Derecho¹⁵.

planteo de von Hirsch, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, Doxa, 2000, pp. 317 ss. (sostiene en p. 317 que «El recurso a la fuerza instrumental o a la amenaza de ella es imprescindible para garantizar un mínimo de obediencia fáctica del Derecho, pero sólo de forma *secundaria*» –con cursiva añadida–); PEÑARANDA RAMOS, RPDyJP, 2001, pp. 432 ss. y conc. (se afirma expresamente en p. 433 que «la función de la pena desde una perspectiva de prevención general positiva, y no (preferentemente) intimidatoria es la de garantizar la vigencia de las normas dispuestas para proteger bienes jurídicos esenciales mediante la asignación de consecuencias negativas a su infractor como motivo *complementario* para su cumplimiento» –con cursiva añadida–).

¹¹ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 33 ss.

¹² VON HIRSCH, 2017 (a), p. 31.

¹³ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 34 ss.

¹⁴ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 36 ss.

¹⁵ VON HIRSCH, 2017 (a), p. 37. Sobre la necesidad de que la pena suponga un dolor o mal sensible (dimensión afflictiva imprescindible), véanse, por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS, RPDyJP, 2001, pp. 427 (donde se indica que el no tomar en cuenta esa dimensión supone un «defecto» y se afirma que «la tendencia a considerar la pena en un plano simbólico o comunicativo como “respuesta” al delito, como “manifestación” de la voluntad de vigencia del Derecho frente a lo injusto [en el marco de ciertas construcciones de la teoría de la prevención general positiva], hace que se pierda de vista lo que también es la pena y de un modo eminente: un mal, un “castigo” que se ejecuta sobre quien ha cometido el delito con el propósito precisamente de privarle de alguno de sus bienes jurídicos más preciados.»), 431 y conc., y PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 277 ss. (afirma allí el autor: «Seguramente un entendimiento correcto de la función que la pena cumple y debe cumplir para dar estabilidad a la cooperación entre los individuos en la sociedad y contribuir, con ello, a un orden social en el que las cargas de esa cooperación se distribuyan equitativamente sólo es posible si se combinan adecuadamente la perspectiva fáctica y la normativa.»).

La concepción de von Hirsch, como el propio autor ha venido reconociendo, se orienta principalmente de forma *retrospectiva*: el objeto de la censura se sitúa temporalmente en el pasado –objeto sobre el que recae el mensaje que transmite la pena y sobre el que se debe determinar *prevalentemente* la medida del castigo–¹⁶. No obstante, del peso (nada desdeñable, aun cuando no prevalente) que von Hirsch atribuye a la función preventiva¹⁷ se infiere que en su planteo subyace también cierta orientación *prospectiva*: si bien la pena proporcional que se impone en concreto comunica esencialmente un mensaje sobre la conducta desplegada en el pasado, la misma conlleva también la advertencia de que una consecuencia no placentera perjudicará a quien no cumpla (en ocasiones futuras) el mandato de la norma; además, el propio sistema se diseña con la pretensión de disuadir de la comisión de delitos¹⁸. De ello se infiere con claridad que von Hirsch –como él mismo reconoce¹⁹– adhiere a una teoría mixta de justificación de la pena.

Respecto a su modelo de determinación del castigo, von Hirsch continúa recurriendo a la distinción entre proporcionalidad *cardinal* (absoluta) y proporcionalidad *ordinal* (relativa)²⁰. La primera categoría –proporcionalidad *cardinal*– se vincula con exigencias asociadas al nivel de severidad general de castigos que el autor identifica con la fijación de los puntos de anclaje mínimo y máximo de la escala de penas del sistema²¹; tales puntos de anclaje surgirían de convenciones²² que darían respuesta a la pregunta de qué nivel de castigos caracteriza al sistema de penas.

La categoría *proporcionalidad cardinal*, a la que von Hirsch dedica menor atención que a la categoría *proporcionalidad ordinal*, parece vincularse con la moderación que –a juicio del autor– debe guiar el sistema integral de atribución

¹⁶ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 21, 45, 139 y conc.

¹⁷ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 9, 18 ss., 36 ss. y conc.

¹⁸ VON HIRSCH, 2017 (a), p. 36 («Las sanciones penales [...] parecen ser demasiado onerosas como para servir meramente a la adjudicación de credibilidad a la censura. [...] En ausencia de un propósito preventivo, resulta difícil concebir que intromisiones tan onerosas tengan por única función el representar la seriedad de la expresión de desaprobación.» –traducción propia–). En tiempos más recientes, el autor ha reconocido expresamente que en su construcción conceptual había subestimado el papel de la dimensión afflictiva de la pena (*vid.* VON HIRSCH, 2019, pp. 87 ss., en donde afirma que el mal sensible que debe suponer la pena –*hard treatment*– cumple una función amplificadora –resulta indispensable para expresar censura con suficiente énfasis– y una función de gradación –resulta indispensable para expresar de mejor manera censura de forma diferenciada–).

¹⁹ VON HIRSCH, 2017 (a), p. 41.

²⁰ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 55 ss., 146 ss. y conc. 36. Respecto a dicha diferenciación en el planteo de von Hirsch, *vid.* RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 36 ss., 81, 84 y conc.

²¹ VON HIRSCH, 2017 (a), p. 56. Existen otros puntos de anclaje de relevancia cardinal, pero sobre ellos el autor no precisa demasiado (así, por ejemplo, alude a que también la determinación de la penalidad que condiciona la posibilidad de aplicar penas no privativas de libertad (*'in-out' boundary*) constituye un punto de anclaje (proporcionalidad cardinal) a fijar (p. 126).

²² VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 23, 60 y conc.

del castigo estatal²³. Hacia el final de *Deserved criminal sentences* se vislumbra la conexión que von Hirsch parece concebir entre censura, moderación y proporcionalidad *cardinal*: «Un teórico del merecimiento no necesariamente tiene que ser agnóstico en las cuestiones referidas a decidir los niveles de severidad del sistema penal. La moderación en niveles de punición resulta necesaria para asegurar un papel significativo al elemento de censura en el castigo. Mientras más elevados sean los niveles de castigo, menor relevancia tendrán las razones normativas para desistir que emergen de la censura penal, y el sistema se tornará en mayor medida en uno esencialmente de amenazas puras»²⁴.

La conexión entre censura, moderación y proporcionalidad cardinal en el pensamiento de von Hirsch se infiere también de las tesis que defiende en materia de castigo de reincidentes y de menores. Respecto a los reincidentes, el autor se muestra partidario de concederles un descuento punitivo (*progressive-loss-of-mitigation discount*) que se va reduciendo de forma progresiva en tanto los condenados intervengan en la perpetración de nuevos delitos; tal descuento, al cabo de un cierto número de nuevas condenas, se terminaría perdiendo definitivamente y el sujeto se haría merecedor de una condena sin rebaja alguna²⁵. Respecto a los menores²⁶, von Hirsch aboga por adoptar (convencionalmente) penalidades de menor intensidad que las correspondientes al Derecho penal de adultos; ello lo fundamenta en la menor culpabilidad que habría que atribuir a los menores²⁷, en su mayor vulnerabilidad²⁸ y, muy particularmente, en la existencia de un deber especial de tolerancia parcial hacia los jóvenes en conflicto con la ley penal²⁹. A mi entender, la justificación del autor para abogar en ambos supuestos por una menor penalidad radi-

²³ Debe señalarse que, en la concepción de von Hirsch, la moderación aparece de forma reiterada y de distintas maneras. Así, por ejemplo, como: i) presupuesto ético del enfoque planteado (VON HIRSCH, 2017 (a), p. 12), ii) principio limitador de los niveles de punición y principio fundamentador de ciertas descriminalizaciones (VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 12, 14, 27, 32, 60 ss., 88 y conc.), iii) fundamento de la prevalencia de la función de censura por sobre la de prevención y como exigencia indispensable para reconocer y tratar a las personas como agentes morales (VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 39-40, 42 –cfr. también allí nota al pie 29–, 61-62 y conc.), iv) elemento diferenciador entre un modelo de merecimiento –que el autor defiende– y un modelo estrictamente de corte retributivo clásico –que el autor rechaza– (VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 56, 109, 111 y conc.) y v) principio de parsimonia (VON HIRSCH, 2017 (a), p. 83).

²⁴ VON HIRSCH, 2017 (a), p. 111 –traducción propia–. En palabras del homenajeado: von Hirsch «propone [...] una “estrategia reduccionista”, esto es, una estrategia en la que todas las penas deben reducirse tanto como sea posible sin comprometer los fines de una *moderada prevención*» (PEÑARANDA RAMOS, 2023, p. 568 –con cursiva añadida–).

²⁵ Nótese que se trata de un descuento que no solamente beneficia a *delincuentes primarios*, sino que supone conceder, respectivamente, una o más rebajas punitivas a *delincuentes primarios* o a *ciertos delincuentes reincidentes* (pero no demasiado habituales) –VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 72 ss.–.

²⁶ Sobre ello, *vid.* VON HIRSCH, *Punishment & Society*, 2001, pp. 221 ss.

²⁷ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 129 ss.

²⁸ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 135 ss.

²⁹ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 137 ss.

ca, en última instancia, en exigencias de proporcionalidad *cardinal*: en tales casos es menester penar, pero hay que hacerlo con (cierta) indulgencia³⁰, puesto que se trata de situaciones en las que se debe tener una especial comprensión (ya sea por la falibilidad de los seres humanos como agentes morales no perfectos, ya sea por tratarse de personas en edades de experimentación, próximas a la adquisición de autonomía y que pueden adoptar decisiones que traspasen los límites de lo permitido).

La segunda categoría –proporcionalidad *ordinal*–, en cambio se relaciona con la posibilidad de efectuar juicios comparativos respecto a la gravedad del hecho delictivo cometido y de las penas aplicables, y exige desarrollar mecanismos que permitan graduar la diversa gravedad que unos y otras pueden presentar³¹. Ello con la finalidad de que se castiguen con más severidad supuestos de mayor lesividad y con menos severidad supuestos de menor lesividad³². La proporcionalidad ordinal plantea dos exigencias fundamentales, a saber: a) la exigencia de paridad (*parity*), que requiere que a crímenes de gravedad comparable se asigne un tratamiento penológico análogo, y b) la exigencia de ordenación por rangos (*rank-ordering*), que supone que crímenes que pertenezcan a rangos de delitos más graves reciban una sanción punitiva más severa que aquellos pertenecientes a rangos de delitos más leves³³. En cuanto al contenido de la categoría de proporcionalidad *ordinal*, el autor afirma que los criterios centrales a tener en cuenta se sitúan en la amplia valoración del nivel de afectación de la calidad de vida (*standard of living*) de la víctima y de quien sufre la pena –según se trate de la ordenación y sistematización de la gravedad relativa de los *delitos* o de las *penas*, respectivamente–³⁴.

³⁰ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 75 ss. y 137 ss.

³¹ La gravedad de los delitos debe examinarse a partir de la graduación del injusto (*degree of harmfulness*) y de la culpabilidad (*degree of culpability*) –VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 24 y 58–; la gravedad de las penas, por su parte, debe efectuarse diferenciando entre penas privativas de libertad (de diversa duración) y penas no privativas de libertad (*non-custodial penalties*) –sobre estas últimas, *vid.* VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 87 ss.–.

³² VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 56 ss. En otros términos: la noción de proporcionalidad ordinal exige juicios de diferenciación. Al respecto, al expedirse críticamente sobre la pena de prisión permanente revisable (PPR) introducida en el Código penal español mediante Ley Orgánica 1/2015, apunta el prof. Peñaranda la siguiente objeción: «la proporcionalidad ordinal o relativa requiere que las penas de los delitos de gravedad semejante sean también de semejante gravedad y que las de los delitos de gravedad diferente se gradúen asimismo en función de una escala que tome en cuenta esa distinta gravedad. Esto [...] constituye en sí mismo un argumento en contra de la imposición imperativa de penas de contenido absoluto [como la PPR], ya que impiden tener en cuenta la distinta gravedad relativa que pueden tener los casos a los que esas penas se aplican.» (PEÑARANDA RAMOS, 2023, pp. 567 ss.).

³³ VON HIRSCH, 2017 (a), p. 58.

³⁴ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 23 ss. y 63 ss., 147 y conc. En ello von Hirsch se mantiene apegado a lo defendido en VON HIRSCH/JAREBORG, Oxford J. Legal Stud., 1991, pp. 1 ss. (tomando las ideas de Amartya Sen). Von Hirsch y Jareborg identifican diversos niveles graduales de afectación de la calidad de vida dentro de los cuales se debe *insertar* el delito cometido y la pena a imponer; la subsunción en uno u

Dentro del respeto del requerimiento (ordinal) de paridad, von Hirsch admite que incidan consideraciones vinculadas con el fin preventivo-especial (positivo) de la pena: así, por ejemplo, acepta que la clase de pena –no su cuantía– sea decidida en función de las perspectivas de rehabilitación del sujeto, siempre que las sanciones concurrentes de posible aplicación –consistan o no en privación de libertad– sean del mismo nivel de severidad (*same penal bite*); el autor reconoce también que el ofrecimiento de un tratamiento rehabilitador a una persona condenada no afecta la severidad del castigo impuesto y resulta legítimo –siempre que revista carácter voluntario–³⁵.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS A LAS CONTRIBUCIONES DE VON HIRSCH EN MATERIA PENOLÓGICA

La *teoría de la pena* de von Hirsch recién presentada constituye un enfoque que combina adecuadamente aspectos tradicionalmente asociados a teorías absolutas y teorías relativas de la pena, colocando el énfasis en la noción de censura (no en la retribución entendida en términos deontológicos clásicos) y adjudicando cierta prevalencia a lo normativo/simbólico por sobre lo instrumental/material³⁶. Se trata de un enfoque que, además, no se dirige únicamente a potenciales delinquentes, sino a la generalidad de la sociedad, si bien operando de forma no idéntica frente a cada uno de sus destinatarios (recurriéndose a razones normativas o instrumentales, según el sujeto y el tipo de delito que se procura evitar)³⁷. La

otro nivel se efectúa en función de la valoración de la intensidad de los intereses menoscabados (VON HIRSCH, 2017 (a), p. 66).

³⁵ VON HIRSCH, 2017 (a), pp. 59, 88 ss. y conc.

³⁶ En consonancia con ello, véase la visión deferente del prof. Peñaranda hacia las versiones menos instrumentales de las teorías de la prevención general positiva –que reconocen autonomía como persona al sujeto activo del delito y procuran que la pena guarde proporción con el perjuicio social generado por el delito– (vid. PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 275; vid. la propia posición del homenajeado sintetizada en p. 278: «El punto de partida habría de ser, por razones de principio, que la norma penal no se dirige tanto a producir una intimidación general como a señalar y a poner a todos de manifiesto el grave desvalor que comporta el correspondiente hecho delictivo. Pero que, con ello, la correspondiente norma penal anuncia también un mal a quien infrinja lo que prescribe, es algo tan evidente que no puede ser seriamente discutido. Por lo tanto se ha de ver asimismo en la conminación e imposición de la pena un elemento de desincentivación, de desaliento del hecho negativamente desvalorado, aunque subordinado a aquella dimensión más simbólica o expresiva. Ambos aspectos tienen que ser por lo tanto integrados armónicamente en la definición de la función de la pena: de este modo, dicha función podría consistir en garantizar la vigencia de normas dispuestas para proteger los bienes jurídicos esenciales asignando consecuencias negativas a su infractor como un motivo complementario para su cumplimiento.»). En el mismo sentido, vid. también PEÑARANDA RAMOS, RPDyJP, 2001, pp. 415, 433 y conc.

³⁷ Al respecto, cabe apuntar las críticas del homenajeado a las teorías de la prevención general negativa debido a la racionalidad puramente instrumental en la que unilateralmente se sustentan (desatendien-

justificación propuesta por von Hirsch permite también dar cabida –marginalmente– a la valoración de fines preventivo-especiales de corte positivo (como se infiere de aspectos que el autor trata en sede de determinación del castigo)³⁸. Por todo ello, se trata, a mi entender, de una teoría convincente, que permite captar la complejidad de la pena como institución, adjudicando relevancia en su seno de forma suficiente y equilibrada a fines atendibles de la pena que deben perseguirse mediante el proceso de atribución e imposición del castigo por parte del Estado.

La *teoría de la determinación del castigo* de von Hirsch, por su parte, se ha venido enfocando muy prevalentemente en la categoría de proporcionalidad *ordinal*, aun cuando a mi parecer puede inferirse –afortunadamente– algo más de atención a consideraciones propiamente de proporcionalidad *cardinal* en la exposición que nos presenta en su última monografía. Pese a ello, se sigue echando en falta la ausencia de una adecuada profundización y sistematización de lo que deba entenderse por proporcionalidad cardinal, de las implicaciones que se derivan de tal categoría y de cuál debe ser su contenido específico si este no se limita exclusivamente a la fijación convencional (legislativa)³⁹ de las

do otras razones de carácter valorativo que pueden tener tanta o más importancia que aquella racionalidad y debido a la imagen del hombre egoísta (*homo aeconomicus* que procura maximizar su bienestar) sobre la que se construyen y al que se dirige la pena (desatendiendo que hay distintas clases de sujetos que son destinatarios de las normas –por ejemplo, personas que cumplen el mandato normativo porque es lo correcto debido al contenido de las mismas o a la legitimidad de quien las dicta– y no únicamente una sola –la de quienes guían su conducta en función de la disuasión que pueda generarles el temor a ser castigados–); sobre ello, *vid.* especialmente PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 271 ss.; *vid.* también, con anterioridad, PEÑARANDA RAMOS, RPDYJP, 2001, p. 414.

³⁸ Nuestro homenajeado se muestra crítico –en esencia, por contravenir el principio de proporcionalidad y el principio del hecho– con las teorías de la pena que se construyan exclusiva o principalmente en torno a fines de prevención especial y defiende que estos solo pueden tener «a lo sumo, el carácter de fin complementario de una pena definida más bien en clave de retribución o prevención general» y que solo cabe asignar relevancia a la prevención especial positiva (resocialización) como fin siempre que se oriente a conseguir un respeto externo de la ley por parte del penado y a que el tratamiento resocializador sea ofrecido y no coactivamente impuesto a este (*vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 282 ss. –en p. 286 se descarta la admisibilidad del fin de prevención especial negativa puesto que supondría el «castigo anticipado de un hecho futuro, fáctica y normativamente incierto, para el que el Estado carece de legitimación.»–).

³⁹ Peñaranda Ramos critica la regulación española de la PPR (aunque no solo) a partir de un argumento que pivota, en esencia, sobre la contravención a exigencias de proporcionalidad cardinal: tras precisar que dichas exigencias se vinculan con el juicio «acerca de la pena que podría ser apropiada para [el] [...] delito que se tome como punto de referencia o de “arranque” para iniciar la escala gradual de penas» y que «[e]llo depende de una convención acerca de la amplitud que debe tener esa escala y acerca de cuáles habrían de ser sus límites superior e inferior», el autor puntualiza que la «fijación de esos límites, el “anclaje” de la escala de penas [...] no es ya una cuestión de proporcionalidad ordinal, sino de proporcionalidad cardinal o no relativa; y es dependiente de la convención que sirva de base a esa escala. Alterar los límites de esta implica, por tanto, también cambiar esa convención.» (PEÑARANDA RAMOS, 2023, p. 568) y apostilla «lo cierto es que «no todas las convenciones son igual de aceptables», pues «existen límites a la severidad del castigo». Y estos límites, tienen en nuestro Derecho un relieve constitucional, que se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona en el art.10.1 CE, del derecho a no sufrir penas ni tratos inhumanos o degradantes en el art.15 CE y del mandato de resocialización del art.25.2 CE, que, a mi juicio, debe orientar toda la política penal y penitenciaria, incluyendo en ello la propia configuración legal de las penas privativas de libertad, y no sólo su «ejecución penitenciaria» [...]. «[L]a introducción de

escalas penales⁴⁰. Así, por ejemplo, von Hirsch sigue sin efectuar referencia alguna a qué relevancia puede o debe tener (si es que alguna) en la determinación del castigo en supuestos de unidad delictiva la previsión de límites jurídicos a la acumulación aritmética de penas previstos para supuestos concursales en los sistemas de corte continental o de *bulk discounts* en supuestos de *multiple offence sentencing* en sistemas angloamericanos⁴¹ –previsión que, a mi entender, constituye sin duda un claro aspecto de proporcionalidad cardinal: la idea de morigeración latente en la punición de supuestos más complejos de concurrencia de delitos debería reflejarse también de alguna manera en la ordenación de los delitos y de las penas en supuestos más simples de perpetración de un único delito–⁴². Además, el enfoque de medición de la pena de von Hirsch presenta una capacidad de rendimiento sensiblemente limitada –en contraposición a la amplitud de su teoría de justificación del castigo–, ya que se orienta especialmente hacia delitos con víctimas concretas en los que la configuración de la pena surge de la valoración de aspectos predominantemente vinculados con la afectación *material* de la esfera de la víctima identificable, desatendiendo el daño *intelectual* que el delito produce en la norma jurídica y dejando fuera de su alcance, por ejemplo, delitos que afectan a bienes jurídicos con referente supraindividual, como sucede en numerosos delitos que atentan contra el orden socio-económico⁴³.

Con lo manifestado hasta aquí el lector puede tener ya una visión panorámica y crítica de los aspectos más salientes del planteamiento de von Hirsch. El estudio de sus ideas resultó indispensable desde la década de los años seten-

la pena de PPR supone un sacrificio innecesario, no sólo de la libertad, sino también de los demás derechos, valores y principios constitucionales mencionados, y es, por tanto, contraria al principio de proporcionalidad o prohibición de exceso que la Constitución española asimismo reconoce» (PEÑARANDA RAMOS, 2023, pp. 569 ss.).

⁴⁰ Y, en su caso, de la fijación en abstracto de la penalidad que condiciona la posibilidad de aplicar penas no privativas de libertad (*'in-out' boundary*) a la que anteriormente se hizo referencia *supra*.

⁴¹ La teoría de von Hirsch se centra en la determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva; en este sentido, *vid.* VON HIRSCH, 2017 (b), p. 186 y *vid.* también, por todos, PEÑARANDA RAMOS, 2024, pp. 340 ss. Sin embargo, ello supone desatender que deben estipularse castigos en abstracto e imponerse penas en concreto en supuestos de comisión de múltiples delitos y que, por tanto, las exigencias de proporcionalidad ordinal (paridad y ordenación por rangos) *también* deben tenerse presente de alguna manera en supuestos concursales (*multiple offence sentencing*). La interpretación de lo que deba entenderse por *nivel de severidad de castigos del sistema* no debe circunscribirse entonces exclusivamente a lo que estipulen las normas *legislativas* que fijan penas mínimas y máximas para cada ofensa y pensadas para supuestos de unidad delictiva. Explícita o implícitamente se alude a los conceptos de proporcionalidad cardinal y/o ordinal también en el ámbito de la concurrencia delictiva, entre otros, en JAREBORG, 1998, pp. 129 ss.; MAÑALICH RAFFO, Política Criminal, 2015, pp. 511 ss.; COUSO SALAS, 2021, pp. 331 ss.; BASSO, 2024, pp. 13 ss., y PEÑARANDA RAMOS, 2024, pp. 340 ss.

⁴² Sobre ello, *vid.*, entre otros, BASSO, 2019, pp. 309 ss., y BASSO, 2024, pp. 13 ss.

⁴³ Al respecto, *vid.*, por todos, MARTÍN LORENZO, ADPCP, 1997, p. 544, y FELJOO SÁNCHEZ, In-Dret, 2007, p. 8.

ta del siglo pasado, en la que contextualmente sus aportaciones permitieron construir una alternativa frente a sistemas de pena indeterminada y contribuyeron al logro de una creciente y necesaria sistematización *ordinal* de delitos y penas en el ámbito anglonorteamericano⁴⁴. En tiempos contemporáneos, caracterizados por una recepción creciente del principio de legalidad⁴⁵ y por la existencia (si bien con imperfecciones y amplio espacio para la mejora) de sistematizaciones ordinales bastante más avanzadas, las ideas de von Hirsch siguen siendo imprescindibles: lo que se debe combatir actualmente son las tendencias expansionistas de carácter punitivo y de corte irracional que se constatan desde hace décadas en los sistemas occidentales (y ello tanto en el ámbito continental como en el anglonorteamericano). En la edificación de un sistema conceptual capaz de contribuir exitosamente a neutralizar y revertir tales tendencias la teoría penológica de von Hirsch tiene aún mucho por aportar⁴⁶, especialmente si se avanza colocando el énfasis –no solo en lo *ordinal* sino también– en la profundización del concepto, de los contenidos y de las implicaciones de las exigencias de proporcionalidad *cardinal* del castigo⁴⁷; en dicha línea parece situarse (aun cuando de forma todavía embrionaria y requerida de ulteriores desarrollos) la última gran obra de von Hirsch.

El enfoque de von Hirsch –que desde una teoría mixta de la pena fundamenta castigos *cardinalmente* moderados y *ordinalmente* igualitarios– ostenta, en términos generales, una capacidad de rendimiento difícilmente discernible en otros modelos conceptuales para afrontar los retos actuales que se plantean en tiempos caracterizados por la (no infrecuentemente irracional) deriva expansionista en materia penal. Lo mismo cabe decir de las múltiples

⁴⁴ En tal contexto priorizar el desarrollo de las exigencias de proporcionalidad ordinal resultaba especialmente razonable.

⁴⁵ Incluso en el ámbito anglonorteamericano (VON HIRSCH, 2017 (a), p. 71).

⁴⁶ En dicha línea, *vid.*, por ejemplo, la propuesta ofrecida en BASSO, 2019, pp. 271 ss.

⁴⁷ En particular, si la noción de proporcionalidad *cardinal* se vincula –desde un plano de *lege ferenda*– con la *moderación* en la previsión e imposición de penas, debieran precisarse con mayor detenimiento qué consideraciones podrían fundamentar jurídicamente –con apego a valoraciones legislativas, constitucionales, dogmáticas, político-criminales, penológicas o de otra índole– un deber de sancionar conforme a niveles *moderados* de severidad del sistema penal (se alude, por ejemplo, a consideraciones histórico-culturales, a criterios de humanidad y a factores de eficiencia en SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 391). Así, cabría preguntarse si, más allá de los niveles de punición *legislativamente fijados* para cada delito, existen argumentos para justificar una interpretación restrictiva de los alcances de las normas de sanción previstas para supuestos de unidad delictiva. En dicha línea, la existencia de límites constitucionales o legales a la pena o de descuentos punitivos (*bulk discounts*) respecto a la pena aplicable en supuestos de concursos de delitos (*multiple offence sentencing*) podrían constituir razones de *lege lata* de (alguna) utilidad para *interpretar* los niveles de severidad de los castigos (legislativamente) contemplados por el sistema a través de la previsión de penas legales mínimas y máximas (para cada delito y para cada clase de pena); sobre ello, *vid.* BASSO, 2019, pp. 303 ss. En el planteamiento de von Hirsch, no queda claro si la moderación a la que alude constituye una pura preferencia político-criminal o si la misma presenta (también) un fundamento jurídico emanado del Derecho positivo.

aportaciones que nos ha brindado el prof. Peñaranda a lo largo de su trayectoria. A ti van dirigidas estas líneas, querido Enrique, con mi máximo afecto y mi profundo agradecimiento por todo.

BIBLIOGRAFÍA

- BASSO, Gonzalo J.: Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho, Madrid, 2019.
- *Lineamientos de la determinación judicial de la pena*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 13-36.
- COUSO SALAS, Jaime: *¿Se justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través de su cumplimiento sucesivo? Consideraciones críticas, a partir del principio de proporcionalidad de las penas, y en perspectiva comparada*, en Concurso de delitos. Problemas fundamentales, Valencia, 2021, pp. 331-358.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J.: *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*, InDret, n. 1, 2007, pp. 1-20.
- JAREBORG, Nils: Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing, en Fundamentals of sentencing theory, Oxford, 1998, pp. 129-140.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena*, Política Criminal, vol. 10, núm. 20, 2015, pp. 498-525.
- MARTÍN LORENZO, María: *Una explicación dual del castigo. Comentario crítico de la propuesta de von Hirsch y Hörnle*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. L, 1997, pp. 533-559.
- MORRIS, Norval: *The future of imprisonment: toward a punitive philosophy*, Michigan Law Review, vol. 72, 1973-1974, pp. 1161-1180.
- Madness and the Criminal Law, Chicago, 1982.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 23, 2000, pp. 289-321.
- *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, vol. 2, 2001, pp. 401-442.
- *Lección 8: La pena: nociones generales*, en Introducción al Derecho Penal, 2.^a ed., Cizur Menor, 2015, pp. 255-293.
- *Prisión permanente revisable, merecimiento, proporcionalidad y legitimidad de las penas*, en Liber amicorum en homenaje al profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Madrid, 2023, pp. 549-570.

- *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 283-408.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2025.
- VON HIRSCH, Andrew: Doing justice. The Choice of Punishments. Report of the Committee for the study of incarceration, New York, 1976.
- *Utilitarian sentencing resuscitated: the American Bar Association's second report on criminal sentencing*, Rutgers Law Review, vol. 772, 1980-1981, pp. 772-789.
- Past and future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals, New Jersey, 1985.
- Censure and sanctions, New York, 1993.
- *Proportionate sentences for juveniles. How different than for adults?*, Punishment & Society, vol. 3, issue 2, 2001, pp. 221-236.
- Deserved criminal sentences, Oxford, 2017 (a).
- *Multiple-Offence Sentencing. Some Additional Thoughts*, en *Sentencing Multiple Crimes*, New York, 2017 (b), pp. 183-187.
- *Censure and Hard Treatment in the General Justification for Punishment: a Re-conceptualisation of Desert-oriented Penal Theory*, en Penal Censure. Engagements Within and Beyond Penal Desert Theory, Oxford, 2019, pp. 87-92.
- VON HIRSCH, Andrew/JAREBORG, Nils: *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 11, 1991, pp. 1-39.

3. DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO IDEAL: UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

NICOLÁS CANTARD VANNI
Profesor Ayudante
Universidad Autónoma de Madrid

I

Dentro de la inmensa cantidad de problemas que supone la teoría de la concurrencia delictiva, el de la determinación judicial de la pena parece ser, a priori, uno de aquellos que no presenta demasiados inconvenientes. El legislador establece las pautas que deben tenerse en cuenta en cada una de las penas asignadas a los delitos concurrentes y el juez debe proceder conforme con aquellas pautas para formar la pena concursal. La dificultad consistente en individualizar esa pena concursal, en todo caso, es propia de toda determinación de la pena, aun en situaciones de unidad delictiva, por lo que las reglas específicas de los artículos 73 ss. CP no agregarían nada particular a dicha dificultad.

Asimismo, dentro de las tres modalidades concursales que prevé el Código penal español, la regla de determinación de la pena prevista para el concurso ideal resulta ser aquella que se muestra como más sencilla. La regla prevista para el concurso real siempre ha sido la que mayores inconvenientes ha generado en la doctrina y jurisprudencia, debido a la conjugación que debe darse, según sea el caso, entre las disposiciones de los artículos 73 y 75 CP, como así también, si cabe, de los límites a la acumulación que establece el artículo 76 CP. Por su parte, el concurso medial, que gozaba de las mismas ventajas —e inconvenientes— que el concurso ideal, a partir del año 2015 tiene

una regla de determinación de la pena específica que ha generado diversas variantes interpretativas. Por lo tanto, a poco que uno se aboca al estudio de las consecuencias penológicas de los concursos se encuentra con una serie de problemas que nos demuestran el carácter aparente de aquella supuesta sencillez.

En ese sentido, la regla prevista en el artículo 77.2 CP para determinar la pena en el concurso ideal se muestra, comparativamente, con una notable simplicidad. El proceso de formación de la pena concursal en este caso, con base en el principio de absorción agravada, indica al juez que la pena concursal se debe establecer dentro de la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave. A diferencia del proceso de formación previsto para el concurso medial y el concurso real, que parte de la base de penas concretas para determinar la infracción más grave, en el primer caso, o para proceder a su acumulación, en el segundo, la determinación de la pena del concurso ideal supone, en principio, un punto de partida distinto: la pena prevista en abstracto de los delitos concurrentes. Esta manera de interpretar el artículo 77.2 CP, si bien con matices que se pondrán de manifiesto, es absolutamente dominante en la doctrina y jurisprudencia española.

No obstante, como se verá, esta diferencia en el proceso de formación de la pena concursal produce algunas inconsistencias en orden a mantener la proporcionalidad ordinal entre las modalidades concursales. En esta breve contribución se pretende ofrecer una interpretación alternativa a dicho proceso, que también consista en partir de una pena en concreto. Ello permitiría, por una parte, poder establecer con mayor fehaciencia cuál es la infracción efectivamente más grave, y, por el otro, evitar las inconsistencias sistemáticas que produce la interpretación mayoritaria. El aspecto más crítico que tiene esta propuesta interpretativa es el de su compatibilidad con el tenor literal del artículo 77.2 CP. Frente a una postura que denuncia expresamente su incompatibilidad de *lege lata*, creo que no cabe afirmar ello de manera tajante y que hay argumentos que permiten conciliar la propuesta con la letra de la ley.

II

La determinación de la pena del concurso ideal contiene dos reglas distintas: por una parte, la regla primaria, con base en el principio de absorción agravada, que consiste en establecer un submarco ubicado en la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, y, por el otro, la regla subsidiaria, consistente en imponer la pena resultante de la sumatoria de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, en caso de que ésta

sea más leve que aquélla. En otras palabras, la pena del concurso ideal tiene como límite la del concurso real. Este criterio, que también se encuentra presente en la regla del concurso medial, tiene pleno sentido en la lógica que establece el Código para graduar los concursos: el concurso real es el más grave de todos¹, el ideal es el menos grave, y el concurso medial tercia entre ambos². Por lo demás, también la regla principal supone un límite que el juez no puede superar, que viene dado por el máximo de la pena prevista para la infracción más grave. Esta circunstancia es una de las principales diferencias que tiene con el principio de exasperación, en el que se basa la regla relativa al concurso medial, en el cual se prevé la posibilidad de rebasar el máximo de la pena de referencia³.

Según lo dicho, entonces, de conformidad con el artículo 77.2 CP el juez debe, en primer lugar, establecer cuál es la infracción más grave, para después ubicar el submarco en la mitad superior. Sobre este primer momento de determinación, lo que genera mayores dudas es qué elementos deben tenerse en cuenta en esa etapa de individualización de la pena⁴. Hay quienes entienden que, para identificar la pena más grave, deben tenerse en cuenta los marcos penales concretos de cada uno de los delitos concurrentes, incorporando todas las circunstancias modificativas⁵, mientras que otros han entendido que debe hacerse teniendo en cuenta los marcos penales abstractos sin la inclusión de aquellas circunstancias⁶. La opinión mayoritaria, en este punto, considera que

¹ No solamente debido al principio de acumulación que lo rige, sino también por la existencia de reglas subsidiarias, tanto en el concurso ideal como en el concurso medial, que impiden que puedan suponer una pena superior a la que cabría imponer de tratarse de un supuesto de concurso real. En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO, CDJ, 2006, pp. 182 ss., refiere que «[e]xiste un principio general del Derecho penal, conforme al cual, en ningún caso el tratamiento penal de una pluralidad de hechos delictivos, puede conducir a una consecuencia penológica que exceda de la suma de las penas individuales».

² Esta es la lógica que motivó la modificación de la regla del artículo 77.3 CP por parte de la LO 1/2015 (*vid.*, por todos, PEÑARANDA RAMOS, 2024, p. 286).

³ CUERDA RIEZU, 1992, pp. 167 ss.; CUGAT MAURI, 2011, p. 664, y nota 435; GONZÁLEZ RUS, 2000, pp. 1043 ss.; GUINARTE CABADA, Estudios penales y criminológicos, 1988-1989, p. 203; SANZ MORÁN, 1986, p. 31. En cambio, mencionan que el concurso ideal está regido por el principio de exasperación, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 449; MIR PUIG, 2015, p. 678; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 2022, pp. 513 ss. Por otra parte, BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006, p. 549, se refieren a la regla del artículo 77 CP como de acumulación jurídica.

⁴ En detalle sobre las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, *vid.* ORTEGA MATE-SANZ, 2022, pp. 361 ss.; ROIG TORRES, 2012, pp. 362 ss.

⁵ Entre otros, BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006, p. 549; CHOCLÁN MONTALVO, CDJ, 1995, p. 356; CHOCLÁN MONTALVO, 1997, pp. 315, 341 ss., 395 ss.; CUELLO CONTRERAS, 2009, vol. II, pp. 692 ss., modificando su punto de vista anterior, que la entendía como pena en abstracto (*vid.* CUELLO CONTRERAS, ADPCP, 1979, p. 471, nota 238); LLORCA ORTEGA, 2005, p. 204 (aunque luego, en pp. 206 ss., afirma que la mitad superior se determinará sin tener en cuenta las circunstancias modificativas ordinarias); MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, pp. 685 ss., núm. 5587; VIZUETA FERNÁNDEZ, Iustel, 2021, pp. 25 ss., con citas de sentencias del Tribunal Supremo también en este sentido.

⁶ BASSO, 2024, pp. 16, notas 11 ss., 33; GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 445, partidario de una consideración en abstracto, concede que «[e]n todo caso, podría admitirse que [...] tuviera también en consideración el grado de participación y de ejecución»; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 2022, p. 514. También el Tribunal

deben analizarse los marcos penales abstracto-concretos, que incluyan el análisis de ciertas circunstancias, como las de grado de ejecución y grado de participación, pero no aquellas atenuantes o agravantes *ordinarias* vinculadas al artículo 66 CP⁷. Esa opinión mayoritaria, a su vez, se divide en relación con la posibilidad de considerar o no, en esta etapa, a las circunstancias modificativas *extraordinarias* o de significación excepcional, como eximentes incompletas, error de prohibición vencible o atenuantes muy cualificadas⁸.

Una clara muestra de la diferencia de criterios existentes se manifiesta en la STS 513/2006, de 5 de mayo, en la que se analizó la determinación de la pena establecida para el autor de un delito de lesiones (art. 148.1 CP) y homicidio imprudente (art. 142 CP), en concurso ideal, concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa (art. 21.1.^a CP), a quien se había condenado a tres años de prisión. El único motivo del recurso estaba vinculado a la inaplicación indebida del límite previsto en el artículo 77, incisos 2 y 3 CP anterior a la reforma del año 2015 —que, en lo sustancial, se mantiene inalterado en la regulación vigente—, que hacía referencia a la imposibilidad de establecer una pena superior a la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente.

Al abordar la forma de determinar la pena en el concurso ideal, el Tribunal Supremo sostiene que, para calcular la pena que correspondería a la punición separada, debe considerarse la pena máxima que resultaría de una individualización en la que se aplique, en cada uno de los delitos, la atenuante cualificada del artículo 21.1 CP en cada uno de esos delitos, ya que «no se trata de imponer al reo la pena mínima en todo caso, lo que supondría aplicar

Supremo en alguna ocasión lo ha entendido así, como se detalla en las sentencias que menciona ROIG TORRES, 2012, pp. 367 ss., al igual que en la sentencia que se referencia a continuación en el texto.

⁷ Por todos, *vid.* GONZÁLEZ RUS, 2000, p. 1046.

⁸ En contra de su consideración, en lo que podríamos denominar tesis de la «individualización abstracta-concreta menos concreta», CUGAT MAURI, 2011, p. 684; GARCÍA ALBERO, 2024, pp. 568 ss., quien entiende que deben operar una vez identificado el marco específico del concurso ideal consistente en establecer la mitad superior de la infracción más grave; ORTEGA MATESANZ, 2022, pp. 373 ss. (sin embargo, en pp. 393 ss., se manifiesta en favor de una comparación con base en las penas «totalmente individualizadas, como si se tratara de infracciones aisladas o autónomas»); ROIG TORRES, 2012, pp. 378 ss. A favor, en lo que denominaríamos tesis de la «individualización abstracta-concreta más concreta», CÓRDOBA RODA, 1972, pp. 373 ss.; GALLEGO DÍAZ, 1985, pp. 439, 441; GONZÁLEZ RUS, 2000, pp. 1046 ss.; MIR PUIG, 2015, p. 678, parece ubicarse dentro de esta última posición, al indicar que «[h]abría que estar a la pena que corresponda tomando en consideración la necesidad de acudir a la *pena superior o inferior en grado*, pero sin concretarla en su *mitad superior o inferior* en atención a las circunstancias modificativas concurrentes o al posible uso del arbitrio judicial, ya que la ley remite a la mitad superior de la pena más grave y ello parece presuponer que se refiere a la pena que corresponda *antes* de considerar si debe aplicarse en su mitad superior o inferior» (destacado en el original). Con ello pareciera estar a favor de incluir en esta primera etapa de determinación a las circunstancias de modificación excepcional, pero no a las circunstancias genéricas del artículo 66 CP; sin embargo, no queda claro qué ocurriría en caso de concurrir varias circunstancias genéricas que impliquen un salto de grado; SANZ MORÁN, 1986, p. 224.

un beneficio injustificado, por desproporcionado, sino de establecer un límite máximo a la pena tipo que viene señalada con carácter general por la regla del artículo 77, sin perjuicio de aplicar después las reglas de la individualización que prevén que el Tribunal tenga en cuenta no solo las circunstancias modificativas concurrentes, sino también las circunstancias del culpable y la mayor o menor gravedad del hecho», es decir, las genéricas del artículo 66 CP. En ese sentido, indica que la pena inferior en grado –por aplicación del artículo 68 CP, debido a la eximente incompleta– del delito de lesiones del artículo 148.1 CP (cuya pena en abstracto es de 2 a 5 años) tiene un máximo de 2 años menos un día. En el caso del homicidio imprudente del artículo 142.1 CP (cuya pena en abstracto es de 1 a 4 años), la pena inferior en grado –por aplicación de la misma circunstancia– tiene un máximo de 1 año menos un día. Por lo tanto, concluye el Tribunal, «la pena máxima imponible [...] alcanzaría los dos años, once meses y 28 días, extensión que opera como límite máximo de la regla primera del artículo 77».

Ahora bien, para efectuar la comparación, el Tribunal se dispone también a calcular la pena según la regla primaria que establece el artículo 77 CP para el caso de concurso ideal. En ese punto, dice el Tribunal Supremo que «[l]a pena aplicable al concurso medial [sic] según esta primera regla del artículo 77 sería la correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior. En este caso, la pena de prisión de dos a cinco años señalada al delito de lesiones del artículo 148, que en su mitad superior queda comprendida entre tres años y seis meses y cinco años. Pena tipo de la que es necesario partir, y que habrá de ser degradada al menos en un grado por aplicación del artículo 68 del Código, lo que determina una pena situada entre un año y nueve meses y tres años, cinco meses y veintinueve días». Es decir, en su interpretación de la regla principal tiene en cuenta el marco penal abstracto para aplicarle la mitad superior, y recién allí incorporar la atenuante privilegiada. En consecuencia, los tres años impuestos al condenado por el *a quo*, si bien se encuentran dentro del margen de la regla principal, se exceden respecto de los de la regla subsidiaria, ya que la suma resultante de la acumulación –en la interpretación del Tribunal– había arrojado una pena de 2 años, 11 meses y 28 días; por tal razón, al compartir «los criterios a los que se ajusta la sentencia del Tribunal del Jurado y la sentencia impugnada para la individualización de la pena, que confirma los de la anterior, [...] manteniendo los mismos razonamientos, el motivo se estima, produciendo como efecto la individualización de la pena en el límite máximo legalmente procedente para este caso concreto, esto es en dos años, once meses y veintiocho días de prisión».

Más allá de la particularidad que tiene la sentencia de calcular el límite de la regla subsidiaria del artículo 77 CP, al considerar que ese tope viene dado por la *pena máxima* que cabría imponer si los delitos se penaran separadamente⁹, cuando el Código en ningún momento se refiere a dicho límite en esos términos, sino a las penas «que correspondería aplicar», esto es, a una pena individualizada en el caso concreto¹⁰, lo que me interesa destacar aquí es la diferencia de criterios utilizados en una misma sentencia para establecer cuál es la infracción más grave, como un ejemplo extremo de la falta de consenso que existe en este punto.

En tal sentido, el Tribunal tiene en cuenta la mitad superior de los marcos penales abstractos y recién luego aplica la circunstancia atenuante privilegiada, subvirtiendo de esa manera el procedimiento realizado previamente para determinar el límite, según la regla subsidiaria, en el que primero aplicó la rebaja en grado debido a la atenuante, para luego asumir hipotéticamente la pena que cabría imponer por cada delito. De haber mantenido el criterio utilizado en la determinación del límite de la acumulación, debería haber establecido el submarco de ambos delitos, aplicándole la reducción en un grado a las dos penas previstas en abstracto para, recién luego, ubicar la mitad superior. En ese esquema, el delito de lesiones hubiese quedado con un submarco de un año a dos años menos un día, y el de homicidio imprudente de seis meses a un año menos un día. Al resultar el primero de ellos el de mayor gravedad, se procedería a aplicar la mitad superior, obteniendo un nuevo submarco concretizado en un año y medio a dos años menos un día, donde el juez debería determinar la pena concursal final, que, en todo caso, quedaría por debajo del límite previsto por la regla subsidiaria, según la extraña forma de calcularla que realizó el Tribunal Supremo.

⁹ Así, también, la STS 1051/2006, de 30 de octubre. Sin embargo, en otras resoluciones ha hecho expresa mención de la necesidad de establecer las penas que concretamente habría impuesto efectivamente el Tribunal (*vid.*, entre otras, las SSTS 580/2010, de 16 de junio, 39/2007, de 26 de enero, 1047/2006, de 9 de octubre, 852/2006, de 26 de julio, 745/2005, de 16 de junio, 11/2004, de 15 de enero). Sobre las vacilaciones del Tribunal Supremo a este respecto, *vid.* ROIG TORRES, 2012, pp. 390 ss.

¹⁰ Opinión casi unánime en la doctrina (*vid.*, por todos, GONZÁLEZ RUS, 2000, p. 1050 y nota 325). En cambio, proponen que se tengan en cuenta la pena resultante de sumar los mínimos, BASSO, 2024, pp. 33 ss.; ROIG TORRES, 2012, p. 390. SANZ MORÁN, 1986, pp. 225 ss., lo sostiene para los casos en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes. Esta interpretación, como bien observa Llorca Ortega, si bien era plausible —como también la opuesta, que considera los máximos— con la regulación del artículo 71.2 del Código derogado, que hacía referencia a la suma «de las que pudieran imponerse», resulta difícil de asumir con la actual regulación del artículo 77.2 CP, que se refiere a la suma «de las que correspondería aplicar» (*vid.* LLORCA ORTEGA, 2005, pp. 207 ss.). Asimilar la directiva del Código con la interpretación que de ella hace el Tribunal Supremo resulta tanto como decir que, en los casos de concurso real, siempre deben imponerse las penas en su límite mayor, lo cual es completamente arbitrario.

Luego de individualizadas las penas correspondientes a cada uno de los delitos, sea con un criterio más abstracto o más concreto, debe establecerse cuál es la más grave de ellas. En penas de la misma naturaleza no debería resultar problemático, puesto que la que mayor intensidad cuantitativa represente será la más grave, de conformidad con el artículo 33 CP, que las ordena en función de su naturaleza y duración¹¹. Pese a que el artículo habla de infracciones y no de penas, es unánime la comprensión de que lo que debe identificarse es el delito más grave de los concurrentes, y este será el que tenga prevista la pena más alta¹². Por el contrario, en casos de penas de distinta naturaleza, si bien habrá casos claros –por ejemplo, una pena privativa de libertad difícilmente permita considerar a otra pena como más grave¹³– puede suceder que haya supuestos no tan claros sobre cuál es la más grave¹⁴, situación en la cual debería oírse al reo sobre ese extremo¹⁵.

Una vez identificada la infracción más grave corresponde establecer la mitad superior de la pena en abstracto o del submarco resultante de la aplicación, según el criterio más o menos concreto que se siga, de las características de grado de ejecución y participación, y demás circunstancias extraordinarias que puedan haber concurrido –eximentes incompletas, atenuantes muy cualificadas–¹⁶. Esa será la escala específica del concurso ideal sobre la que habrá de determinarse, finalmente, la pena concursal a imponer, individualizándola según las consideraciones generales del artículo 66 CP¹⁷. Por último, hay que realizar la comparación entre las dos penas concretas finalmente determinadas;

¹¹ MIR PUIG, 2015, p. 678; ORTEGA MATESANZ, 2022, p. 378.

¹² CÓRDOBA RODA, 1972, p. 368; CUERDA RIEZU, 1992, p. 179; GARCÍA ALBERO, 2024, p. 568; GONZÁLEZ RUS, 2000, p. 1047; ORTEGA MATESANZ, 2022, p. 361.

¹³ En este sentido, ORTEGA MATESANZ, 2022, p. 173, propone tener en cuenta, al menos en un primer momento, la gravedad de las penas en abstracto, donde aquellas privativas de libertad serán más graves que las privativas de otros derechos y que las penas pecuniarias.

¹⁴ Incluso puede suceder que el orden de gravedad sea inverso al que, a priori, pareciera establecer el artículo 33 CP. Así, por ejemplo, la privación del derecho a la tenencia de armas o a conducir vehículo a motor por un tiempo superior a 8 años –penas graves– difícilmente puedan considerarse más aflictivas que una pena de prisión de hasta 5 años –pena menos grave–.

¹⁵ GONZÁLEZ RUS, 2000, p. 1048. En cualquier caso, siguiendo a la doctrina mayoritaria, la dificultad de comparar gravedades en penas heterogéneas no es un argumento suficiente en favor de prescindir del régimen de absorción para imponer, en estos casos, siempre el de acumulación (*vid.*, por todos, ORTEGA MATESANZ, 2022, pp. 377 ss.). Así, sin embargo, LLORCA ORTEGA, 2005, p. 205, quien considera que el criterio de absorción o de punición conjunta previsto en el artículo 77 CP exige que los diferentes castigos a unificar sean de la misma naturaleza, puesto que no pueden aunarse elementos heterogéneos, por lo que, en casos de heterogeneidad, los delitos se castigarán separadamente.

¹⁶ LLORCA ORTEGA, 2005, p. 206, quien partía de una individualización que tenga en cuenta la pena concreta, indica, en cambio, que para establecer la mitad superior hay que «suprimirle el influjo de los accidentes ordinarios, de las agravantes y atenuantes de eficacia común, y en la penalidad resultante se obtendrá la mitad superior».

¹⁷ Por todos, GONZÁLEZ RUS, 2000, p. 1050.

por un lado, la resultante de la suma de las penas individualmente consideradas, y, por el otro, la resultante de la individualización dentro de la mitad superior de la infracción más grave¹⁸. Para llevar a cabo esa comparación, hay que tener en cuenta lo dicho anteriormente sobre los criterios a adoptar para establecer un orden de jerarquía en relación con la gravedad que presentan. Si se trata de penas de la misma naturaleza no habrá inconvenientes en identificar la más grave, pero en caso de penas heterogéneas sí que pueden plantearse esos problemas. A estos efectos, las penas de multas se pueden comparar con las de prisión teniendo en cuenta la equivalencia que surge de la responsabilidad personal subsidiaria¹⁹, consistente en computar un día de prisión por cada dos cuotas (art. 53.1 CP). En caso de duda, nuevamente, se debería consultar al reo.

En caso de que la pena acumulada resulte ser inferior que aquella derivada de la absorción agravada, el artículo 77.2 *in fine* CP indica que «se sancionarán las infracciones por separado». La forma en la que se expresa el legislador puede inducir a pensar que establece un régimen de penalidad distinto del acumulativo, ya que ni el artículo 73 CP, ni el artículo 75 CP mencionan que deban penarse por separado, sino que dice que se impondrán todas las penas correspondientes, con lo cual, el cumplimiento por separado podría significar que deban cumplirse una tras otra, sin las restricciones del artículo 76 CP²⁰. Sin embargo, más allá de la deficiente redacción (a la que hay que agregar la mención expresa al inicio del artículo 77 CP de que no serán de aplicación los dos artículos anteriores, cuando luego se impone la regla subsidiaria de la acumulación), no hay razones materiales que justifiquen el apartamiento en estos casos de las reglas relativas al principio de acumulación jurídica que están previstas para los supuestos de concurso real²¹. Si uno de los límites máximos a la penalidad del concurso ideal viene dado por no sobrepasar la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente, es porque se está pensando en el principio de acumulación como referencia de máxima penalidad²². Y, si la idea que subyace a esta regulación es que el concurso ideal no pueda derivar en una pena mayor que la del concurso real, la no aplicación de los límites del artícu-

¹⁸ No sería comparable una pena concreta con un marco penal, por más concretizado que se encuentre, y, sin embargo, así ha operado la jurisprudencia en algunas ocasiones (*vid.* CUERDA RIEZU, 1992, pp. 190 ss.), como también ha quedado demostrado en la sentencia citada en el cuerpo del texto.

¹⁹ GONZÁLEZ RUS, 2000, p. 1051; SANZ MORÁN, 1995, p. 231.

²⁰ Sobre ello, *vid.* CUERDA RIEZU, 1992, pp. 53 ss., quien expone las razones históricas para descartar esa hipótesis interpretativa.

²¹ Así es entendido unánimemente por la doctrina, *vid.*, por todos, ROIG TORRES, 2012, p. 397.

²² Se ha dicho, con acierto, que el principio de acumulación «comporta una *ventaja* fundamental, sobre la que existe amplio acuerdo: sirve para fijar el límite máximo de punición en caso de concurso de delitos» (*vid.* SANZ MORÁN, 2016, p. 18 –destacado en el original–).

lo 76 CP para estos casos iría en contra de ese propósito²³. Además, el 77.3 *in fine* CP sí que menciona la imposibilidad de exceder el límite previsto en el artículo 76 CP, por lo que, una interpretación sistemática de ambas regulaciones obliga a entender que, teniendo el concurso ideal y medial la misma referencia comparativa en relación con el concurso real (*i.e.* que la pena resultante no pueda exceder la suma de las penas que se impondrían de penarse separadamente)²⁴, el concurso medial no puede tener un límite adicional que lo ubique en mejor posición que al concurso ideal, por razones de proporcionalidad ordinal.

III

Para finalizar, quisiera plantear una forma alternativa de proceder a la determinación de la pena del concurso ideal, que sea compatible con la actual regulación. En este sentido, creo que la mejor forma de establecer cuál es la infracción más grave pasa por proceder a una individualización previa que consista en tener en cuenta las *penas en concreto* que cabría imponer por cada uno de los delitos. Esta interpretación no implica realizar nada distinto de lo que el juez ya debe hacer, de acuerdo con el artículo 77.2 y 77.3 CP, para evitar superar el límite que impone la regla subsidiaria relativa a la acumulación. Esto es, debe determinar la pena para cada delito, considerando todas las circunstancias existentes –ordinarias y extraordinarias–, como si se tratase de casos de unidad delictiva, es decir, sin tener en cuenta la situación de concurrencia. En este punto hay acuerdo en la doctrina²⁵, aunque ya vimos que en la jurisprudencia puede no ser tan diáfano; la diferencia surge en relación con la individualización de conformidad con la regla general de determinación, *para identificar cuál es la más grave*, y sobre la cual hay que establecer la mitad superior.

Como fuera expuesto, mientras que la mayoría de la doctrina –con las matizaciones indicadas– considera que hay que tener en cuenta la pena abstracta-concreta, creo preferible que aquí también se tenga en cuenta la pena concreta individualizada, cuya extensión el juez ya tuvo que determinar. Al igual que acontece con la determinación de la pena en el concurso medial, si hay que realizar una individualización de la pena en cada delito concurrente para poder establecer cuál sería la pena final de conformidad con la regla subsidiaria de la acumulación, no parece correcto excluir tampoco en este proceso

²³ Por todos, ORTEGA MATESANZ, 2022, pp. 404 ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, Iustel, 2021, pp. 35 ss.

²⁴ Lógica que viene manteniéndose desde las discusiones del Anteproyecto del Código penal de 1848 (*vid.* GALLEGU DÍAZ, 1985, pp. 424 ss.).

²⁵ Por todos, CUERDA RIEZU, 1992, pp. 194 ss., y nota 72.

las circunstancias genéricas del artículo 66 CP para determinar la pena con la regla principal de la absorción. A este respecto, es preciso destacar que las valoraciones que se hagan sobre ellas en dicho momento no pueden volver a realizarse al determinar luego la pena concursal, la cual solo debería tener en cuenta –de nuevo, al igual que en la regla del 77.3 CP²⁶– la regla relativa a la mayor o menor gravedad del *hecho concursal* (art. 66.1.6.^a CP).

En contra de esta forma de entender la determinación de la pena en esta primera etapa se argumenta que choca abiertamente con la necesidad de contar con un marco penal, o submarco, luego de aplicar las reglas relativas a autoría, participación y circunstancias excepcionales, sobre el cual establecer la mitad superior²⁷. Sin embargo, ello no es del todo así. Como ha sostenido Vizueta Fernández, si bien el artículo 77.2 CP exige imponer la pena más grave en su mitad superior, de ello no se deriva que haya de partirse en todo caso de una pena en toda su extensión, puesto que el Código penal ofrece la posibilidad de imponer la mitad inferior o superior de una pena como resultado de una previa división en mitades. Por ello, no habría ningún inconveniente legal en aplicar las mitades inferiores o superiores como consecuencia de las circunstancias modificativas ordinarias y luego, sobre ellas, aplicar la mitad superior del concurso ideal. Por lo demás, de concederse el argumento, estaría igualmente excluida –por las mismas razones que aducen– la aplicación de las circunstancias ordinarias del artículo 66 CP *luego* de haber aplicado la mitad superior en virtud de la absorción agravada²⁸.

No obstante, la crítica seguiría siendo válida para una propuesta de determinación concreta en una pena puntual, como la que aquí se defiende, en la cual ya no habría ninguna posibilidad de dividir en mitades. Es decir, la necesidad de establecer la mitad superior de una infracción supone tener en cuenta un marco penal, con mayor o menor grado de concreción, que suponga un límite inferior y otro superior, lo cual es incompatible con tener como base a una pena concreta.

²⁶ No puedo aquí extenderme sobre toda la discusión que ha suscitado la referencia que hace el artículo 77.3 CP a los criterios del artículo 66 CP para individualizar la pena final, cuando esos criterios ya se debieron considerar al establecer la pena concreta de los delitos. No obstante, quisiera hacer una breve mención sobre cómo considero que debe interpretarse esa indicación, debido a que entiendo que lo mismo cabría sostener respecto del concurso ideal: como una nueva valoración sobre circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta al momento de establecer las penas concretas violaría el *non bis in idem*, la referencia solo puede entenderse respecto de aquellos elementos que no hayan sido valorados previamente. En este sentido, de acuerdo con una interpretación sistemática que tenga en cuenta estas consideraciones, la indicación que el legislador le hace al juez en esa última parte está orientada a que valore la «mayor o menor gravedad del hecho» *concurso* (ex artículo 66.1.6.^a CP), esto es, que tenga en cuenta la circunstancia del desvalor propio que tiene la concurrencia delictiva y que, lógicamente, no fue tenida en cuenta al analizar cada delito individualmente considerado.

²⁷ Así, GARCÍA ALBERO, 2024, p. 567; MIR PUIG, 2015, p. 678.

²⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, Iustel, 2021, pp. 27 ss.

Ello es absolutamente correcto, y sin embargo, tengo para mí que es posible compatibilizar la necesidad que impone el artículo 77.2 CP de establecer la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave con la propuesta de individualizar las penas concretas de los delitos concurrentes a los fines de establecer cuál de ellas es la más grave²⁹. Por obvio que parezca, no está demás destacar que el legislador no dice nada sobre cómo determinar cuál es la infracción más grave, que es de lo que aquí se trata, sino que, luego de ello, debe imponerse una pena que se encuentre dentro de la mitad superior de la horquilla correspondiente a dicha infracción. Por lo tanto, lo único que necesitamos es contar con una horquilla que contenga un mínimo y un máximo, para lo cual bastaría con tomar como referencia el último marco penal abstracto-concreto alcanzado, luego de aplicar todas las circunstancias modificativas, dentro del cual se individualizó la pena identificada como la más grave, y sobre él determinar la mitad superior³⁰. Insisto en que la concretización de la pena de cada delito se realiza con la finalidad de poder establecer cuál es efectivamente la pena más grave, respecto de la regla principal –absorción–, pero también con la de llevar a cabo la sumatoria que supone uno de los límites superiores previsto por el artículo 77.2 CP, de acuerdo con la regla subsidiaria –acumulación–.

Con este procedimiento pueden ocurrir dos posibles situaciones a considerar: que la pena concreta por la infracción más grave ya se encuentre dentro de la mitad superior, o bien que se encuentre dentro de la mitad inferior. Si ocurre esto último, la *pena concursal* a imponer deberá elevarse, como mínimo, hasta ese nuevo límite inferior. Si, en cambio, la pena concreta se encuentra dentro de la mitad superior, ese monto será el que fije el mínimo de la *pena concursal* que finalmente se imponga. En este último supuesto, razones de proporcionalidad ordinal recomiendan evitar que una pena concursal sea igual a la que se hubiese impuesto en caso de cometerse únicamente ese delito, por lo tanto, sería importante que el juez no imponga exactamente esa pena, sino una que sea superior, al menos en un día³¹. En el primer supuesto, en cambio, ello se encuentra garantizado por la necesidad de ubicarla en la mitad superior, lo que obliga a elevarla.

Veámoslo con un ejemplo: tomando como referencia el caso de la sentencia citada, en el que concurren idealmente el delito de lesiones agravadas

²⁹ ROIG TORRES, 2012, p. 379, afirma, pese a sostener una posición diferente, que esta interpretación no sería contraria a la expresión legal del artículo 77.2 CP.

³⁰ De otra opinión, LLORCA ORTEGA, 2005, pp. 206 ss., considera que hay que tener en cuenta el marco penal desprovisto de las circunstancias modificativas, las que volverían a tenerse en cuenta luego de aplicar la mitad superior.

³¹ Esta situación no podría ser considerada por quienes proponen la determinación de la infracción más grave con base en los marcos penales sin llevar a cabo la concretización de cada pena, pues tendrían como referencia toda la extensión de la mitad superior.

(art. 148.1 CP), con una pena prevista de 2 a 5 años, con el de homicidio imprudente (art. 142 CP), que tiene una pena de 1 a 4 años. Imaginemos que no concurre la eximente incompleta que se daba en el caso de la sentencia y se individualizan las penas correspondientes a cada uno de los delitos en 3 años y 1 año, respectivamente³². La identificación de la infracción más grave es, en este caso, la de las lesiones agravadas, sobre la cual hay que establecer la mitad superior, y para ello hay que regresar hasta el último marco alcanzado (2 a 5 años)³³, por lo que quedaría un marco concursal de 3 años y 6 meses a 5 años, dentro del cual el juez debe establecer la pena concursal. Como la pena mayor individualmente alcanzada –3 años– está por debajo del límite inferior de ese submarco, por imperio del artículo 77.2 CP deberá elevarse la pena concursal hasta, por lo menos, los 3 años y 6 meses, y allí tener en cuenta si ese incremento obligado es suficiente para reflejar el desvalor propio de la concurrencia, es decir la mayor o menor gravedad del *hecho concursal* (art. 66.1.6.^a CP), circunstancia que hasta este momento no había sido valorada³⁴, o bien debe elevarse aún más, teniendo como tope máximo los 5 años³⁵.

Ahora modifiquemos brevemente el caso e imaginemos que, siendo todo lo demás igual, la pena individualmente determinada respecto del delito de lesiones hubiese sido de 3 años y 9 meses. Aquí la pena mayor se encontraría inserta en el submarco correspondiente a la mitad superior dentro del cual debería determinarse la pena concursal final –3 años y 6 meses a 5 años–, y una visión estándar sobre la regla del artículo 77.2 CP diría que nada impide que el juez pueda imponer la pena final a partir de los 3 años y 6 meses. Según lo que aquí se viene sosteniendo, en cambio, teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad ordinal, la pena concursal no debería ser inferior a ninguna de las penas individualmente consideradas³⁶, puesto que una situación de concurrencia delictiva es siempre más grave que una de unidad delictiva. Es más, por las

³² Vale la pena recordar que ésta es la forma en que debe individualizarse la pena de conformidad con la regla subsidiaria del artículo 77.2 CP para poder saber cuál sería la pena resultante de «la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones», y no la que llevó a cabo la sentencia, tomando como referencia el máximo previsto en los marcos penales correspondientes.

³³ En este caso coincide con la pena en abstracto prevista en la parte especial para este delito, pero podría ocurrir que se trate de un submarco más preciso de haber existido algún circunstancia modificativa, ordinaria o extraordinaria, como de hecho se daba en el caso real.

³⁴ Recordemos que, hasta este momento, las circunstancias se evaluaron respecto de cada delito *individualmente considerado*.

³⁵ Siempre teniendo en cuenta la regla principal, puesto que en la hipótesis de nuestro caso, de establecerse una pena concursal que sea mayor a 4 años, pasaría a resultar operativa la regla subsidiaria de la acumulación por ser más beneficiosa, ya que las penas separadas fueron de 3 años y 1 año.

³⁶ Ello es así por las mismas razones que se aducen en Alemania respecto del efecto oclusivo del mínimo mayor, que supone el impedimento de imponer una pena en el concurso ideal que esté por debajo del mínimo mayor de las infracciones concurrentes. Esta situación difícilmente se pueda producir en España, debido a la absorción agravada que prevé, a diferencia de la absorción simple prevista en el StGB;

mismas razones, tampoco debería ser igual, debiéndose añadir algo de pena para que refleje el desvalor propio de la concurrencia delictiva. En ese sentido, el submarco sobre el cual el juez debiera determinar la pena concursal final iría desde un mínimo de 3 años, 9 meses y *un día* hasta los 5 años, con la salvedad de que, de superar la suma de las penas impuestas separadamente, 4 años y 9 meses *menos un día*³⁷, se aplicaría esta última.

Entiendo que, con esta interpretación de la regla del concurso ideal, además de esquivar cualquier objeción en atención a una posible vulneración del principio del hecho³⁸, se pueden lograr resultados más concordantes con las restantes reglas de determinación en los concursos. En este sentido, en primer lugar, es la forma de individualización que permite conocer con mayor exactitud cuál de todas las infracciones concurrentes es efectivamente la más grave³⁹, ya que podría ocurrir que en un caso concreto la pena más grave se corresponda con el submarco menos grave, y, frente a esta dualidad valorativa, la pena con el mayor grado de concreción posible es la que mejor refleja la correspondencia con la infracción más grave⁴⁰. Resulta paradójico que exista un amplio consenso en la doctrina para rechazar la interpretación de los marcos abstractos con este mismo argumento⁴¹, pero que, sin embargo, se obvie que

sin embargo, el trasfondo del argumento es idéntico, por lo que, *mutatis mutandis*, lo mismo cabría decir respecto de las penas individualmente consideradas.

³⁷ Si bien el límite que establece el artículo 77.2 CP impone que la pena no puede «exceder» de la suma de las penas individuales, por lo que la literalidad del texto no impediría que ese límite se alcance, aquí nuevamente razones de proporcionalidad ordinal obligan a imponer una pena menor a la que correspondería aplicar en casos de concurso real, debido a que la sistemática del Código supone la existencia de un orden de gravedad diverso según las modalidades concursales que deben reflejarse en la determinación de la pena final. Por las mismas razones, aunque ello no surja de la redacción del articulado, el juez debería tener en cuenta la pena que correspondería aplicar en un supuesto de concurso medial para establecer un parámetro de referencia que permita identificar, también aquí, un tope máximo valorativo.

³⁸ Objeción que suele esgrimirse contra el proceso de pena única, ya que al tomar como base la pena prevista en abstracto por la infracción más grave y sobre ese marco se determinar una sola pena que abarque el desvalor de todos los delitos en cuestión, a diferencia de la pena global que requiere la individualización de cada pena en concreto, el resultado penológico no respetaría el principio del hecho, y el juez terminaría decidiendo la pena con base en otros factores, como puede ser la personalidad del autor. En este sentido, BAUMANN/ WEBER, 1985, pp. 687 ss. (esta mención desaparece, sin embargo, a partir de la 10.ª edición, en la cual empieza a ocuparse Wolfgang Mitsch del concurso de leyes y de delitos); ERB, ZStW, 2005, pp. 66 ss.; MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, 1995, p. 597, refieren que «[l]a pena unitaria fue reclamada, especialmente en una época de una cierta sobreacentuación del derecho penal de autor, como una consecuencia propia del derecho penal de la personalidad, pero [...] no fue recogida en el derecho penal general»; PUPPE, 1979, pp. 11, 162 ss. (en particular, *vid.* nota 21); PUPPE, GA, 1982, p. 145; SANZ MORÁN, 1986, pp. 35 ss.; ZAFFARONI, 1999, T. IV, p. 511.

³⁹ Reconoce este extremo, aunque se decanta por una individualización abstracta-concreta menos concreta, ROIG TORRES, 2012, p. 379.

⁴⁰ Lamentablemente aquí no puedo explayarme más sobre esta posibilidad, pero piénsese en un supuesto en el cual el delito más leve –en términos abstractos– sea cometido de tal forma que suponga el grado máximo de lesividad, y con el más grave suceda lo contrario, que se determine la pena en su mínimo.

⁴¹ Por todos, ROIG TORRES, 2012, pp. 362 ss., nota 554.

lo mismo puede ocurrir concretizando los marcos penales en atención de algunas circunstancias, aunque no de otras. Además de responder con mayor fidelidad al concepto de infracción más grave, la necesidad de concretizar la pena para cada delito individualmente considerado coadyuva a garantizar que se cumpla con la exigencia de motivación que debe tener toda sentencia condenatoria, con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁴², que, en los supuestos de concurso ideal consiste en la necesidad de fundamentar la pena que cabría aplicar según ambos procedimientos, el de la regla principal de la absorción agravada y el de la regla subsidiaria de la acumulación⁴³.

En segundo lugar, se evita la contradicción sistemática de que el concurso ideal pueda resultar más severamente penado que el medial. Al tener como referencia de pena mínima la individualizada concretamente, al igual que ocurre con el proceso de determinación en el concurso medial, el juez al momento de la individualización de la pena final debe proceder con las mismas herramientas en ambos concursos, lo cual le permitiría tener presente la pena que correspondería aplicar a una y otra modalidad para evitar esa contradicción, como lo sugería la Fiscalía General del Estado⁴⁴. Ciertamente es que no se evita del todo esa posible contradicción, puesto que, en caso de encontrarse la pena concreta en la mitad inferior, el principio de absorción agravada obliga a subirla hasta la mitad superior, situación que no ocurre en el concurso medial, en donde la pena final se puede quedar en la mitad inferior, aun luego de proceder al incremento previsto⁴⁵. Tomemos, por ejemplo, la primera variante del caso analizado: al ser la pena más grave la de 3 años, en un delito que tenía una escala de 2 a 5 años, la regla del concurso ideal obligaría a elevarla, como mínimo, hasta 3 años y 6 meses, mientras que la regla del concurso medial impone un incremento, también como mínimo, de un solo día.

Bien podría sostenerse, como sugiere la Fiscalía General del Estado, que el juez del concurso medial deba tener en cuenta la pena que correspondería

⁴² Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7.

⁴³ LLORCA ORTEGA, 2005, pp. 208 ss. En este sentido se ha expedido el Tribunal Supremo en un caso de concurso medial, previo a la modificación del 2015, es decir, que el antecedente sigue siendo válido para los casos de concurso ideal, en la STS 878/2009, de 7 de septiembre.

⁴⁴ Vid. Circular 4/2015, punto 7, donde se indicaba que los Fiscales «como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita, tenderán a concretar la pena final en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro». Como consecuencia de ello, lo recomendado en la Circular para la pena del concurso medial valdría también para el caso en que la pena a determinar sea la del concurso ideal. En ambos supuestos, el juez debe tener como referencia la pena que se impondría en la modalidad concursal que no tiene ante sí.

⁴⁵ Situación que, por cierto, también podría ocurrir respecto de un caso en que las penas que correspondería aplicar separadamente arrojen una suma que quede ubicada en la mitad inferior de la escala penal de referencia. Sin embargo, en este caso no habría ningún inconveniente, ya que la propia regla del artículo 77 permite dejar de lado la absorción agravada en favor de la acumulación.

aplicar en caso de concurso ideal y, por lo tanto, tener como referencia también el submarco de la mitad superior. Esta forma de proceder respetaría los criterios de proporcionalidad ordinal entre ambas modalidades concursales; sin embargo, colidiría con criterios de proporcionalidad estricta de la pena en relación con el hecho al obligar al juez del concurso medial a imponer una pena superior a la que podría considerar suficiente⁴⁶, por ejemplo, si en este caso estimase que el incremento de la pena concursal que corresponde aplicar es de un día o más, pero debajo de los 6 meses⁴⁷. Ante ese dilema, creo que hay que atenerse a la solución que favorezca al reo, lo cual implica imponer una pena concursal medial inferior a la que correspondería imponer en caso de concurso ideal. Es decir, criterios de proporcionalidad estricta entre la pena y el hecho concreto deben prevalecer en detrimento de la proporcionalidad ordinal entre las modalidades concursales.

Estos problemas deberían ser indicativos de la arbitrariedad que supone, en algunos casos, la obligatoriedad de imponer la pena del concurso ideal en su mitad superior⁴⁸. En todo caso, esta situación tampoco se evitaría con la visión estándar sobre la determinación de la pena del concurso ideal. Ahora bien, sí que serviría a los fines indicados en el supuesto de que la pena individualizada como la más grave se encuentre dentro de la mitad superior del submarco de referencia. Tomando como ejemplo la segunda variante del ejemplo utilizado, al coincidir los topes mínimos y máximos en ambas modalidades concursales en este caso concreto, sí que deberían tenerse en cuenta criterios de proporcionalidad ordinal para no imponer una pena superior en el concurso ideal que la que correspondería aplicar si se tratase de uno medial.

En tercer lugar, la individualización concreta de las penas de los delitos concurrentes no solo serviría para marcar el tope máximo de la pena del concurso ideal, vinculado a la regla subsidiaria de acumulación⁴⁹—situación que, insisto, de todos modos obliga a los jueces a establecer las penas concretas—, sino también para marcar el piso mínimo para el caso de que la pena mayor

⁴⁶ BASSO, 2024, pp. 23 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, p. 472, núm. 3257.

⁴⁷ Es decir, en cualquier escenario en el que considere suficiente una pena concursal que se ubique entre los 3 años y un día y los 3 años y 6 meses.

⁴⁸ En este sentido, Peñaranda Ramos ha propuesto partir de un mínimo que no se ubique necesariamente en la mitad superior, sino que permita recorrer todo el marco penal correspondiente a partir de la pena correspondiente a la infracción más grave en el caso concreto, tal como lo regula el artículo 77.3 CP (*vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2024, pp. 359 ss.), lo que se vio reflejado en el artículo 73.2 (primera opción) de la propuesta de modificación normativa del Proyecto de Investigación «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva» (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid (*vid.* PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ, 2024, p. 410).

⁴⁹ Así, también, MOLINA FERNÁNDEZ, 2025, p. 687, núm. 5593.

de las individualizadas haya quedado dentro de la mitad superior, es decir, para evitar otra posible contradicción sistemática consistente en que la pena del concurso ideal quede por debajo de la unidad delictiva⁵⁰. Volviendo a nuestro ejemplo, en la segunda variante, la pena individual de 3 años y 9 meses conforma el mínimo de la pena concursal, por lo que el juez tendría vedado, según esta interpretación, imponer una pena concursal que se encuentre por debajo de ese monto, aunque se mantenga dentro del submarco ubicado en la mitad superior.

Con ello, y en cuarto lugar, también se evitaría cualquier posible pena final que quedase por debajo de los límites mínimos de cualquiera de los delitos concurrentes, situación que la doctrina siempre ha visto como potencialmente problemática, razón por la cual se estima que el principio de combinación resulta ser el principio con mejor criterio⁵¹, y ello se lograría sin contradecir el principio de legalidad⁵².

IV

Al Profesor Peñaranda Ramos le debo mucho más de lo que cabría suponer para un contribuyente a su merecidísimo libro homenaje. Todos estos años de trabajo compartidos en el Área de Derecho penal de la UAM, teniendo en frente su despacho, me permitieron acudir a él para hablar sobre cuantas dudas académicas me asaltasen en el momento, lo que resultó de enorme provecho para mi formación. Haber contado con la agudeza de su análisis al valorar mi tesis doctoral, como miembro del tribunal, es un honor que me acompañará por siempre. En una de las observaciones que me hizo, manifestó sus dudas sobre la propuesta interpretativa que ofrezco para la aplicación de la regla del concurso ideal, no tanto con la razonabilidad material, sino porque considera difícil conciliarla con el tenor literal del artículo 77.2 CP. Confío en que esta contribución suponga un aporte más persuasivo en favor de la compatibilidad. En todo caso, la continuidad de la discusión siempre resulta estimulante cuando se mantiene con un interlocutor del calado de Peñaranda.

⁵⁰ BASSO, 2019, p. 311; BASSO, 2024, pp. 18, 32. Similar, en este punto, ORTEGA MATESANZ, 2022, pp. 544 ss., aunque lo dice respecto de una propuesta de *lege ferenda* con base en un sistema de solución unitaria, cuyo proceso sea el de la pena global. También de *lege ferenda*, propiciando el mismo tratamiento que actualmente rige para el concurso medial para todas las formas de concurso, PEÑARANDA RAMOS, 2024, p. 260.

⁵¹ Sobre ello, *vid.* ORTEGA MATESANZ, 2022, pp. 358 ss.

⁵² Ello ocurriría, según VIZUETA FERNÁNDEZ, Iustel, 2021, p. 10, si se sustituye el límite mínimo marcado por la ley –el de la mitad del marco penal– por el límite mínimo más elevado de la pena de otro de los delitos en concurso.

BIBLIOGRAFÍA

- BASSO, Gonzalo Javier: *Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 13-36.
- Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho, Madrid, 2019.
- BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., Bielefeld, 1985.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/ Hormazábal Malarée, Hernán: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2006.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria* en Cuadernos de Derecho Judicial: Las últimas reformas penales II (CDJ), núm. 10, Madrid, 2006, pp. 155-201.
- El delito continuado, Madrid, 1997.
- *Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones*, en Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos (CDJ), N.º 2, Madrid, 1995, pp. 341-359.
- CÓRDOBA RODA, Juan: *Artículos 68 a 71*, en Comentarios al Código penal. tomo II (Artículos 23-119), Barcelona, 1972, pp. 350-375.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El derecho penal español*. Parte general, vol. II, 2.^a ed., Madrid, 2009.
- *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP), fasc. 2, 1979, pp. 451-477.
- CUERDA RIEZU, Antonio: *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1992.
- CUGAT MAURI, Miriam: *Artículos 73 a 79*, en Comentarios al Código penal. Parte general, Madrid, 2011, pp. 663-687.
- ERB, Volker: *Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), vol. 117, núm. 1, 2005, pp. 37-106.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel: *El sistema de determinación legal de la pena: estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, Madrid, 1985.
- GARCÍA ALBERO, Ramón: *Artículos 77 y 78*, en Comentarios al Código penal español. tomo I (arts. 1 a 233), 8.^a ed., Madrid, 2024, pp. 554-594.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís: *Artículos 73 a 78 CP*, en Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (Arts. 1 a 233), Valencia, 1996, pp. 414-457.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Artículos 73 y 75 al 78*, en Comentarios al Código Penal. tomo III. Artículos 24 a 94, Madrid, 2000, pp. 903-1052.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo: *El concurso «medial» de delitos*, Estudios penales y criminológicos, núm. 13, 1988-1989, pp. 153-206.

- LLORCA ORTEGA, José: Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995, 6.^a ed., Valencia, 2005.
- MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz: Derecho penal. Parte general. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, tomo II, 7.^a ed., Buenos Aires, 1995 (1989).
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, 10.^a ed., Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Reglas de determinación de la pena*, en Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2025, Madrid, 2024, pp. 667-701, nn. mm. 5420-5677.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal. Parte general, 11.^a ed., Valencia, 2022.
- ORTEGA MATESANZ, Alfonso: La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: Estudio de las reglas limitativas de los artículos 76 y 77 CP, Madrid, 2022.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 283-407.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/POZUELO PÉREZ, Laura: *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 409-415.
- PUPPE, Ingeborg: *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, Golttdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1982, pp. 143-165.
- *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, Berlín, 1979.
- ROIG TORRES, Margarita: El concurso ideal de delitos, Valencia, 2012.
- SANZ MORÁN, Ángel José: *La reiteración delictiva: modelos de respuestas*, Reincidencia y Concurso de delitos, colección Estudios y Debates en Derecho Penal, núm. 12, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 1-49.
- *El concurso de delitos en la reforma penal*, Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos, núm. 2, Madrid, 1995, pp. 189-239.
- *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español*, Revista General de Derecho Penal (Iustel), núm. 35, mayo 2021.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio: Tratado de derecho penal. Parte general, tomo IV, Buenos Aires, 1999.

4. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS CUYA EJECUCIÓN SE SUSPENDE

SERGI CARDENAL MONTRAVETA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

1. Desde la entrada en vigor del Código Penal, el artículo 134 CP dispone: «El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse». Previamente, el artículo 133 CP establece los plazos de prescripción de las penas atendiendo a su duración. El plazo de prescripción de las penas leves (como las multas de hasta tres meses o la responsabilidad personal subsidiaria por impago de tales multas) es de solo un año. Y las penas menos graves (como la prisión de hasta cinco años o la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de una multa de más de tres meses o de una multa proporcional) prescriben a los cinco años. Estos plazos no se refieren a las penas previstas por el legislador para el correspondiente delito. Se refieren a las penas concretas impuestas en la correspondiente resolución judicial, sin perjuicio de que, en su caso, se tenga en cuenta la concesión de un indulto parcial.

La parquedad de aquella regulación provocó discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia sobre los criterios que debían seguirse para computar los plazos de prescripción y, más concretamente, sobre los supuestos en los que, a

pesar de que la pena no se estaba ejecutando, el cómputo de la prescripción debía detenerse y los efectos de esa paralización¹.

2. De aquella cuestión se ocupó la sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre, que provocó que numerosos jueces y tribunales modificaran la doctrina que venían sosteniendo². La demanda de amparo que fue estimada en aquella sentencia «se contrae a determinar si ha resultado vulnerado o no el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al no haber estimado el órgano judicial prescrita la pena que le ha sido impuesta, por considerar interrumpido el plazo de prescripción de la misma como consecuencia de la suspensión de su ejecución durante la tramitación de una solicitud de indulto y durante la posterior tramitación de un recurso de amparo». El Tribunal destaca que «la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad (...), lo que no significa, sin embargo, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en el proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (...). El canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o denegando la existencia de prescripción es el propio del artículo 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente. Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal al que abre paso la decisión judicial desestimatoria de la prescripción de la responsabilidad criminal y su posible afectación, como ocurre en este caso, a los derechos fundamentales a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), hemos señalado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos supuestos, hablándose de una tutela reforzada que exige, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre o no el supuesto previsto en la Ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifiquen la institución. (...) De manera que no resultará suficiente un razonamiento

¹ Ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, 2012, pp. 287-334; el mismo autor, 2015, pp. 61 ss.; el mismo autor, REPC, 2019, pp. 5-14.

² Ver, p. ej., AAP Madrid (sec. 29) 744/2012, de 20 dic. Ver también HERNÁNDEZ GARCÍA y RAMÍREZ ORTIZ, 2015, p. 271; estos autores indican que «la recepción de la anterior doctrina [la de la STC 97/2010] por los tribunales ordinarios no fue ni mucho menos homogénea en cuanto a su alcance. Un buen número de tribunales consideraron que la suspensión de la pena ordenada *ex* artículo 80 CP tampoco podía producir efectos interruptivos de la prescripción de la pena pues dicha causa no estaba tampoco prevista».

exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal. [./.] Por ello hemos declarado también que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de la lesión de los derechos fundamentales en juego en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo».

Posteriormente, se ocuparon de esta materia la sentencia del Tribunal Supremo 450/2012, de 24 de mayo, y la Fiscalía General del Estado, primero en la Consulta 1/2012, sobre la interrupción del plazo de prescripción en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y luego en la Memoria del año 2012, donde se proponía la reforma de la legislación vigente. A su vez, el Tribunal Constitucional precisó en resoluciones posteriores su posición inicial, afirmando que «sólo los actos de ejecución asociados al cumplimiento de las penas, in natura o sustitutivo, tienen relevancia para interrumpir la prescripción», admitiendo así la paralización del cómputo del plazo de prescripción cuando se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los artículos 80 a 87 CP (STC 81/2014, de 28 de mayo, FJ 5).

3. La LO 1/2015, de 30 de marzo, añadió un segundo apartado al artículo 134 CP, dejando claro que el cómputo de la prescripción de las penas no se paraliza sólo durante su cumplimiento. Aquella ley también modificó de forma significativa la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 a 87 CP) y de la libertad condicional (arts. 90 a 93 CP). El Prof. Dr. Enrique Peñaranda realizó un sugerente informe crítico sobre el régimen jurídico de esta materia en el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal³.

Desde su introducción, el apartado 2.º del artículo 134 CP establece: «El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena. [./.] b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75».

El Código Penal vigente ya no alude expresamente a la *interrupción* del cómputo de la prescripción de la pena⁴. Pero es necesario distinguir entre aquella y la mera *suspensión* del cómputo del plazo de prescripción. Sin perjuicio

³ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 48 a 78.

⁴ El párrafo segundo del artículo 116 del CP de 1973 establecía: «Se interrumpirá [el tiempo de prescripción de la pena], quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de prescripción, sin perjuicio de que éste pueda comenzar a correr de nuevo».

de que pueda comenzar de nuevo, la interrupción comporta la paralización del cómputo y que quede sin efecto el tiempo transcurrido. La suspensión del cómputo también supone su paralización, pero aquí, en el caso de que el cómputo se retomara posteriormente —porque han desaparecido las circunstancias que justificaban la suspensión— sí se tendría en cuenta el tiempo ya computado, esto es, el tiempo de prescripción ya transcurrido no quedaría sin efecto ⁵.

El nuevo marco normativo no evita la necesidad de su interpretación, valorando adecuadamente el tiempo que transcurre desde la firmeza de la sentencia y las circunstancias en las que esto sucede, de manera que se permita iniciar la ejecución de la pena cuando ello todavía está justificado y se impida que la ejecución se inicie (o reinicie) cuando ello carece ya de justificación. En definitiva, aquella tarea —y la crítica de la regulación vigente— deben abordarse respetando el tenor literal del artículo 134 CP y valorando las consecuencias del paso del tiempo en relación con la función preventiva del Derecho penal y sus límites en un Estado social y democrático de Derecho, así como la relevancia de las circunstancias en las que el tiempo transcurre.

La regulación de la prescripción de la pena no puede garantizar a quien no facilita el inicio del cumplimiento de su condena que podrá evitar así que este momento llegue a producirse. Pero, habiendo dispuesto el Estado de tiempo suficiente para ejecutar la pena, sólo está justificado mantener la eficacia preventiva de la amenaza de que ello llegue a producirse mientras el beneficio de tal decisión sea superior a su coste. Ha de partirse de que la ejecución de la pena es el cauce ordinario y preferente para satisfacer la función preventiva del Derecho penal. Pero el transcurso del tiempo y las circunstancias en las que se produce pueden determinar que la ejecución de la pena deje de estar justificada, porque la amenaza de la ejecución ha desplegado ya un efecto preventivo durante el tiempo transcurrido y el propio transcurso del tiempo merma la eficacia preventiva que la ejecución podría tener, porque mantener abierta la posibilidad de ejecutar la pena disminuye la seguridad jurídica acerca de las consecuencias de la condena y/o cuestiona la prohibición de dilaciones indebidas y porque, además, los recursos del Estado son limitados. En definitiva, debe tenerse en cuenta (a) la gravedad de la pena y que la amenaza de su ejecución ha podido desplegar un cierto efecto preventivo, (b) que el transcurso del tiempo disminuye la eficacia preventiva de la amenaza de la ejecución de la pena y de la propia ejecución, (c) la tensión entre la ejecución tardía de la

⁵ En la jurisprudencia, destacando que la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha optado por la suspensión y no por la interrupción del plazo de prescripción en los casos que regula el artículo 134.2 CP, ver, p. ej., STS 692/2018, 21 dic.; ATS 478/2021, de 22 abr.; AAP Donostia (sec. 1) 186/2018, de 26 mar.; Almería (sec. 3) 485/2018, de 20 jul.; Sevilla (sec. 4) 1357/2017, de 13 nov.; Madrid (sec. 29) 916/2017, de 15 dic.; Tarragona (sec.2) 230/2017, de 17 mar.

pena, el principio de seguridad jurídica y la prohibición de dilaciones indebidas, (d) que los recursos del Estado son limitados y (e) que los destinados a mantener la amenaza de la ejecución de la pena –y, en su caso, a hacerla efectiva– son recursos que el Estado no puede dedicar a otros fines sociales⁶.

II. SUPUESTOS EN LOS QUE SE SUSPENDE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Me parece que la interpretación del segundo apartado del artículo 134 CP plantea dos grandes interrogantes, que queremos examinar aquí, para rendir así un merecido homenaje al Prof. Dr. Enrique Peñaranda. En primer lugar, no está claro cuáles son los supuestos en los que se suspende la ejecución de la pena y el cómputo de la prescripción; dicho de otro modo: no está claro si la letra a) se refiere a todos los supuestos en los que el juez o tribunal competentes acuerdan la suspensión de la ejecución de la pena o se refiere sólo a algunos de ellos. A pesar de no mencionarlos, nadie discute que, como mínimo, la letra a) del artículo 134.2 CP se refiere a los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena regulados en los artículos 80 a 87 CP. Pero, como he señalado en otros trabajos, nada obliga a conservar la discutible distinción realizada por el Tribunal Constitucional sobre los efectos que, en relación con el cómputo del plazo de prescripción, producen los supuestos de suspensión de la ejecución regulados en los artículos 80 a 89 CP (y, en general, todos los que constituyen formas sustitutivas de la ejecución de una pena privativa de libertad), y los supuestos regulados en los artículos 4 CP y 56 LOTC. No obliga a ello la nueva regulación de la prescripción de la pena, ni el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (arts. 164.1 CE y 5.1 LOPJ), ni la ambigua justificación de la introducción del ap. 2.º del artículo 134 CP que realiza la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Y tampoco existe otra justificación de semejante interpretación restrictiva del artículo 134.2.a) CP⁷. Ni el principio de legalidad, ni la eficacia preventiva de la amenaza de la ejecución de la pena, ni la disminución de tal eficacia que deriva del transcurso

⁶ Sobre el fundamento de la prescripción, ver CARDENAL MONTRAVETA, 2012, pp. 321-334; el mismo autor, 2015, pp. 25-39; el mismo autor, RECPC, 2019, pp. 15-18; MIR PUIG, 2015, pp. 799-800; Díez RIPOLLÉS, 2020, 883; BOLDOVA PASAMAR, 2023, p. 596; GILI PASCUAL, 2001, pp. 65 ss.; el mismo autor, EPCrim., 2015, pp. 302-307; MORILLAS CUEVA, 1980, pp. 18-27; GONZÁLEZ TAPIA, 2003, pp. 45 ss., 247-250; RAGUÉS I VALLÈS, 2004, pp. 24 ss., 197-199; PASTOR ALCOY, 2019, pp. 347-351; GÓMEZ MARTÍN, 2016, pp. 13-27; GARRO CARRERA, RDPP, 2018, pp. 85-124; la misma autora, 2023, pp. 15-61.

⁷ Ver PASTOR ALCOY, 2019, pp. 363 ss.; GUINARTE CABADA, 2015 p. 459; este autor afirma que «la suspensión de la ejecución de la pena puede haberse acordado en aplicación de cualquiera de los supuestos que legalmente prevé el Código penal», pero sólo menciona los previstos en los artículos 4.4, 80 ss. y 90 ss. CP.

del tiempo, ni los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad, ni la prohibición de dilaciones indebidas permiten identificar supuesto alguno de suspensión de la ejecución de la pena en el que no deba suspenderse, también, el cómputo de la prescripción. Por el contrario, el fundamento de la prescripción, la brevedad de algunos de los plazos previstos en el artículo 133 CP⁸ y la complejidad que puede plantear la ejecución de algunas penas, sumadas a la justificación que en cada caso fundamenta la suspensión de la ejecución y al hecho de que aquella complejidad no depende de la gravedad de las penas—mientras que sí es este el criterio a partir del cual se ha fijado la duración de los plazos de prescripción—, aconsejan entender que el artículo 134.2.a) remite a los siguientes supuestos: a) suspensión cautelar motivada por la interposición de un recurso de amparo (art. 56 LOTC)⁹ o por la petición de un indulto (art. 4.4 CP)¹⁰; b) suspensión asociada a las formas sustitutivas de la ejecución

⁸ El § 79 del Código Penal alemán prevé que las penas privativas de libertad de hasta un año prescribirán a los cinco años, y las penas privativas de libertad de más de uno y hasta cinco años prescribirán a los diez años. En el § 79a se regula la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena y en el § 79b se prevé la posibilidad de que el Tribunal prorrogue el plazo de prescripción hasta la mitad del mismo, cuando el condenado se encuentra en un lugar desde el cual no puede hacerse efectiva su extradición o entrega.

⁹ Ver CARDENAL MONTRAVETA, 2015, pp. 91 ss.; a favor también Díez RIPOLLÉS, 2020, p. 886, Ver así mismo GILI PASCUAL, 2015, pp. 1128-1129. Este autor afirma: «dado que existe claro margen en la redacción legal para ello, debe entenderse que la suspensión de la ejecución a la que alude la letra (a) del artículo 134.2 CP no es sólo la literalmente contemplada con esa rúbrica en los artículos 80 ss. CP, sino que abarca también otras posibles, como la que puede corresponder a la tramitación de un recurso de amparo (art. 56.2 LOTC) o a la tramitación de una petición de indulto (art. 4.4 CP)—que fueron objeto de conflicto— u otras, como la suspensión de la pena de prisión por el Juez de Vigilancia para otorgar la libertad condicional (arts. 90 ss.. Mayores dificultades existen para que el precepto comentado pueda solucionar los problemas prescriptivos en supuestos de sustitución del artículo 89 CP (...) o, simplemente, para solucionar los que puedan plantear ciertas estrategias defensivas dilatorias tendentes a evitar la ejecución en plazo, como puede ser el planteamiento sucesivo y en cascada de distintas peticiones».

¹⁰ Ver CARDENAL MONTRAVETA, 2015, pp. 107 ss., con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia; a favor también Díez RIPOLLÉS, 2020, p. 886. Ver así mismo MORALES PRATS, 2024, p. 901, donde se admite la suspensión del cómputo del plazo de la prescripción de la pena en los casos de suspensión regulados en los artículos 80 ss., 4.4 y 90 ss. CP. Reconociendo que el artículo 134.2 CP permite considerar que la suspensión de la ejecución prevista en el artículo 4.4 CP comporta, a su vez, la suspensión del cómputo del plazo de prescripción, ver GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, DLL, 2017, pp. 4-5. En la jurisprudencia no hay unanimidad. Ver, p. ej., los AAAP Girona (sec. 3) 44/2025, de 17 en.; León (sec. 3) 1013/2018, de 18 oct. y 764/2018, de 20 jul. También el AAP Cádiz (sec. 3) 223/2017, de 8 may., parece admitir que la suspensión prevista en el artículo 4.4 CP suspende el cómputo del plazo de prescripción cuando sea aplicable la nueva versión del artículo 134 CP. En cambio, tras destacar que la suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramita la solicitud de indulto es una decisión discrecional y que debe formularse un pronóstico objetivo sobre la posibilidad de que la solicitud de gracia prospere, los AAAP Huesca (sec. 1) 166/2018, de 20 jun. y 294/2017, de 4 sept, también mencionan, entre los argumentos para rechazar aquella petición, que se «podría correr el riesgo de prescripción de la pena en caso de acceder a la suspensión *sine die* por la solicitud de indulto». En un sentido similar, ver AAAP Huesca (sec. 1) 176/2018, de 6 jul. y Madrid (sec. 30) 58/2017, de 24 en. La STEDH 31 mayo 2022 (Galeano Peñas contra España) rechaza que la suspensión del cómputo de la prescripción tras la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 4.4 CP y acordada tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, vulnere los artículos 5 o 7 CEDH.

de las penas privativas de libertad, previstas en los artículos 80 a 87 y 90 a 92 CP (supuestos en los que la función preventiva del Derecho penal no justifica la ejecución de la pena privativa de libertad)¹¹, en el artículo 89 CP (expulsión de extranjeros)¹², en el artículo 99 CP (cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad impuestas a semiimputables)¹³; c) suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad prevista en el artículo 60 CP, para los supuestos de trastorno mental grave sobrevenido¹⁴; y d) suspensión de la ejecución derivada del aplazamiento del inicio (o continuación) del pago de la multa para intentar que el penado pueda satisfacerla voluntariamente, evitándose la vía de apremio y la responsabilidad personal subsidiaria (arts. 50.6, 51, 52 y 53.5 CP)¹⁵. La decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena se desvincula así de la posibilidad de que tal decisión y el tiempo durante el que está justificado mantenerla, reduzcan el plazo del que dispone el Estado para ejecutar la pena, provocando o facilitando su prescripción. Esto favorece la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena y, en esta medida, los derechos e intereses del penado que se verían limitados por su cumplimiento.

III. DETERMINACIÓN DEL MOMENTO FINAL DEL «PERIODO DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA» Y DE LA SUSPENSIÓN DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

1. El segundo gran interrogante que plantea la interpretación del artículo 134.2 CP se refiere a la determinación del momento final del «periodo de suspensión de la ejecución de la pena», que el legislador hace coincidir con el

¹¹ Ver S. CARDENAL MONTRAVETA, 2015, pp. 119 ss., con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia. También incluye aquí los supuestos de libertad condicional ORTEGA CALDERÓN, DLL, 2017, p. 9.

¹² Ver S. CARDENAL MONTRAVETA, 2015., pp. 134-136, con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia. Así lo admitía expresamente la STC 180/2014, de 3 de nov. (FJ 3), en relación con la regulación previa a la reforma de 2015. Ver también Circular FGE 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, ap. I.7.; Circular FGE 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, ap. VI y Circular FGE 7/2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En contra de suspender el cómputo del plazo de prescripción en estos casos, Díez RIPOLLÉS, 2020, p. 886.

¹³ Ver S. CARDENAL MONTRAVETA, 2015, pp. 137-140, con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia.

¹⁴ Ver S. CARDENAL MONTRAVETA, 2015., pp. 140-142, con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia. En contra de suspender el cómputo del plazo de prescripción en estos casos, BOLDOVA PASAMAR, 2023, pp. 603-605; Díez RIPOLLÉS, 2020, p. 886.

¹⁵ En este sentido, desde CARDENAL MONTRAVETA, 2019, p. 20; el mismo autor, 2020, p. 119. El § 79a del Código Penal alemán prevé expresamente la suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la multa cuando el Tribunal concede al condenado el aplazamiento previsto en el § 42.

momento final de la suspensión del cómputo de los plazos de prescripción. También esta cuestión tiene una clara relevancia práctica, especialmente cuando los plazos de prescripción son breves y la suspensión no se ha acordado en la sentencia condenatoria sino posteriormente, lo cual comporta que, al iniciarse aquella, ya ha transcurrido una parte del plazo de prescripción. Los hechos analizados en auto del Tribunal Supremo 20714/2023, de 22 de noviembre, pueden servir para ejemplificar la problemática que se acaba de plantear: el recurrente fue condenado en sentencia de fecha 10 de junio de 2016 a una pena de prisión de tres meses, cuya ejecución le fue suspendida mediante auto de fecha 21 de agosto de 2017. Cometió un nuevo delito el 16 de octubre de 2017, pero la suspensión de la ejecución no se revocó hasta el 22 de noviembre de 2022, cuando la pena ya había prescrito, como se afirma en el auto que resuelve el recurso de apelación contra la decisión de revocar la suspensión. En el auto del Tribunal Supremo, que inadmite a trámite la demanda que solicitaba la declaración de error judicial, no consta la duración del plazo de suspensión de la ejecución, que no pudo ser superior a cinco años y seguramente fue muy inferior. Allí se destaca que la revocación de la suspensión de la ejecución no se impugnó alegando la prescripción de la pena, y se afirma que es correcta la decisión de considerar que la pena había prescrito un mes antes de acordarse la revocación de la suspensión, al haber transcurrido el plazo de prescripción (cinco años) desde la fecha de la comisión del nuevo delito. El Tribunal no se molesta en justificar tal conclusión y olvida computar el tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia firme hasta que se acuerda y hace efectiva la suspensión de la ejecución. Pero lo que nos importa destacar aquí es que la conclusión habría sido distinta si la suspensión del cómputo del plazo de prescripción se hubiera mantenido hasta el vencimiento del plazo de suspensión de la ejecución de la pena (la pena no habría prescrito antes de junio de 2023¹⁶) o hasta el momento de su revocación.

También pueden servir para ejemplificar la problemática que estamos analizando y su relevancia los hechos de los que se ocupó el ATS 20496/2023, de 13 de julio, que, así mismo, inadmite una demanda de declaración de error judicial. El demandante fue condenado en sentencia dictada de conformidad el 8 de noviembre de 2011 como autor de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP a la pena de catorce meses de prisión y como autor de dos delitos de maltrato del artículo 153.1 y 3 CP a dos penas de cuarenta días de

¹⁶ Considerando que la suspensión de la ejecución se acordó y notificó el 21 de agosto de 2017 y el plazo de suspensión fue el mínimo (solo dos años), la suspensión del cómputo de la prescripción se habría mantenido hasta agosto de 2019. Pero la prescripción de la pena se habría producido antes de transcurrir cinco años, porque debe computarse el tiempo transcurrido entre la firmeza de la sentencia que impuso la pena cuya ejecución se suspendió luego y el inicio de la suspensión.

trabajos en beneficio de la comunidad, acordándose en la propia sentencia la suspensión de la ejecución de la pena de prisión por un plazo de dos años, condicionada a que el condenado se sometiera a un programa de rehabilitación para maltratadores. Dicha suspensión se revocó el 28 de junio de 2017, porque el condenado nunca compareció ante el Servicio de Gestión de Penas para realizar aquel programa de rehabilitación ni para cumplir las dos penas de trabajos en beneficio de la comunidad, que se declararon prescritas. Tras el ingreso del recurrente en un centro penitenciario, al resolver un incidente que solicitaba la nulidad de la revocación de la suspensión de la ejecución, se declaró la prescripción de la pena de prisión, por haber transcurrido cinco años desde la sentencia condenatoria y considerar el juez que resolvió aquel incidente que el periodo de suspensión no había interrumpido el cómputo del plazo de prescripción. El Tribunal Supremo afirma que la resolución carente de suficiente soporte normativo no era la que acordó la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y el ingreso del recurrente en un centro penitenciario, sino la que proclamó que la pena estaba prescrita, porque ya antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la jurisprudencia admitía que, en estos casos, la suspensión de la ejecución de la pena paraliza el cómputo de la prescripción y rechazaba que dicho cómputo deba iniciarse en la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria. El Tribunal concluye que, al haberse revocado la suspensión porque el penado incumplió la condición de someterse a un programa de rehabilitación a lo largo de los dos años de la suspensión, «el cómputo de la prescripción de la pena comenzaría a partir de la efectiva desatención de la exigencia, es decir, a partir del 8 de noviembre de 2013».

El criterio del Tribunal Supremo es el que seguramente sigue la jurisprudencia mayoritaria¹⁷. Pero otras resoluciones judiciales consideran que, cuando la revocación viene determinada por la comisión de un delito durante el plazo de suspensión de la ejecución de la pena, la suspensión del cómputo del plazo de prescripción finaliza en el momento de la firmeza de la sentencia condenatoria del nuevo delito¹⁸. Y no faltan resoluciones que entienden que la

¹⁷ Siguen este criterio, p. ej., los AAAP Cádiz (sec. 1) 320/2025, de 27 may; Málaga (sec. 7) 66/2025, de 22 mayo; Sevilla (sec. 7) 260/2025, de 7 mar.; Girona (sec. 3) 289/2024, de 12 abr. y 273/2022, de 30 mayo; Barcelona (sec. 3) 1002/2024, de 7 nov.; Sevilla (sec. 4) 1357/2017, de 13 nov, Zaragoza (sec. 6) 163/2018, de 19 mar.; Almería (sec. 3) 485/2018, de 20 jul.; Burgos (sec. 1) 168/2018, de 20 feb.; Lleida (sec. 1) 344/2018, de 22 jun. y 328/2018, de 14 jun.; Almería (sec. 3) 13/2018, de 9 en. y 7/2018, de 8 en.; Badajoz (sec. 3) 343/2018, de 10 oct

¹⁸ Siguiendo este criterio, ver, p. ej., los AAAP Murcia (sec. 3) 74/2025, de 23 en.; Murcia (sec. 2) 1018/2024, de 5 dic.; Guadalajara (sec. 1) 505/2023, de 24 nov.; Tarragona (sec. 4) 740/2017, 29 dic. y 93/2017, de 13 feb. (en ambos casos la condena por el delito cometido durante el plazo de suspen-

suspensión del cómputo del plazo de prescripción sólo se detiene en el momento en el que finaliza el plazo de suspensión¹⁹ o bien en el momento en el que se acuerda su revocación²⁰.

2. El tenor literal del artículo 134.2.a) CP, el fundamento de la prescripción y la conveniencia de fijar un criterio claro y unitario para todos los supuestos en los que se suspende la ejecución de la pena, nos llevan a concluir que la suspensión de la ejecución –y del cómputo del plazo de prescripción derivado de aquélla– se mantiene hasta que venza el plazo de suspensión fijado al acordarla (o al prorrogarla) o bien hasta que se revoque antes de ese vencimiento²¹. El vencimiento del plazo de suspensión de la ejecución de la pena no impide que dicha suspensión pueda revocarse posteriormente, antes de que la pena haya prescrito debido al tiempo transcurrido desde que venció el plazo de suspensión y, en su caso, tomando también en consideración el tiempo de prescripción transcurrido antes de acordar la suspensión de la ejecución de la pena. En las líneas que siguen trataré de fundamentar la tesis que acabo de exponer.

3. Contra los autos dictados en ejecución de sentencia relativos a la prescripción de la pena no cabe recurso de casación²². Pero, como hemos visto, esto no ha impedido que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre esta materia al resolver demandas de declaración de un error judicial u otras sobre, por ejemplo, la aplicación de la agravante de reincidencia o la revisión de una

sión devino firme antes de que venciera dicho plazo y de que se revocara la suspensión de la ejecución). Esta tesis se fundamenta indicando que el día siguiente al de la firmeza de la sentencia que condena por el nuevo delito es el día en el que debió revocarse la suspensión y/o en otro dato que también consideramos insuficiente: el tenor literal del artículo 86.1.a) CP, que exige la condena del delito cometido durante el período de suspensión para poder revocarla y ordenar la ejecución de la pena.

¹⁹ Siguen este criterio, p. ej., los AAAP La Coruña (sec. 2) 768/2024, de 26 nov.; Girona (sec. 4) 358/2018, de 26 jun. (considera que el criterio seguido en la STS 952/2004 debe ser modificado tras la reforma del artículo 86.1 CP, porque la comisión de un nuevo delito no lleva consigo de forma imperativa la revocación de la suspensión concedida) y 87/2018, de 23 feb., (destaca que el artículo 134 CP no hace referencia al dictado de ninguna resolución relativa a la revocación, sino al «período de suspensión de la ejecución de la pena», período que es un lapso muy concreto).

²⁰ Siguen este criterio, p. ej., los AAAP Cádiz (sec. 8) 150/2025, de 21 mar.; León (sec. 3) 17/2025, de 10 en.; Barcelona (sec. 10) 778/2024, de 19 nov.; Barcelona (sec. 2) 1031/2024, de 5 nov.

²¹ En el mismo sentido, ver CARDENAL MONTRAVETA, 2015, pp. 129-134; el mismo autor, REPCP, 2019, p. 24. El AAP Madrid (sec. 29) 916/2017, de 15 dic, acoge el criterio que propongo en el texto y argumenta detalladamente la decisión, destacando que la nueva regulación es más favorable que la anterior porque opta por la suspensión del cómputo y no por la interrupción, de modo que el tiempo ganado antes de la suspensión no se pierde, reanudándose el cómputo una vez se revoque o finalice la suspensión de la ejecución. En el interesante caso analizado en aquel auto, el Tribunal afirma que la prescripción de la pena impide valorar si la comisión de un delito durante el plazo de suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa hubiera llevado a su revocación. Confirmando que la prórroga de la suspensión de la ejecución de la pena impidió que ésta prescribiera, ver AAP Barcelona (sec. 20) 173/2018, de 19 feb.

²² En este sentido, p. ej., AATS y 20236/2023, de 31 mar. y 20078/2023, de 1 feb.

sentencia tras una reforma legislativa. La tesis de que la suspensión del cómputo del plazo de prescripción finaliza cuando se comete el delito o se incumple alguna de las otras condiciones fijadas para mantener la suspensión de la ejecución de la pena es, precisamente, la que mantuvo el Tribunal Supremo en la sentencia 952/2004, de 15 de julio, dictada antes de la introducción del apartado 2.º del artículo 134 CP. Dicha tesis se reiteró en decisiones posteriores que remiten a lo dicho en aquella sentencia. El Tribunal reconoce que la tesis alternativa, que considera que el cómputo del plazo de prescripción se inicia una vez transcurrido el plazo de suspensión, es una tesis razonable. Pero la rechaza porque el inicio del cómputo de la prescripción «no puede hacerse coincidir con un plazo que dejó de existir cuando se cometió el nuevo hecho delictivo, en cuanto hace imposible la remisión definitiva». A continuación, el Tribunal destaca la relación entre la comisión de un nuevo delito y la revocación de la suspensión y añade: «Por consiguiente, la comisión del nuevo delito aparece como el hecho clave de la mencionada revocación, y esa relación de causa a efecto hace que esa causa resulte especialmente relevante, y deba ser tenida en cuenta a los efectos de iniciar el cómputo de la prescripción. Este criterio presenta además la ventaja de aparecer como el más ajustado a la seguridad jurídica, principio constitucional, en cuanto es una fecha normalmente fija y no sujeta a circunstancias aleatorias, como pudiera ser aquella que dependiera de la mayor o menor agilidad en la tramitación de la siguiente causa».

4. La STS 952/2004, de 15 de julio, rechaza que, cuando se suspende la ejecución de la pena, resultara de aplicación el artículo 134 CP, porque la condena no comenzó a cumplirse. Pero, como ya puso de relieve la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2012, la tesis del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de prescripción es coherente con la concepción de la suspensión de la ejecución de la pena como una forma alternativa de *cumplimiento* de la condena, que paraliza el cómputo del plazo de prescripción hasta que aquella se quebranta, lo cual aquí tendría lugar mediante el incumplimiento de las condiciones fijadas para mantener la suspensión. Y también es coherente con la mención que el artículo 116 del CP de 1973 hacía a la comisión de un delito como causa de interrupción de la prescripción de la pena. Sin embargo, el Código penal vigente eliminó la referencia a la interrupción de la prescripción en estos casos y actualmente distingue entre la interrupción del cómputo del plazo de prescripción cuando se quebranta el cumplimiento de la condena que ha empezado a cumplirse (apartado 1.º del artículo 134 CP) y los supuestos en los que el cómputo se suspende (apartado 2.º del artículo 134 CP). Además, aquella concepción de la suspensión de la ejecución es sumamente discutible, aunque, como hemos visto, sirvió al Tribunal Constitucional para

justificar una decisión correcta: que la suspensión de la ejecución de la pena también suspende el cómputo del plazo de prescripción.

5. Antes de la reforma de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, la comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión *obligaba* a revocar la suspensión e impedía la remisión definitiva de la pena, prevista en el apartado 3.º del artículo 130.1 CP como causa de extinción de la responsabilidad criminal. El carácter preceptivo de su revocación permitía entender que, desde la comisión del nuevo delito, la suspensión de la ejecución perdía su justificación, consistente en ofrecer información adicional para decidir si el cumplimiento de la pena impuesta era o no necesario para satisfacer la función preventiva del Derecho penal. Pero, en la mayoría de supuestos, la subsistencia de la suspensión de la ejecución de la pena seguía (y sigue) estando justificada, por la necesidad de investigar y enjuiciar el nuevo delito y acordar la revocación con las debidas garantías, lo cual no es baladí y puede exigir una cantidad considerable de tiempo, durante la cual solo excepcionalmente tiene sentido acordar la ejecución de la pena²³. Y, además, desde el punto de vista de la política criminal es razonable cuestionarse si resulta satisfactorio entender que el tiempo que transcurre entre la comisión del nuevo delito y el vencimiento del plazo de suspensión de la ejecución o el momento de su revocación, debe considerarse tiempo de prescripción cuyo transcurso, por lo tanto, favorece la producción de esta forma de extinción de la responsabilidad criminal y dificulta el cumplimiento de la pena cuya ejecución se suspendió. ¿No es contradictorio entender que la comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión justifica su revocación (porque muestra que la ejecución de la pena es necesaria para satisfacer la función preventiva del Derecho penal) y, al mismo tiempo, dificultar la ejecución, considerando que el tiempo que transcurre desde la comisión del nuevo delito es tiempo de prescripción, que se suma al tiempo transcurrido entre el momento de la firmeza de la condena del primer delito y aquel en el que se acordó la suspensión de la ejecución de la pena? La comisión de un nuevo delito ¿solo justifica la ejecución de la pena que se había suspendido cuando esta empieza a cumplirse antes de haber transcurrido el plazo de prescripción computado desde aquel momento?

Tras la reforma de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, la condena por la comisión de un delito cometido durante el período de

²³ El artículo 86.4 CP establece que «el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima».

suspensión ya no obliga a la revocación de la suspensión. Esto solo sucederá cuando la nueva condena «ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida» [art. 86.1.a) CP]. Atendiendo a la función preventiva del Derecho penal, me parece que, en estos casos, lo más acertado es favorecer la ejecución de la pena, considerando que la suspensión del cómputo del plazo de prescripción se mantiene hasta que venza el plazo de suspensión o adquiera firmeza la decisión de revocarla, y permitiendo que, cuando la pena todavía no ha prescrito, la necesidad de su ejecución desde el punto de vista preventivo reciba una respuesta adecuada mediante la determinación de las condiciones de cumplimiento de la condena de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penitenciaria. El retraso de la prescripción de la pena que esta tesis comporta es coherente con el fundamento de dicha institución, que, como indicábamos antes, vincula la extinción de la responsabilidad criminal con la disminución de la utilidad preventiva de la ejecución de la pena tras el transcurso de un periodo de tiempo cuya duración depende de la gravedad de aquella y, también, de las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la relevancia que, así mismo, tiene aquí el interés del Estado en favorecer la seguridad jurídica limitando el tiempo durante el cual puede ejecutarse la pena. Dicho interés explica la conveniencia de limitar el período de tiempo durante el cual puede suspenderse la ejecución de la pena y también explica el límite máximo del plazo de suspensión previsto en el artículo 82.2 CP, que la suspensión de la ejecución de la pena suspenda el cómputo del plazo de prescripción y no lo interrumpa, así como la imposibilidad de que la suspensión del cómputo se mantenga tras haber transcurrido el plazo de suspensión, aunque esta todavía no se haya revocado. Pero la seguridad jurídica no obliga a mantener la tesis propuesta por el Tribunal Supremo sobre el momento final de la suspensión del cómputo de los plazos de prescripción de la pena. Nótese que la tesis que aquí se defiende no conduce a la ejecución de penas cuando ello ya es inútil desde el punto de vista preventivo. Cuando, a pesar de la comisión de un nuevo delito, la ejecución de la pena siga pareciendo innecesaria para satisfacer la función preventiva del Derecho penal, la actual redacción del artículo 86.1 CP permite mantener la suspensión, siendo innecesario afirmar la prescripción de la pena para evitar su ejecución. También debe destacarse que interpretar la regulación sobre el cómputo de la prescripción de la pena de manera que la concesión de la suspensión de su ejecución favorezca la prescripción, puede dificultar la concesión de aquella, para evitar que se produzca esta forma de extinción de la responsabilidad criminal en el caso de que la suspensión se revocara.

6. Además de ser la que mejor se adecuaba al fundamento de la prescripción de la pena, me parece que la tesis de que la suspensión del cómputo del plazo de prescripción finaliza cuando se produce el vencimiento de dicho plazo o bien cuando la suspensión de la ejecución se revoca, si ello sucede antes de haber transcurrido el plazo de suspensión, es la única tesis compatible con la redacción actual del artículo 134.2.a) CP. Aquí no se dice que el plazo de prescripción solo quedará en suspenso cuando se acuerde la suspensión de la ejecución según lo dispuesto en los artículos 80 a 85 CP. Y tampoco se dice que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso hasta que concurran las circunstancias que justifican la revocación de la suspensión de la ejecución. En el artículo 134.1.a) CP se dice que dicho plazo quedará en suspenso «[d]urante el período de suspensión de la ejecución de la pena», lo cual remite al tiempo durante el cual la suspensión se mantiene, porque no ha transcurrido el plazo de suspensión o porque el enjuiciamiento del nuevo delito y/o la decisión sobre la revocación de la suspensión todavía no se han producido. Por sí sola, la realización de los comportamientos que pueden llegar a justificar la revocación de la suspensión no impide que la suspensión se mantenga hasta el momento de la revocación o hasta que haya transcurrido el plazo de suspensión, aunque la finalidad del mantenimiento de la suspensión ya no sea ofrecer elementos adicionales para valorar si la ejecución de la pena es o no necesaria para evitar que el condenado vuelva a delinquir. Más allá del hecho de que en ningún precepto se dice lo contrario, la imposibilidad de ordenar el cumplimiento de la pena cuya ejecución se había suspendido hasta que haya transcurrido el plazo de suspensión en las circunstancias previstas en el artículo 86 CP o hasta que la suspensión se haya revocado, confirman que el plazo de suspensión subsiste. Sólo el vencimiento del plazo de suspensión o la revocación de la suspensión determinan que finalice el periodo de suspensión de la ejecución de la pena y lo que suceda desde entonces ya no acontezca «durante el período de suspensión de la ejecución de la pena». Lo que suceda hasta entonces sí acontece durante dicho periodo y, por lo tanto, sucede mientras el cómputo del plazo de prescripción sigue suspendido.

7. Como apuntábamos antes, el Tribunal Supremo justificaba su posición destacando que favorece la seguridad jurídica y evita que el cómputo del plazo de prescripción dependa de factores aleatorios, como el tiempo que transcurre hasta que recae sentencia en relación con el delito cometido durante el plazo de suspensión o hasta que esta se revoca. Pero, como recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la que aludíamos en las primeras páginas de este trabajo, el principio de legalidad impide que la seguridad jurídica que ofrece la tesis del Tribunal Supremo prevalezca sobre la seguridad jurídica

que ofrece el tenor literal de la regulación expresa de esta materia en el artículo 134.2.a) CP desde su introducción mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, una regulación que está claro que resulta aplicable, por lo menos, al cómputo de la prescripción de las penas impuestas por delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor²⁴. Y tampoco debe subestimarse la seguridad jurídica que ofrece identificar el final del periodo de suspensión de la ejecución de la pena con el transcurso del plazo fijado al acordarla o prorrogarla, sin perjuicio de admitir que la revocación de la suspensión pueda anticipar aquel momento.

Cuando se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena, el Estado renuncia a su ejecución inmediata y admite que esta pueda retrasarse, sin excluir que la pena pueda llegar a prescribir. Pero, en los casos regulados en los artículos 80 a 87 CP, el Estado no renuncia a disponer del tiempo que transcurre desde que se realiza el comportamiento que justifica la revocación hasta el vencimiento del plazo de suspensión o hasta que esta se revoca. La opción del legislador a favor de la suspensión del cómputo del plazo de prescripción (en lugar de su interrupción), la escasa duración de los plazos de prescripción de las penas cuya ejecución puede suspenderse, la nueva regulación de la revocación de la suspensión de la ejecución, el fundamento de la prescripción y, sobre todo, el *tenor literal* del artículo 134.2.a) CP, conducen a entender que la suspensión del cómputo del plazo de prescripción derivado de la suspensión de la ejecución de la pena se mantiene hasta que haya transcurrido el plazo de suspensión o hasta que la suspensión se revoque, si ello sucede con anterioridad.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *Extinción de la responsabilidad criminal*, en Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2.^a ed., Valencia, 2023, pp. 559-615.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: *Constitución y prescripción de la pena*, en Constitución y sistema penal, Madrid, 2012, pp. 287 a 334.
- La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 2015, Valencia, 2015.
- *Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 21, 2019, pp. 1-28.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Derecho penal español. Parte General, 5.^a ed., 2020.

²⁴ Ver ATS 20397/2015, de 4 mar. Ver también RAGUÈS I VALLÉS, AFDUAM, 2024, pp. 311-328

- GARRO CARRERA, Enara: *Prescripción e imprescriptibilidad: algunas reflexiones sobre el poder del tiempo y la respuesta penal*, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 52, 2018, pp. 85-124.
- Paso del tiempo y respuesta penal, Valencia, 2023.
- GILI PASCUAL, Antoni: La prescripción en Derecho penal, Pamplona, 2001.
- *La interrupción de la prescripción penal, diez años después de la STC 63/2005*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 35, 2015, pp. 291-358.
- *Comentario a los artículos 130 a 135*, en Comentarios Prácticos al Código penal, Pamplona, 2015, pp. 1085-1138.
- GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo: *La reforma de la ley de indulto*, Diario La Ley, núm. 89070, 2017.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas, Montevideo, Buenos Aires, 2016.
- GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel: La prescripción en el derecho penal, Granada, 2003.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo: *Prescripción de los delitos y de las penas*, en Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Valencia, 2015, pp. 453-463.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier y Ramírez Ortiz, José Luis: *Las consecuencias procesales de la reforma*, en Comentario a la reforma penal de 2015, Pamplona, 2015, pp. 225-239.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General, 10.^a ed., Barcelona, 2015.
- MORALES PRATS, Fermín: *Comentarios al artículo 134 CP*, en Comentarios al Código Penal Español, tomo I, 8.^a ed., 2024,
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada, 1980
- ORTEGA CALDERÓN, José Luí: *La revocación de la libertad condicional tras la LO 1/15 de 30 de marzo: competencia, partes, causas y efectos*, Diario La Ley, núm. 8944, 2017.
- PASTOR ALCOY, Francisco: Tratado de la prescripción penal, Barcelona, 2019.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional*, en Informe de la Sección de Derechos humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal), Valencia, 2014, pp. 49-78.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon: La prescripción penal: Fundamento y aplicación, Barcelona, 2004.
- *Prescripción penal y prohibición de retroactividad*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2024, núm. 28, pp. 311-328.

5. LA SUSPENSIÓN CONDICIONADA A LA PARTICIPACIÓN EN PROGRAMAS FORMATIVOS: UNA CUESTIÓN DE GÉNERO¹

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS
Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS FORMATIVOS EN LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El notable ascenso de las alternativas penales, reflejado en que el número de personas que las cumplen dobla al de personas privadas de libertad, tiene dos figuras con especial relevancia como son la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la ejecución de la pena. Con ello no se puede olvidar que la pena de multa es la alternativa a la prisión más aplicada, ya que alrededor de un 45.5 % de las condenas impuestas en España lo son por esta pena², pero el mayor contenido social y comunitario de la suspensión de la ejecución de la pena y de los trabajos en beneficio de la comunidad les dota de una significativa importancia resocializadora porque, a la no privación de libertad, añaden la posibilidad de realizar actividades o programas formativos recogidos en un plan programado. Un segundo punto de interés es que el cumplimiento de esas obligaciones queda bajo la gestión de Instituciones Penitenciarias, lo cual es discutible por dejar la gestión de penas alternativas a un ór-

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+I Modalidad «Generación del Conocimiento» 2021, «Estudio crítico del uso de sanciones alternativas penales: una mirada a la salud mental y al género» PID2021-126236OB, financiado por MCIN/AEI 10.13039/501100011033/ y por «FEDER una manera de hacer Europa».

² CID MOLINÉ, In Dret, 2025, p.280.

gano penitenciario pero, a su favor se puede destacar que gracias a ello se dispone de alguna información sobre su cumplimiento, recogida en los Informes Generales de Instituciones Penitenciarias publicados en su página web institucional, lo cual es muy positivo, dada la habitual falta de datos sobre la ejecución de cualquier pena que no sea privativa de libertad.

Centrando la atención en la suspensión de la ejecución de la pena, como instrumento de prevención especial tiene como objetivo la limitación del cumplimiento de la pena de prisión en las condenas de corta duración a lo estrictamente necesario, habida cuenta de su nulo efecto resocializador y elevado riesgo de contagio criminógeno, por ello, dejar en manos judiciales la posibilidad de utilizar este instrumento legal con el objetivo de facilitar la reinserción social, conforme al artículo 25.2 de la Constitución, contribuye a la reducción de la hegemonía de la pena de prisión conforme a los criterios de proporcionalidad, necesidad y *última ratio*.

Esto significa que, con relación a las penas de menor gravedad, como son en general las que no superan los dos años de duración, y a las personas condenadas en las que, por sus características personales, entre ellas la primariedad delictiva y el pago de la responsabilidad civil derivada del delito, se considere que el cumplimiento de la pena no resulta necesario para evitar la comisión futura de delitos, cabe la posibilidad de dejar en suspenso el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme, pudiendo condicionar la suspensión al cumplimiento de determinados deberes, junto a la principal obligación de no ser condenado por delitos cometidos durante el periodo de suspensión.

Comprobada su eficacia como alternativa penológica comunitaria para evitar ingresos innecesarios en prisión, uno de los aspectos que ha contribuido a su mejora es la posibilidad de imponer condiciones de obligatorio cumplimiento, inicialmente llamadas reglas de conducta en el Código Penal de 1995, en la actualidad denominadas prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas. Con ello se añaden contenidos educativos, formativos o de inserción social al no ingreso en prisión, lo que acerca la suspensión de la ejecución de la pena al modelo anglosajón de *probation* en el sentido de establecer la necesidad de supervisar a los destinatarios, precisamente por estar necesitados de rehabilitación³. Este nuevo modelo completa la llamada suspensión simple u ordinaria, desprovista de estos contenidos, con un instrumento más próximo a la reinserción social.

En este sentido, los programas formativos se incorporan a la suspensión de la ejecución de la pena para dotarla de un contenido tratamental, que la mera inejecución de la prisión no es capaz de proporcionar por sí misma, a

³ ABEL SOUTO, 2017, p. 28

través de una variada gama de posibilidades que permite al juzgador elegir entre programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares, según establece el artículo 83.6 CP.

Este amplio listado ha ido creciendo de manera paralela a la mayor sensibilización social frente a determinadas conductas delictivas, entre los más recientes, los delitos el odio, el maltrato de animales o la violencia vicaria, lo que ocurre es que son poco utilizados dada la práctica generalizada de la suspensión simple u ordinaria que llega a alcanzar un 80 % de las concedidas⁴. Por otra parte, cuando la suspensión se condiciona a la realización de programas, llama la atención que siempre se ofrezcan los mismos, pese a que dentro de prisión existen numerosos programas de tratamiento para los penados que podrían ser adaptados a las alternativas penales, habida cuenta que su cumplimiento lo gestiona Instituciones Penitenciarias a través del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (en adelante SGPMA).

De esta forma, mientras que en prisión se ofrecen programas teniendo en cuenta las carencias, necesidades e intereses, perfil de personalidad y tipo de delito, lo que da lugar a que, entre otros, existan programas para jóvenes, mujeres, violencia de género, agresión sexual, pornografía infantil, control de conducta violenta, intervención en delitos económicos, procesos de radicalización, resolución dialogada de conflictos, juego patológico o justicia restaurativa, según consta en el Informe General de Instituciones Penitenciarias de 2024⁵, en las alternativas penales la oferta es mucho más limitada, tal como viene recogido en la Instrucción SGIP 1/2015 de 18 de diciembre relativa a los nuevos programas de intervención de penas y medidas alternativas. En este aspecto hay que diferenciar entre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en la que la oferta de actividades es mucho más amplia, porque los programas ocupan el papel de lo que serían las tareas de utilidad pública, y las penas suspendidas, en las que los programas se vinculan casi en exclusiva al delito cometido, en particular los delitos contra la seguridad vial y los delitos de violencia de género. Esto nos indica que, si bien, en los centros penitenciarios la oferta es más extensa por llegar a más delitos y situaciones y, con ello, a más destinatarios, lo que se puede extender a los trabajos en beneficio de la comunidad, en la suspensión de la ejecución de la pena, los programas se han centrado casi en exclusiva a las tipologías delictivas, propiciando un número muy limitado de programas que no llega por igual a todas las personas.

⁴ CID MOLINÉ. 2025 B) p. 66.

⁵ Informe General IIPP 2024, p.48.

Esta es la razón por la que procede fijarse en un tipo de programa formativo que es de obligatoria imposición, como es el previsto para las penas suspendidas por delitos de violencia de género, por si su vinculación a un tipo de delito que solo pueden cometer los hombres pudiera estar provocando un sesgo de género, de manera que estuviera impidiendo la aplicación de los programas formativos en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, lo que dejaría de ser un problema, si las mujeres pudieran participar en programas formativos previstos para otro tipo de delitos o circunstancias.

Las cifras de Instituciones Penitenciarias reflejan que el 68 % de las reglas de conducta impuestas en las suspensiones de condena gestionadas por Instituciones Penitenciarias (es decir, las que van acompañadas de programas formativos) lo son por delitos de violencia de género⁶, lo cual puede tener una explicación por la tipología delictiva, y que el 96 % de las suspensiones/sustituciones tienen a los hombres como infractores, lo que ya es más preocupante porque deja a las mujeres en un número muy residual, como la propia Institución Penitenciaria reconoce⁷. De ahí que pueda resultar de interés realizar una breve reflexión sobre las causas que puedan estar influyendo en esta diferencia de alcance de los programas formativos en hombres y mujeres y las posibles vías para paliar este discriminatorio trato en la oferta de actividades que facilitan la reinserción social.

II. LOS PROGRAMAS FORMATIVOS OBLIGATORIOS EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En términos generales existe una total desatención del Código penal sobre la imposición de programas formativos ya que no se concretan aspectos importantes previos como son los criterios judiciales a tener en cuenta para su aplicación, más allá de que sean necesarios para evitar riesgos delictivos, ni las comprobaciones a realizar con los SGPMAs para dar a conocer la disponibilidad de recursos antes de su imposición, limitándose a establecer que una vez comenzado el cumplimiento del programa impuesto, los SGPMAs remitirán informes trimestrales sobre su evolución al Juez o Tribunal de ejecución, salvo en los programas de deshabituación que será semestralmente y, en todo caso, a su finalización. Algo más de información se da en el RD 840/2011 de 17 de junio, en el que se establece que los SGPMAs realizarán las actuaciones nece-

⁶ Informe General IIPP 2024, p.211.

⁷ Informe General IIPP 2024 p.212.

sarias para hacer efectivo el cumplimiento de los programas formativos, lo que significa que, una vez se les ha notificado la sentencia y el auto de suspensión con las reglas impuestas, elaborarán un plan de intervención y seguimiento que se comunicará al Juez competente para la ejecución, sin perjuicio de que se ejecute inmediatamente.

Por todo ello, una primera explicación del limitado desarrollo que han adquirido los programas formativos puede encontrarse en la poca atención que les presta el Código penal para facilitar su imposición y el escaso interés que ha dedicado el SGPM a desarrollar una oferta variada de programas, lo que ha provocado una desigual evolución basada en el predominio de los que son de obligatoria imposición.

Los delitos de violencia de género tienen varias particularidades penológicas, alcanzando alguna de ellas al ámbito de las alternativas penales, como sucede en el caso de que se suspenda la ejecución de la pena impuesta donde se dispone que el Juez, en lugar de elegir entre cualquiera de las prohibiciones y deberes del artículo 83 CP según considere que sean necesarias para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, queda obligado a imponer *en todo caso* las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a, es decir,

1.^a Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

4.^a Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

6.^a Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares.

Esta distinción penológica que obliga a imponer reglas de conducta obligatorias en la suspensión de la ejecución de penas impuestas por delitos de violencia de género se introdujo en la Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género (Ley 1/2004 de 28 de diciembre) caracterizada en el ámbito de las sanciones por añadir a la sanción tradicional medidas preventivas dirigidas a evitar conductas delictivas futuras. La obligatoriedad de las medidas adicionales es cierto que resta discrecionalidad al Juez, pero también

lo es que, pese a que la elección de cualquiera de las prohibiciones y deberes del artículo 83 CP sea potestativa para los órganos judiciales, estos no disponen de un poder absoluto para decidir cuáles vayan a imponer, al estar obligados a garantizar que sean necesarias para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, pero también a que sean limitadas para evitar que sean excesivas o desproporcionadas, todo lo cual supone un ejercicio de individualización y motivación adecuado.

Gran parte de las reglas recogidas en el artículo 83 CP tienen carácter asegurativo, como aquellas que restringen la movilidad del agresor para proteger a la víctima, por eso presenta un especial interés resocializador aquellas que facilitan la intervención del penado en medio abierto, como sucede con la participación en programas formativos destinados a prevenir la reincidencia delictiva en la violencia machista. Con la obligatoriedad de estos programas, conforme al aspecto preventivo de la suspensión de la ejecución de la pena, se refuerza el sentido punitivo para que el no ingreso en prisión del agresor no pierda su esencia sancionadora al ir condicionado a la realización de actividades obligatorias, pero también se dota de contenido educativo para facilitar que quienes han cometido esos delitos tengan la oportunidad de formarse en igualdad y no discriminación sexista, verdadero germen de la violencia machista.

La obligatoriedad de imponer determinadas prohibiciones y deberes, como excepción al arbitrio del que disponen los órganos judiciales para decidir si imponen condiciones adicionales a la suspensión de la ejecución de la pena, tiene como destinatarios dos delitos que afectan especialmente a las mujeres como víctimas, violencia de género y violencia sexual, en ambos es obligatorio imponer la prohibición de acercarse o comunicar con las víctimas o su entorno, la prohibición de residencia y la realización de programas formativos. En estos casos, la facultad judicial de imponer algunas de las prohibiciones y deberes reguladas en el art.83.2 CP pasa a ser obligatoria, al establecer que en los «delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o esté ligado por similar relación de afectividad, aun sin convivencia», será preceptivo imponer la regla sexta, consistente en la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares, y las reglas primera y cuarta de alejamiento de la víctima y prohibición de residencia.

El Código Penal inicialmente había destinado estas condiciones obligatorias a «los delitos relacionados con la violencia de género», lo que fue muy discutido por su falta de definición legal, lo que ha sido modificado por la nueva expresión «delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido

su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación de afectividad, aun sin convivencia» que clarifica mejor su ámbito de aplicación. Por último, a raíz de la LO 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual se incluye también su obligatoriedad en los delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos.

Entre estas condiciones obligatorias, la participación en programas formativos tiene una especial relevancia por responder a una concepción de tratamiento en libertad como vía intermedia entre el encarcelamiento y la mera inejecución, destinado a todas aquellas personas cuya peligrosidad o probabilidad de cometer delitos en el futuro pueda ser abordada desde la intervención social en medio abierto, lo que se realiza mediante entrevistas individuales y la participación en reuniones grupales que incidan en habilidades o actitudes que supongan un riesgo de comisión de nuevos delitos⁸.

Su inclusión en los delitos de violencia de género no estuvo exenta de cierta polémica por quienes entendían que centraba más el interés en el agresor que en la víctima, que distorsionaba el problema al identificar el maltrato con problemas patológicos⁹, o que su carácter obligatorio era contraproducente debiéndose imponer solo a quien lo necesitara con el apoyo de informes criminológicos, sin alcanzar a los supuestos de violencia de género ocasional más leve¹⁰. Con el paso del tiempo se ha ido aceptando la conveniencia de los programas, trasladándose el debate a la configuración de sus contenidos. Siendo cierto que este tipo de intervención universal imperativa no discrimina las necesidades individuales y es contraria al principio de voluntariedad inherente a la intervención, pese a que el penado mantiene el derecho a rechazarlo, no puede negarse que su obligatoriedad ha permitido extender a los supuestos que no revisten gravedad de las mismas posibilidades tratamientos que los delitos que provocan la entrada en prisión, consiguiendo un doble objetivo, de un lado, abrir un escenario penológico de no ingreso en prisión, del que probablemente que no se librarían de no existir esta vía alternativa y, de otro, que ello no se traduzca en una mera inejecución¹¹ al estar acompañado de actividades de intervención, mucho más enfocadas para la reinserción social.

Es evidente que su carácter obligatorio ha impulsado los programas formativos con estos específicos contenidos y que el resto de prohibiciones y deberes e, incluso, el resto de programas formativos, siguen en punto muerto,

⁸ LARRAURI PIJOAN, REIC 2010, p. 3.

⁹ FARALDO CABANA, 2010, pp 24-25.

¹⁰ LARRAURI PIJOAN, REIC 2010, p. 19. ABEL SOUTO 2022, p.282.

¹¹ ALASTUEY DOBÓN, EPyCR 2021 p.1237.

rezagados a una libre elección del órgano judicial que necesita conocer su existencia, la oferta disponible y que se ajuste a las necesidades del condenado. Todo ello son razones suficientes para justificar la necesidad de un impulso institucional que conlleve el esfuerzo de desarrollar y poner en marcha más programas para evitar que se produzca una discriminación de facto por no alcanzar a más conductas delictivas, ni garantizar su contenido resocializador en igualdad de condiciones para todas las personas con independencia de su sexo.

Pese a este reduccionismo en la aplicación judicial que monopoliza los programas en dos tipos de conductas delictivas, parece que el legislador sigue confiando en el desarrollo de programas formativos al seguir ampliando paulatinamente la diversidad de contenidos, como los últimos incorporados en 2021, relativos a la resolución pacífica de conflictos y parentalidad positiva que, respectivamente, constatan el avance de la Justicia restaurativa en el ámbito de la ejecución, en el primer caso, y la preocupación por la violencia vicaria en el seno de la violencia de género, en el segundo.

Los programas que cita el Código Penal deben ser desarrollados para su implantación, para lo cual Instituciones Penitenciarias ha diseñado diversos talleres que se realizan con la colaboración de entidades externas siguiendo las orientaciones recogidas en los documentos elaborados por la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas y la Instrucción SGIP 10/2011 de 1 de julio que regula el manual de procedimiento para las penas suspendidas, con especial referencia a los agresores por violencia de género. En la Instrucción SGIP 1/2015 de 18 de diciembre sobre los nuevos programas de intervención de penas y medidas alternativas se definen los programas de tratamiento en las penas y medidas alternativas como una «intervención psicoeducativa consistente en la aplicación de técnicas cognitivo-conductuales, dirigida a la prevención de la reincidencia delictiva a través del cambio, cognitivo, emocional y conductual» y se citan como destinatarios a las personas condenadas por delitos de violencia de género, familiar, relacionados con el consumo de drogas, de naturaleza sexual, seguridad vial u otras tipologías delictivas, lo cual muestra una orientación muy psicológica de sus contenidos y una preferencia por las tipologías delictivas, en especial, la violencia familiar y sexual.

Ejemplo de ello es el programa formativo dirigido a los delitos de violencia de género cuyo contenido sigue el programa «Violencia de género. Programa de intervención con agresores PRIAMA». Documento Penitenciario 7 creado en 2010 y revisado en 2015 que inicialmente se dirigió a internos de centros penitenciarios y posteriormente se amplió a sanciones alternativas y medio abierto; su valoración general tras años de aplicación es muy positiva, porque más allá de ensombrecer el carácter punitivo de la sanción, lo refuerza,

al imponer al penado condiciones de obligado cumplimiento válidas para prevenir conductas delictivas y proteger a las mujeres de futuras agresiones¹². En este programa se trata de fomentar la igualdad y no discriminación, mediante herramientas diseñadas y dirigidas en exclusiva a los hombres, ya que no alcanza a las mujeres responsables de delitos de violencia doméstica¹³.

La credibilidad y eficacia de estos programas está ligada a la idoneidad de sus contenidos y al control de su seguimiento¹⁴, ya que lo contrario puede dar una imagen de impunidad nada aconsejable para mantener el carácter formativo vinculado a la prevención especial y la confianza en el sistema, propia de la prevención general positiva. No hay que olvidar que los programas de intervención que se desarrollan en el ámbito de las sanciones alternativas son diferentes a los programas de tratamiento que se ofrecen dentro de los establecimientos penitenciarios, no solo por su duración y metodología, sino por su obligatoriedad, lo que a veces hace difícil motivar a quienes de facto están en libertad. Para solventar estos problemas, desde 2014 los SGP-MA realizan verificaciones de cumplimiento a través de visitas periódicas a los lugares de destino con el fin de mejorar la relación con las entidades colaboradoras y supervisar el alcance de cumplimiento de las obligaciones de los penados que solo alcanzan a los trabajos en beneficio de la comunidad, pero no a las penas suspendidas.

El RD 840/2011 de 17 de junio establece que una vez se haya dictado sentencia y el auto judicial de suspensión indique la regla impuesta, los SGP-MA realizarán las actuaciones necesarias para elaborar un plan de intervención y seguimiento que se comunicará al Juez competente para la ejecución, sin perjuicio de que se ejecute inmediatamente. Esto significa que los Jueces y Tribunales sentenciadores se limitan a suspender la ejecución de la pena de prisión e imponer la obligación de participar en un programa formativo, pero no establecen su contenido, ni su duración o programación, todo lo cual queda bajo la total competencia de la Administración Penitenciaria que, a través de SGPMA, hace efectivo el cumplimiento del mismo, al encargarse de la elaboración del plan de intervención y seguimiento con la obligación de informar al Juez o Tribunal encargado de la ejecución sobre las incidencias que vayan surgiendo y sobre su finalización¹⁵.

Con este sistema de ejecución se dibuja un triple sistema de supervisión: el más inmediato es el que desarrolla la entidad colaboradora que imparte el

¹² LAURENZO COPELLO RECPCR 2005 p.9.

¹³ LARRAURI PIJOAN, REIC 2010, p. 13.

¹⁴ CID MOLINÉ 2025, p.285 también destaca la relevancia del estilo de supervisión para medir la eficacia de las penas alternativas.

¹⁵ LARRAURI PIJOAN, 2010, pp. 10-11.

programa cuya función es valorar el control de asistencia y rendimiento del penado, en segundo lugar, el SGPMA como órgano gestor del programa debe controlar su cumplimiento por parte del penado, pero también el cumplimiento de las obligaciones de las entidades colaboradoras y, en tercer lugar, el ejercido por el propio Juez o Tribunal de ejecución que con los informes que recibe trimestralmente debe fiscalizar que se cumple con la condición impuesta porque de lo contrario deberá revocar la suspensión concedida, si el incumplimiento es grave o reiterado, y solo podrá hacerlo, si no lo es.

La valoración de estos programas formativos en la prevención de conductas delictivas arroja muy buenos resultados con una tasa de reincidencia del 4,6 % de los que participan en el programa de tratamiento¹⁶, lo que demuestra que, además de reducir la delincuencia, contribuyen a no revictimizar a las mujeres, ratificando que el recurso a la prisión no siempre es necesario, siempre que las alternativas comunitarias sean provistas de contenidos y recursos adecuados.

III. LA IMPLANTACIÓN Y ALCANCE DE LOS PROGRAMAS FORMATIVOS

La buena acogida de los programas formativos en violencia de género, pese a las críticas de su obligatoriedad, confirman que son una buena opción para completar la suspensión de la ejecución de la pena si resultan «necesarios para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos». Esta exigencia, procedente de la regulación de las prohibiciones y deberes del artículo 83 CP, unida al argumento principal de la suspensión de la ejecución de la pena recogido en el artículo 80 CP, recayente sobre la «no necesidad de ejecutar la pena de prisión para evitar la comisión futura de delitos» valorando el delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, conducta posterior al hecho, esfuerzo en reparar el daño causado, circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión y las medidas impuestas, demuestran que el tipo de delito cometido no es lo más relevante para su imposición, ya que debe prestarse una especial atención a aspectos individuales del sujeto que pueden requerir de una intervención específica para evitar la recaída en el delito.

Probablemente, si el Código no hubiera dispuesto la obligatoriedad de los programas formativos en los delitos contra la mujer, hubieran alcanzado un

¹⁶ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE MEDIO ABIERTO Y PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS, 2021, p.72.

nivel de implantación similar al de los demás casos, sin embargo, su imposición obligatoria ha disparado su aplicación, provocando que monopolicen los contenidos de los programas impuestos en el seno de la suspensión de la ejecución de la pena. En este sentido, como ya se ha anticipado, llama mucho la atención que el 68 % de las reglas de conducta impuestas en las suspensiones-sustituciones de condena lo sean por delitos de violencia de género, seguidas en un 9 % por delitos de lesiones, un 8 % delitos contra el patrimonio y un 5 % delitos contra la seguridad vial¹⁷, en todos ellos la representación de mujeres es muy baja, como se demuestra en su distribución por sexo, ya que el 96 % de las suspensiones-sustituciones tienen a los hombres como infractores, dejando a las mujeres en una aplastante minoría, no solo, aunque principalmente, por las tipologías delictivas.

Una lectura de género sobre las variables para suspender la ejecución de la pena de prisión podría arrojar unos resultados bastante favorables a las mujeres, ya que en su mayoría han cometido previamente un número reducido de delitos, generalmente no violentos, suelen presentar menor riesgo de reincidencia y un alto índice de victimización previa por haber sido víctimas de violencia de género o familiar¹⁸, si a ello se le suma que la aplicación de las prohibiciones o deberes adicionales a la suspensión de la ejecución de la pena tiene como finalidad evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, no se entiende muy bien que no haya más penas suspendidas con prohibiciones o deberes en las mujeres, especialmente, porque casi un tercio de ellas están cumpliendo penas de prisión con una duración de tres meses a tres años¹⁹, lo que queda dentro del margen de la suspensión.

Por ello, sin menospreciar el papel preventivo y educativo que cumplen los programas formativos en los delitos contra la mujer, no deja de ser cuestionable que sean los más representados en penas suspendidas, lo que impide que alcance a las mujeres e, incluso, a más delitos, desaprovechando sus ventajas resocializadoras, como el propio Código Penal recuerda respecto a la regla del artículo 83.9, al considerarlos convenientes para la rehabilitación social del penado²⁰.

Para paliar esta desigual aplicación de los programas formativos una posible solución sería formular una interpretación de su imposición con criterios de género que los haría especialmente indicados en las mujeres, si con programas de formación e inserción laboral se pudieran cubrir carencias que son un lastre para su reinserción social, ya que no hacerlo puede vulnerar las exigencias de igualdad

¹⁷ Informe General IIPP 2024, p. 211.

¹⁸ JUANATEY DORADO, RECPyCR 2018, p.17.

¹⁹ Informe General IIPP 2024, p.29.

²⁰ ALASTUEY DOBÓN EPyCR 2021, p.1247.

de oportunidades y no discriminación. De esta forma, la intervención específica que pueden proporcionar los programas formativos debería ser más amplia y no limitada al delito cometido, como ocurre en el caso de los delitos cometidos mayoritariamente por los hombres, para cubrir las necesidades individuales de las personas condenadas con independencia del delito cometido.

Como ejemplo de ello, la particular vulnerabilidad de las mujeres en prisión justifica que se les preste una atención especial para garantizar su acceso a las sanciones comunitarias con un enfoque diferenciado que atienda sus necesidades específicas, lo que debería conducir a la creación de medidas positivas, capaces de valorar las circunstancias que les han llevado a prisión. De esta forma se facilitaría su acceso a las alternativas penales con fines de integración social complementadas con programas formativos dirigidos a cubrir sus carencias personales y sociales.

Las prohibiciones y deberes que pueden acompañar a la suspensión de la ejecución de la pena no debería enfocarse tanto, o al menos, no solo, al tipo de delito cometido²¹, como ocurre en la actualidad con los programas específicos de violencia de género y de seguridad vial, sino a las circunstancias individuales de sus responsables para crear programas formativos, laborales y culturales de una dimensión de equilibrio socio-cultural cuando, como es el caso de las mujeres, la pobreza, la exclusión social, el analfabetismo o la explotación sexual han contribuido a la conducta delictiva, en muchas ocasiones produciendo la doble condición de delincuente-víctima, lo que debería tenerse en cuenta en el diseño y aplicación de las sanciones comunitarias.

Esta opción debería justificar la creación de programas formativos dirigidos a crear un escenario que favorezca la autonomía y el crecimiento personal, con la cautela de que sus contenidos no perpetúen los estereotipos sociales²², porque de lo contrario, se puede correr el riesgo de ofrecer actividades más accesibles para las mujeres, pero a costa de cerrarles la puerta a la igualdad de oportunidades²³.

Llegado el caso de que se decidiera la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a cualquier persona y siempre que el Juez se planteara la necesidad de imponer la obligación de participar en un programa formativo para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, si se tratara de una mujer, sería de gran ayuda contar con programas de intervención que atendieran las nece-

²¹ Este parece ser el modelo que sigue Instituciones Penitenciarias en la Instrucción 1/2015 de 18 de diciembre donde prácticamente todos los nuevos programas para alternativas se basan en tipologías delictivas, salvo alguno transversal como PROBECO, diseñado para adquirir competencias sociales.

²² VASILESCU 2022, p. 11.

²³ ACALE SÁNCHEZ, 2015, p.100.

sidades específicas que pudieron influir en su conducta delictiva, siendo un buen ejemplo el programa Ser Mujer que se ofrece a las mujeres privadas de libertad, pero adaptado al medio abierto propio de la pena suspendida. Este programa fue creado por Instituciones Penitenciarias como prevención de la violencia de género y destinado a desarrollar la autoestima, autonomía y habilidades sociales de las mujeres presas para fomentar la igualdad y el empoderamiento femenino, trabajando aspectos relacionados con la salud y las habilidades sociales, cognitivas y emocionales²⁴. Sus buenos resultados y su amplia aplicación²⁵ deberían ser tenidos en cuenta para adaptarlo al medio abierto, lo que encajaría perfectamente como programa formativo opcional dentro de la suspensión de la ejecución de la pena.

IV. CONCLUSIONES

El extraordinario avance que ha alcanzado el análisis jurídico y criminológico de la violencia de género ha permitido que su desarrollo jurídico dogmático se haya nutrido de una valiosa información empírica que ha ayudado al legislador a conocer un poco más de este grave fenómeno delictivo que se cobra al año la vida de decenas de mujeres, generando numerosos daños físicos, psicológicos y materiales sobre las mujeres y sus hijos, a través de la violencia vicaria, pero también ha servido para prestar una atención especial al ámbito de las consecuencias jurídicas bajo la idea de que el Derecho Penal no puede reducirse a la aplicación de sanciones retributivas, sino que debe atender su finalidad preventiva de evitar la comisión de nuevos delitos.

En este último aspecto tiene una especial importancia en términos de proporcionalidad que las sanciones previstas para los hechos de menor gravedad hayan logrado apartarse del monopolio de la privación de libertad mediante la previsión de sanciones alternativas dirigidas a facilitar la reinserción social, entre las cuales destaca la suspensión de la ejecución de la pena en su finalidad de evitar ingresos en prisión innecesarios, especialmente cuando su contenido se completa con la participación en programas formativos.

Hasta la fecha, estos programas formativos se han dedicado casi en exclusiva a actuar sobre los delitos de violencia de género, y con ello a los condenados varones, entre otras cosas, porque su obligatoriedad desde 2004 forzó a la Administración penitenciaria, como órgano gestor de las alternativas de

²⁴ VIEDMA/ DEL VAL, 2019, p.71 ss.

²⁵ El último año se ha aplicado en 22 centros y ha alcanzado a 172 internas. Informe General 2024. p. 53.

corte comunitario, a desplegar todos sus esfuerzos en adaptar al medio abierto los programas de tratamiento ya existentes en los centros penitenciarios.

Llegados a un periodo de estabilización de estos programas en el que se ha conseguido un nivel de implantación y aceptación muy alto, procede dar cumplimiento a la previsión del artículo 83.1 CP donde se dispone que el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución a la participación en programas formativos «si fuera necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos», lo que no debería basarse solo en el tipo de delito, sino en las necesidades individuales de las personas condenadas, lo cual, además de diversificar las tipologías delictivas, facilitaría su alcance a las mujeres.

Para que la aplicación de los programas formativos en la suspensión de la ejecución de la pena deje de discriminar por género, el SGPMA debería ampliar su oferta de programas creando otros tipos de intervención dirigidos a atender necesidades individuales, como las que puedan presentar las mujeres, bien sea adaptando los ya existentes en prisión que funcionan correctamente o diseñando nuevos formatos, pero, en todo caso, sin reducirlos a tipologías delictivas que solo alcancen a los hombres.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel: *La suspensión de la ejecución de la pena*, Valencia, 2017.
- *La suspensión de la ejecución de la pena en los casos de violencia sexista*, en *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Cizur Menor, 2022, pp. 275-285.
- ACALE SÁNCHEZ, María: *Preámbulo estadístico y jurisprudencial*, en *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Granada, 2015, p. 91-100.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: *La suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de prestaciones o medidas*, EPyCR núm. 41, 2021, pp. 1225-1309.
- CID MOLINÉ, Jose: *El futuro de las alternativas a la prisión en España*, In *Dret* 1 2025.
- *¿Disponemos en España un sistema efectivo de sanciones?*, *Recrim Extraordinario* 2025, pp. 62-87.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación en España tras la reforma de 2010*, *Revista de Estudios de la Justicia* n.º13, 2010, pp. 13-50.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España*, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20-10 2018, pp. 1-32.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: *Los programas formativos como medida alternativa en los casos de violencia de género ocasional*, *REIC* núm. 8. 2010, pp. 1-26.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología 07-08 2005, pp. 1-23.

Subdirección General de Medio Abierto y Penas y Medidas Alternativas Estudios e investigaciones en prisión y medidas alternativas. Documentos penitenciarios 25, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2021.

VASILESCU, Cristina: Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género, Madrid, 2022.

VIDEAMA, Antonio/DEL VAL, Consuelo: Evaluación de la eficacia de un programa de tratamiento para el empoderamiento de mujeres en prisión, Documentos Penitenciarios 21, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades, Madrid, 2019.

6. ¿ACABAR CON LAS DILACIONES? (BREVES REFLEXIONES SOBRE LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS)

ANTONIO DEL MORAL GARCÍA
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

I. PRELIMINARES

Recuerdo vagamente la primera vez, lejana en el tiempo, que participé en una obra colectiva. Me sentí muy honrado ante la perspectiva de ver mi nombre ligado al de profesores y profesionales a quienes admiraba. Con un delicioso candor planifiqué bien los tiempos y me puse, diligente, *manos a la obra* tras las previas labores de explorar la bibliografía y recopilar jurisprudencia buscando los pertinentes apoyos. Conforme se acercaba la fecha prefijada y el trabajo no acababa de cerrarse, apareció cierta angustia; pero no podía fallar. Redoblé los esfuerzos y las páginas prometidas estuvieron a disposición del coordinador con algunos días de antelación.

El epílogo de ese primer contacto con el universo del libro colectivo lo intuirá enseguida cualquier académico que se precie. Apenas enviado el texto, me fueron llegando de forma encadenada varios sucesivos avisos con nuevos plazos. Yo ya no los necesitaba... Pasaron meses hasta que, por fin, con esa satisfacción mezclada con unas dosis de mundana vanidad que produce tomar entre las manos y ojear un libro en el que aparece un texto producto de tus reflexiones, me llegaría el ejemplar ansiado.

La experiencia se ha repetido luego muchas veces. Yo mismo he caído en ese sobrentendido de que los plazos para las obras colectivas son más parecidos a los plazos que la ley impone a la oficina judicial y a sus titulares, que los que

rigen para los letrados. He sido receptor de alertas conminatorias cada vez más apremiantes y perentorias. En todo caso, hace años que trato de ahuyentar la tentación de indolencia del experimentado y no ahorro esfuerzos por ajustarme a la fecha inicialmente concretada, sin esperar ampliaciones, aunque luego pueda contar con unos días de gracia para un último repaso o algunos ajustes.

Esa autodisciplina ha crecido en exigencia e inflexibilidad a raíz de las contadas ocasiones en que he sido yo mismo quien asumía la coordinación padeciendo en carnes propias ese cruce de mensajes enfrentados: la minoría cumplidora reclamaba noticias de cómo iba la publicación; frente a los solicitantes de prórroga que aducían excusas y disculpas variopintas –seguro que todas reales–; y otros muchos –la mayoría– que mantenían un silencio estratégico confiando probablemente en que les bastaría aprovechar los frutos de la batalla por nuevos plazos que intuían que otros estarían dando.

Como cada vez que soy emplazado a aunarme a una obra colectiva, también en esta ocasión vinieron a mi cabeza estas experiencias. Y anoté con decisión la cronología preestablecida.

Me halaga que la invitación provenga de la Academia (es mi confesada vocación frustrada que he tratado de desarrollar mínimamente con modestos escauceos en el mundo universitario); mucho más su motivación: un homenaje al Profesor Peñaranda. Mi respeto por él nació la primera vez que consulté un texto suyo. He hecho esfuerzos por recordar el tema, pero ni siquiera un somero repaso de su abundante producción bibliográfica ha activado mi memoria. Solo sé que quedé encandilado por la profundidad de sus reflexiones, en las antípodas de lo que serían ocurrencias, o ideas improvisadas o evaluadas con presteza. Al leerlo, da la sensación de que cada una de sus ideas solo emerge después de pasar unas duras y exigentes pruebas de resistencia que aseguran su solidez, su capacidad de soportar fuertes embates. El respeto se convirtió en admiración cuando lo conocí personalmente. Descubrí su capacidad de escuchar de verdad, y de pensar con otros y la ponderación y equilibrio de sus comentarios y opiniones, sin perder un gramo de hondura. ¡Cuántos comentarios suyos, reposados, tranquilos, como acariciados, han encendido luces en mi discurrir por el mundo del derecho penal! De mano de la admiración vino también el sentimiento de afecto.

No podía faltar a esta cita: el sí fue inmediato. Emplazado para indicar tema –una exposición necesariamente breve–, volvieron a merodear por mi imaginación esas historias de plazos improrrogables que se van sucediendo unos a otros sin perder el desacreditado calificativo –improrrogable–. Y por asociación de ideas aparecieron en mi mente las ¡dilaciones indebidas!, esa peculiar atenuante de la que yo no quería hacerme acreedor en este libro colectivo.

No todas las dilaciones son *indebidas*. Las dilaciones invertidas en un proceso complejo que pretende llegar a sus últimas ramificaciones son *debidas*. Y las dilaciones que preceden a la publicación de un estudio de investigación profundo y sugerente, como los que acostumbra a hacer el profesor Peñaranda, son necesarias, debidas, felizmente debidas.

Es una atenuante que se aplica de manera profusa. Siempre me despertó cierta antipatía y, cuando la aplico, no pocas veces me genera desconcierto por su modo de operar. Creo que su construcción dogmática –de arquitectura sólida– dista mucho de su forma de funcionar en la praxis. Era ésta una buena ocasión para hilvanar algunos de los pensamientos y dudas que me asaltan en el manejo en mi labor en los tribunales de esta atenuante desde una perspectiva más reflexiva y despojado de las ataduras y el corsé de la función jurisdiccional en la que es el Tribunal quien habla y no el jurista magistrado. Y es un buen tema para calibrar otra vez la necesidad de que las construcciones teóricas sean contrastadas en su aplicación práctica; y que, en sentido inverso, que la aplicación de las instituciones penales no se desentienda de su armazón teórico.

He rescatado como punto de partida el prólogo que hace mucho tiempo elaboré para una monografía¹ publicada durante la infancia de esa atenuante, cuando todavía era una construcción jurisprudencial que había debutado pocos años antes. Con esa referencia volcaré nuevas ideas o confirmaré y desarrollaré aquellas primeras impresiones.

II. DOS ADVERTENCIAS

Este trabajo nace con pretensiones ambiciosas en cuanto a su finalidad y motivación –reconocimiento al profesor Peñaranda–; pero modestas en cuanto a su contenido y formato. Se aleja deliberadamente de los caracteres de un trabajo dogmático o propiamente académico: soy muy consciente de que no puedo competir en ese terreno con los colegas y discípulos –¡qué grandes regalos ha hecho el profesor Peñaranda a la comunidad jurídico-penal!– del homenajeado. Un intento de emular ese altísimo nivel que presumo con fundamento, sería impostado. Prefiero huir incluso de esa apariencia: quieren estas líneas ser –y parecer– un texto muy ligero, sin aparato bibliográfico, sin aspiraciones dogmáticas; una válvula de escape de reflexiones rumiadas al manejar una atenuante en las tareas casacionales. Solo eso. Escribo desde la práctica, sin ayuda de

¹ LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A., *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*, Comares, 2005.

otras herramientas. Eso, además, me permite ser fiel, no solo a los tiempos, sino también a las limitaciones de espacio impuestas que acabaron por empujarme al poco de comenzar la redacción a dejar de lado también las referencias jurisprudenciales: será suficiente evocar genéricamente las tendencias.

No es, por otra parte, un comentario al uso de una norma penal, cuyo objetivo sea clarificar sus elementos, defender propuestas exegéticas o exponer y explicar las soluciones que brinda la jurisprudencia. No es ese el enfoque que quiero imprimir a este comentario. Son ideas más de fondo sobre el sentido y realidad de la atenuante que no aspiran a sentar conclusiones sino a sugerir vías de reflexión.

III. RETRASOS EN LA JUSTICIA PENAL

Arranco de una realidad que no necesita demostración: uno de los males endémicos de nuestra Administración de Justicia es su retraso. No han perdido actualidad las palabras que resonaban hace más de cuatro siglos en el castillo de Elsinor en el famoso monólogo de Hamlet (tercer acto): entre las causas que hacen odiosa la vida en la tierra y que le empujaron a la locura, junto a las injusticias del opresor, se encuentran también las dilaciones de la justicia («*dilations of law*»)².

La Justicia penal no solo no es una excepción, sino que, además, en ella los efectos secundarios de esa patología se acrecientan. Junto a los perjuicios ocasionados tanto a las partes pasivas del proceso como a los perjudicados, todo el sistema penal se resiente abriéndose grietas frente a las que solo caben remedios muy disfuncionales. Apunto ahora tan solo dos.

De una parte, el efecto disuasorio de las penas se ve muy menguado. La prontitud en la aplicación de la sanción es, junto a su inevitabilidad y su magnitud, uno de los factores que determinan el nivel desincentivador de una pena. Penas muy elevadas, pero que llegan, si llegan, muy tarde gozan de menos poder disuasorio que las sanciones que se perciben como inevitables y prontas, aunque su dimensión afflictiva sea muy inferior. Si falla esa pieza –rapidez del castigo– el legislador se sentirá inclinado a incrementar absurdamente lo más fácilmente modulable (gravedad de las penas), pero menos eficaz. Un sistema penal sin retrasos, aunque maneje penas más livianas, alcanza mejor sus objetivos –disminución de los delitos– que un ordenamiento

² Idéntica referencia es usada en el preámbulo de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1992, de 22 de septiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal.

punitivo muy severo, pero que se dispensa tardíamente. Imprimir celeridad al proceso haría más patente lo innecesario e inhumano de esas larguísimas penas privativas de libertad que llegan tarde, y que se prevén largas precisamente porque, al ser tardías, han de suplir déficits disuasorios. Una pena corta de prisión que se percibe como difícilmente soslayable y de muy pronta imposición, encierra mayor potencialidad disuasoria que una larga pena de prisión que, no solo se puede eludir con algo de fortuna, sino que, si llega, será pasados varios años. Una política criminal realista y fructífera debiera dirigirse no tanto a incrementar el número de delitos y elevar las penas, como a agilizar el proceso y reducir ámbitos de impunidad para que el ciudadano tome conciencia de la inevitabilidad de la sanción³. Más cárcel —es una realidad constatable— no equivale a menos delincuencia. Mayor agilidad en el castigo sí rebajaría la tasa criminal.

En otro orden de cosas, quisiera mencionar el régimen del concurso real de delitos de nuestro código: las acumulaciones del artículo 76. Es una materia que ha preocupado al profesor Peñaranda —y comparto sus insatisfacciones— y constituye en alguna medida una excrecencia de la patológica lentitud de la justicia penal. Las larguísimas liquidaciones de condena que provoca el sistema (en ocasiones más graves que una pena de prisión permanente revisable) son de alguna forma fruto de los tiempos de la justicia. A medida que se aleja la fecha de enjuiciamiento y firmeza de la de comisión del hecho, se multiplican y diversifican los efectos paradójicos y, a veces, perversos de los condicionantes temporales del artículo 76 CP, en el momento de combinar una pluralidad de condenas. Cuando su enjuiciamiento se ha postergado años y la secuencia de condenas, lógicamente, no sigue el orden cronológico de comisión aparecen extraños efectos que pueden reducir a tres, doce años de prisión; o mantenerlos en doce. Quizás esta idea exigiría aclaraciones o explicaciones adicionales, pero me basta dejarla apuntada.

El diagnóstico es muy sencillo y salta a la vista: la justicia penal es en términos generales lenta; muy lenta. Es una patología evidente que en casación constato cada día, en cada procedimiento. Ciertamente son las causas que acaban con una sentencia de casación las que, por razones obvias, habrán necesitado de más tiempo. Pero los tiempos muchas veces son escandalosos y, salvo causas sencillas en delincuencia de bagatela, el mal es generalizado.

Acertar con los remedios es más complicado. Seguramente habría que extraer muchas conductas de un Código Penal que padece de *bulimia*. La dotación de medios personales y materiales, aun siendo solución nada imaginati-

³ En materia de corrupción, por ejemplo, más que elevar las penas asignadas a esos delitos, arroja mejores frutos implantar más controles independientes en la Administración y más mecanismos de transparencia.

va, sin duda es imprescindible... No creo, en cambio, que sea buena estrategia llenar de alicientes el proceso para alcanzar conformidades y soluciones negociadas que, a la larga, se convierten en penas artificialmente infladas para quienes no se conforman; ni, mucho menos acortar voluntariosamente plazos que, por inviables, obligan en buen número de ocasiones a prórrogas generadoras de más burocracia (art. 324 LECrim), cuando no acaban por un olvido con un frustrante sentimiento de impunidad.

Descrito ese panorama y sus consecuencias, llega el momento de invitar al escenario a nuestra protagonista: la atenuante de dilaciones indebidas. ¿Es paliativo adecuado para compensar de alguna forma esa deficiencia estructural de nuestro proceso penal? ¿O quizás, puede convertirse en la coartada de una paralizante resignación frente a ese estado de cosas? ¿Es posible que paradójicamente la atenuante de dilaciones sea fuente de más dilaciones? ¿Supone una herramienta equitativa? ¿Obedece de verdad a la filosofía que la inspira?

Anticipo lo que no es una conclusión asentada, sino una intuición: la atenuante de dilaciones indebidas no responde en la mayoría de las ocasiones en que se aplica a su filosofía inspiradora y, a su vez, de forma indirecta, propicia más dilaciones. Por otra parte, genera agravios comparativos.

¿Abogo por suprimirla? No me atrevo a tanto. Pero sí se me antoja necesario romper la inercia que se arrastra en su aplicación y repensar la institución. Es preciso, desde luego, emplearnos en acabar con las dilaciones procesales. Quizás no debamos, en cambio, acabar con la atenuante de dilaciones. ¿O sí?

IV. LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS: BODAS DE PLATA

La atenuante de dilaciones indebidas ha celebrado hace poco sus bodas de plata: veinticinco años de presencia en nuestros Juzgados y Tribunales.

Costó su alumbramiento que no se produjo en la Carrera de San Jerónimo, sino en la Plaza de la Villa de París. Tras intentos fallidos (1992/1997) llegaría el parto en una reunión de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999. Desde entonces es invitada asidua de nuestras salas de justicia. Se ha convertido en uno de los personajes más populares y familiares para cuantos desenvuelven su actividad profesional ante la jurisdicción penal, lo cual no deja de ser muy mal síntoma del estado de salud del problema estructural.

Hasta ese momento el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (a ser enjuiciado *en un plazo razonable*, según terminología supranacional) era un simple actor secundario, con un papel casi ornamental en el

escenario procesal real. Un mandato dirigido al legislador y un tema apto tanto para sesudas reflexiones teóricas como para tan indignadas como improductivas quejas sociales.

Las protestas por la violación del «derecho a un proceso sin dilaciones indebidas» comenzaron a hacer su aparición en los tribunales nacionales y también a nivel supranacional⁴ a través de voces que reclamaban para dotar de *efectividad* a un derecho que hasta ese momento era puramente retórico. Solo servía para nutrir discursos genéricos sobre el proceso penal o impulsar reformas legislativas más bienintencionadas que efectivas. La pura proclamación por el Tribunal Constitucional de que el derecho había sido violado (proclamación que llegaba con premiosidad equiparable a la que se denunciaba) dejaba un poso de insatisfacción. La respuesta del Estado no podía limitarse a esa constatación. Exigía algo más, aunque fuese un paliativo con forma de reparación económica tras la correspondiente reclamación, en vía ésta no exenta de dificultades.

En algunos tribunales, de forma creativa, se llegó a dictar condenas con simultáneas declaraciones de inejecutabilidad por ser tardías: no había otra forma de reparar la lesión. La medida pronto fue cerrada por la jurisprudencia. Tras unos accidentados debates en el seno de la Sala Segunda, cuya posición oficial se modificó radicalmente en pocos años; y tímidos apuntes legislativos (alusiones al indulto como posible remedio en el Código Penal de 1995), quedó fijada como doctrina la tesis surgida de aquél pleno de la Sala Segunda: las tardanzas injustificadas en el proceso penal han de dar lugar a una atenuación penológica. En aquéllos primeros momentos se acudía a la atenuante analógica⁵.

Once años más tarde el legislador convirtió en legalidad expresa lo que había comenzado siendo una creación jurisprudencial, incorporando al artículo 21.6 otra atenuante típica: *la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento siempre que no sea atribuible al propio inculpado y no guarde proporción con la complejidad de la causa*.

⁴ Llegaron diversas condenas a España por tal razón del Tribunal Europeo de Derechos humanos (valgan estas dos referencias como botón de muestra: sentencias de 28 de octubre de 2003, asunto LÓPEZ SOLÉ Y MARTÍN DE VARGAS, y de 24 de noviembre de 2003, asunto SOTO SÁNCHEZ). Y también algún dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que por aquellas fechas acababa de ser descubierto por los profesionales de la abogacía de nuestro país, que declaraba el incumplimiento por el Estado Español de su deber de respetar el derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas (Dictamen de 30 de octubre de 2003, asunto MARTÍNEZ MUÑOZ). Llama la atención –no me resisto a consignar el dato anecdótico– que en el voto particular que acompañaba al dictamen se adujese como argumento que hubiese sido deseable para formarse un juicio completo contar con una traducción de la sentencia del Tribunal de apelación (!!).

⁵ Orillo la temática relativa a cómo ha de concebirse esa analogía en la que también se han producido vaivenes jurisprudenciales.

V. FUNDAMENTO TEÓRICO FRENTE A REALIDAD PRÁCTICA

Resulta innecesario recordar el fundamento de la atenuante. Aparece con frecuencia mencionado en la jurisprudencia que la aplica. La afectación de un derecho fundamental (plazo razonable del proceso), supone un padecimiento (penal natural) que se añade al de la pena, y del que es responsable en último término el Estado. Merece una compensación que puede articularse mediante una reducción de la pena.

Ese planteamiento expulsa del ámbito de la atenuación los retrasos atribuibles al propio acusado. Por eso la atenuante es divisible: dos acusados en un mismo proceso por la comisión de un mismo delito pueden merecer sanciones distintas por razón de que uno de ellos se hace beneficiario de la atenuante, pues ninguna responsabilidad cabe achacarle en la parsimonia procesal; mientras que podrá negarse la misma atenuante al coimputado por haber provocado con su conducta procesal (incomparecencias, incidentes abusivos...) el alargamiento del proceso.

Es indiferente, en cambio, que las causas del retraso sean estructurales e inevitables. Es innecesario detectar negligencia o desidia en algunos de los gestores públicos del proceso. La atenuante es ajena a culpabilidades o responsabilidades. Se trata únicamente de constatar el dato objetivo: no se ha respetado el derecho a un proceso en un plazo razonable y eso supone un daño infligido al sujeto pasivo que debe compensarse.

¿Cuándo estaremos ante dilaciones *extraordinarias*? Solo las que merecen ese calificativo activan la atenuación. El término *ordinarias* remite a dos posibles puntos de referencia. Por un lado, puede considerarse como equivalente a lo *habitual*, a lo acostumbrado, frecuente. Desde ese punto de vista la atenuante estrecha su espacio. Lo habitual es que los procesos duren mucho más de lo que debieran y, al margen de estadísticas, objetivamente el derecho a la agilidad procesal sufre.

Si consideramos que lo *ordinario* es lo *normal*, lo ajustado a la norma, se ensanchará el ámbito de la atenuante.

Sobra decir que la práctica se mueve en el primer plano. Casi se viene a admitir que *de facto* unos retrasos que llegan más lejos de lo que en una situación ideal serían asumibles, son algo inherente a nuestra actual Administración de justicia. Hay que sobrentender que al fijar las penas se cuenta ya con ciertos daños asociados al mismo enjuiciamiento (*juzgar es ya castigar* proclamaba un clásico tratadista). Entre ellos, esos retrasos.

Las apreciaciones del ciudadano-jurado suelen ser muy distintas y discurren preferentemente en el segundo plano. El tratamiento de la atenuante de

dilaciones indebidas en los procesos con jurado está necesitado de aclaraciones. Me extraña que no aparezca con más frecuencia. Cuando se suscita surgen situaciones un tanto desconcertantes. Los jueces legos tenderán –y su intuición está cargada de razón, porque les falta el prejuicio de la experiencia– a considerar que, incluso en plazos que los profesionales consideramos no ya habituales, sino ágiles, el proceso se ha prolongado demasiado. No están acostumbrados a la desesperante burocracia. Ante una proposición hábilmente introducida por la defensa en el objeto del veredicto –el procedimiento se ha tramitado con notoria lentitud– (nótese además que no se cuenta con todo el itinerario procesal: al Tribunal se elevan solo algunos testimonios) los jurados estarán poderosamente inclinados a validar la atenuante, una atenuante de más que dudoso futuro en un tribunal profesional. Y es que lo *normal* para personas ajenas a la justicia y no contaminadas por sus seculares prácticas; se aparta del concepto de *normal o habitual* que manejamos los profesionales de la justicia penal. No me sumerjo ahora a fondo en el manejo de la atenuante en tribunales con jurado; pero creo necesario apostillar que, en el estado actual de la cuestión, las nociones de *dilaciones extraordinarias y complejidad* de un proceso no son datos factuales sino con componentes jurídicos cuya valoración corresponderá al Magistrado Presidente que deberá excluir del objeto del veredicto conceptos predeterminantes o valoraciones de ese orden. No obstante, es frecuente que no se opere de esa forma. En cualquier caso, a los efectos de estas notas, lo que me interesa es subrayar esa diferente percepción de lo que es *duración razonable* de un proceso. La visión del profesional está lastrada por su experiencia acumulada.

El esquema teórico –la lentitud en el enjuiciamiento lesiona injustamente un derecho fundamental, lo que constituye una pena natural que exige una compensación que vendrá mediante la disminución de la pena forense– no es por lo habitual reflejo de la realidad práctica.

La atenuante es muy útil en ocasiones porque es dúctil, muy maleable y elástica. Sin grandes esfuerzos puede acudir en auxilio del aplicador del derecho para lograr atemperar las penas, tantas veces desproporcionadas, que dispensa nuestro Código. Hasta el punto de que –y es ejemplo muy real y en absoluto exótico en contra de lo que pudiera pensarse– la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, o su cualificación o no, dependerá en ocasiones exclusivamente de si se alcanza o no una conformidad (¡!). Los conceptos tan valorativos y vaporosos sobre los que se construye la atenuante son muy aptos para soluciones voluntaristas y *ad hoc* en las que los perjuicios realmente ocasionados (la intensidad de los padecimientos derivados del retraso) son lo de menos.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un derecho fundamental. Sus titulares son los justiciables. Si no se respeta puede presumirse que se le ocasionarán perjuicios. Pero esa presunción no siempre se corresponde con la realidad. Por eso el derecho es renunciable, aunque sea de forma implícita. Es más, en ocasiones el interés del justiciable (especialmente para quien siente que no le asiste la razón) apuntará en dirección contraria: alargar el resultado del proceso.

No es premisa equivocada pensar que el sujeto pasivo de un proceso penal prefiere celeridad en el enjuiciamiento para acabar con la situación de incertidumbre (singularmente, si es inocente: luego recuperaré este argumento). Pero tratarla como una presunción *iuris et de iure*, un presupuesto indiscutible, constituye una enorme falacia desmentida por la realidad. Por eso me parecía razonable, aunque no definitivo, valorar a los efectos de la atenuante analizada que se hubiesen formulado protestas o peticiones reclamando impulso procesal. No a modo de requisito formal, sino como signo de la autenticidad del interés del acusado en no prolongar la pendencia del proceso (aunque soy consciente de que esas protestas podrían convertirse en pura estrategia procesal y no manifestación de un real empeño en la activación del proceso). Esa exigencia que estuvo presente inicialmente en la jurisprudencia se ha ido relativizando hasta casi desaparecer. Ha dejado de ser un requisito para la atenuación, pero esporádicamente se valora para negar la atenuante o rechazar su cualificación.

El interés en la agilidad procesal no es presumible de forma generalizada. La experiencia nos demuestra lo contrario. Muchas veces –no siempre– el principal interesado en que el proceso se desarrolle con lentitud –quizás por un comprensible sentimiento humano que a la larga se podría volver en contra: postergar el problema– es el imputado. Entre otras cosas, además, porque de esa forma podrá hacerse acreedor de una atenuante: se intuye en la secuencia de algunos procedimientos que la principal estrategia defensiva se centra en hacerse merecedor de esa atenuante, lo que exige cuidadosas y equilibradas intervenciones procesales que, alejando en el tiempo la solución final, no provoquen la sospecha de que se trata de retrasos buscados de propósito. Muchas veces la dirección letrada no tiene que pergeñar especiales incidentes: le basta esperar ante la pasividad del órgano judicial. Nuestros tribunales, saturados, resultan muy permeables a tácticas de ese tenor.

Es, por eso, una curiosa atenuante: puede alentar en el procesado el deseo de que se le violen derechos fundamentales, de que el proceso se retrase lo máximo posible. Es paradójico: el imputado juzgado con rapidez y agilidad (con un exquisito respeto a su derecho a un proceso sin dilaciones) contempla con envidia al que –puede ser su compañero de causa– ha sido juzgado muy

posteriormente por deficiencias de la Administración de Justicia y lo ve beneficiarse de una atenuante. ¡Ojalá se le hubiera violado también a él ese derecho fundamental! Y es que no es insólito que el imputado carezca de todo interés en que el proceso se desenvuelva con rapidez que su aspiración sea justamente la contraria: que se maltrate su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Evitará convertirse en rémora (en otro caso es claro que la atenuante sería inviable), pero tampoco moverá un dedo para impulsar el proceso: no le interesa. Mas bien, observará con complacencia como se van retrasando los trámites, en manifestación clara de que carece de un interés tutelable y de que, *de facto*, no ha existido ese «padecimiento» que justifica en un planteamiento teórico una compensación a través de la disminución de la pena.

La presencia de la atenuante de dilaciones indebidas, ¿es causa indirecta de mayores dilaciones?

VI. LOS REFERENTES TEMPORALES

Los términos con que se define la atenuante son poco idóneos para fijar estándares relativamente precisos que delimiten cuándo debe apreciarse la atenuante; y cuándo debe ser dotada de la condición de cualificada. A nivel de algunas Audiencias Provinciales se han establecido algunos criterios orientativos, combinando tanto el tiempo de duración global del proceso como los periodos de paralización absoluta de la tramitación. En la jurisprudencia no se identifican pautas estables: tan solo la cifra de ocho años como tiempo global de duración del proceso aparece a veces como señal que permite pensar en una atenuante cualificada, con excepción de procesos de complejidad especial.

En cuanto al *dies a quo* es criterio asentado que ha de estarse a la fecha en que se adquiere la condición de investigado. Solo en ese momento nacen esas molestias e inconvenientes que permiten hablar de *pena natural*. No hay un derecho del responsable penal a ser identificado y localizado con presteza y rapidez. El titular del derecho es el imputado; no el delincuente. Al responsable de un delito le ampara el derecho, una vez que ha sido llamado al proceso, a obtener una respuesta ágil, a que no se postergue la sentencia. Pero no existe un derecho del autor de un delito a una investigación rápida y eficaz que descubra su participación en un lapso temporal lo más corto posible. Ni existe un derecho del responsable penal a que las pruebas se obtengan con rapidez y se le identifique con presteza, de forma que si no sucede así luego pueda reclamar al Estado. Si ha pasado un excesivo número de años, jugará la prescripción (que no es un derecho, sino una concesión a cierta «injusticia» por exi-

gencias de la seguridad jurídica). Incluso podrá argüirse la distancia temporal entre la condena y la comisión de los hechos como causa razonable para impetrar un indulto. Pero no podrá hablarse de lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Solo desde el momento en que se produce una imputación (aunque sea difusa) y alguien se convierte materialmente (aunque no necesariamente de manera formal) en parte pasiva del proceso se pone en marcha el reloj que determinará el *tempus* computable a efectos de ponderar la razonabilidad o no de la duración.

Es dudoso y no está determinado con precisión en la jurisprudencia si la investigación frente a una persona concreta que ésta desconoce, pues se mantiene en secreto (quizás por la pendencia de medidas de investigación que así lo exigen: intervenciones telefónicas), permite accionar el cronómetro para medir las dilaciones indebidas. Bien pensadas las cosas, parece que la respuesta debe ser afirmativa: aunque él lo desconozca está sufriendo ya las consecuencias del sometimiento a una investigación.

Discutida ha sido y es la cuestión del *dies ad quem*. Personalmente siempre me ha parecido que el cómputo debe pararse en el instante en que el juicio queda visto para sentencia, quedando fuera, por tanto, el periodo invertido en redactar la sentencia, así como los tiempos para notificaciones y en su caso tramitación y resolución de los recursos procedentes.

La jurisprudencia más temprana no vaciló, en cambio, a la hora de computar esos espacios temporales. Retrasos llamativos en la redacción de la sentencia; o en los emplazamientos eran valorados para apreciar una atenuante que, en ocasiones, ni siquiera había sido objeto de debate en el plenario por la sencilla razón de que las dilaciones habían aparecido después. En el instante en que se produce el enjuiciamiento no existen dilaciones no existían.

A mi juicio, resulta una *contradictio in terminis* anular la sentencia por considerarla no ajustada a derecho al no haber apreciado una atenuante por unas dilaciones que no existían cuando el Tribunal *a quo* deliberó y votó. Como lo sería casar una sentencia por haber condenado a quien falleció una vez dictada la sentencia. Es posible admitir atenuantes *ex post facto* como demuestran los números 4 y 5 del artículo 21 del Código Penal (que en todo caso tendrían como límite temporal último el acto del juicio). De hecho, la presencia de esas atenuantes en el Código Penal de 1995 fue uno de los argumentos que propició el cambio de postura del Tribunal Supremo para decantarse por la admisibilidad de la atenuante de dilaciones indebidas. Pero construir atenuantes *ex post iudicio* es una tesis que se me antoja inedificable jurídicamente. No es viable una atenuante que no ha podido ser discutida y contradicha, sencillamente porque los hechos determinantes de la misma no

existían en el momento del enjuiciamiento. Sufren principios procesales estructurales (contradicción).

La jurisprudencia que durante años no identificó inconveniente alguno en apreciar la atenuante por retrasos producidos tras el juicio (redacción de la sentencia; notificaciones o emplazamientos muy tardíos), comenzó a retraerse cuando en alguna ocasión se le invocaba por escrito o en la vista el tiempo invertido en tramitar la casación para reforzar la petición de la atenuante; o, en algún caso, pedirla *ex novo*. Ese replanteamiento respecto de las dilaciones posteriores al juicio es ya algo que de forma abierta aparece ya en muchas sentencias, aunque sin llegarse a una solución definitiva. La implantación de una apelación previa ha servido para avivar el debate. Cada vez se aprecian más reticencias para dotar de eficacia para rellenar la atenuante a los retrasos posteriores al enjuiciamiento en la instancia. Fuera de un subliminal mecanismo de *autoprotección*, ninguna razón atendible justificaría valorar las dilaciones identificadas en la tramitación de la apelación y obviar las producidas en la casación. Y es que si se quiere guardar plena fidelidad a esa tesis se producirían absurdos procesales: el retraso en redactar la sentencia de casación obligaría a apreciar la atenuante (por causas aparecidas después de la deliberación y votación); y, si se quieren salvar los principios de audiencia y contradicción, previa audiencia de las partes a esos únicos fines.

Estoy convencido de que el tope temporal para computar las dilaciones ha de situarse al final del juicio en la instancia. Hacia ese horizonte parece apuntar, aunque todavía de forma no concluyente, la jurisprudencia. Cuanto el artículo 21.6 CP habla de *tramitación* ha de entenderse el procedimiento hasta la sentencia.

Si se persiste en la línea jurisprudencial originaria se ahondaría en el deslizamiento por una pendiente en que no se encontrará manera de parar la «bola» que ha empezado a rodar. En efecto, si no hay inconveniente para apreciar la atenuante fundándola en hechos que no han traspasado el filtro del juicio oral y son ajenos, por ser posteriores, al mismo; no solo será inevitable admitir la atenuación cuando el retraso se ha producido al ventilarse el recurso de apelación o casación, sino también un recurso de amparo en el que se hubiese acordado la suspensión provisional del ingreso en prisión. Y un paso más: ¿por qué los retrasos en la ejecución habrían de ser marginados de la tutela reparadora conferida a la atenuante? ¿Es que la situación de quien, condenado, no es llamado a cumplir la pena hasta varios años después es distinta de la de quien ha esperado el mismo número de años para obtener su sentencia?

Se podrá replicar que ahí ya no es posible; que no hay cauce procesal; que, en todo caso, el límite estará en el *punto y final* de la fase de recurso; que

el Derecho Procesal no articula mecanismos para fabricar «atenuantes» surgidas cuando la sentencia es firme; que ya solo quedará el remedio del indulto.

Ese trato diferenciado es otro dato que invita a repensar si la atenuante es la respuesta más adecuada a esa deficiencia estructural de nuestro del sistema penal. Pero, aun así, me parece que en buena lógica y si se parte de las premisas que soportan la atenuante, no habría razones de fondo para denegar un recurso de revisión cobijado en el artículo 954.1.d) LECrim a través del que se pidiese la revisión de la sentencia para apreciar una atenuante de dilaciones indebidas surgida en fase de ejecución: han aparecido hechos nuevos que constituyen una atenuante y que obligan a la revisión. Es más, y acudo conscientemente al esperpento (lo insólito es que la pena no se esté cumpliendo), los propios trámites de la revisión, de dilatarse, podrían llegar a reforzar el presupuesto de la atenuante.

VII. COMPENSACIÓN POR DILACIONES INDEBIDAS ¿SOLO PARA ALGUNOS?

El *statu quo* sobre el tratamiento penal de las dilaciones indebidas adolece de cierto simplicismo que genera el peligro de conformismo y, además, propicia agravios comparativos: solo el culpable va a ser compensado por esa deficiencia. No lo serán ni quienes resulten inocentes, ni los perjudicados o víctimas.

Esta realidad empuja a pensar en otros remedios más imaginativos. Mi cuestionamiento –lleno de incertidumbres y dudas, y huérfano de alternativas– de la solución que hoy es moneda de uso corriente –atenuante de dilaciones indebidas– podría etiquetarse como un rechazo de la «asimetría». Las respuestas que se ofrecen para las dilaciones indebidas son completamente asimétricas según desde dónde se contemplan, lo que supone afirmar que engendran desigualdad.

Hay «asimetría» si analizamos la situación, no con la mirada del condenado que se ha beneficiado de la atenuante, sino con la de otros actores del proceso. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es de todas las partes procesales. Corresponde a *todas* las partes y no solo a las partes pasivas. Sin embargo, no a todas se les va a tratar igual.

Que sea un derecho de todas las partes, también las activas, obliga a enfocar la cuestión y sus posibles soluciones sin miopía, sin taparse un ojo. La vulneración de ese derecho fundamental también alcanza a la víctima –en cuanto parte material–, a la acusación particular, al actor civil, y al Ministerio Fiscal en cuanto representante de los intereses sociales. También ellos están interesados en un proceso rápido, en un proceso que se desarrolle en un plazo

razonable, un derecho que es tan fundamental como el del acusado. Ni más, ni menos. La víctima y el actor civil por razones muchas veces pecuniarias –derecho a obtener la indemnización que corresponda en un plazo breve–. Pero las acusaciones también por razones de fondo: tienen derecho tanto la víctima como la Sociedad a que el *ius puniendi* del Estado se desenvuelva en el proceso con razonable agilidad. Unos retrasos procesales pueden producir más desazón y angustia en la víctima e incluso en la sociedad –cuyo representante en los Tribunales es el Fiscal– que en el procesado que, como he tratado de justificar, en ocasiones podría estar muy interesado en esos retrasos.

Pues bien: ¿significa eso que cuando la acusación particular invoca *su* derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo lógico, por pura simetría, sería arbitrar una agravante? Ya se ve lo disparatado de la insinuación. La tesis que ve una atenuante en la perspectiva del acusado, no es reversible.

La apreciación de la atenuante, contemplada desde ese otro lado, vendrá, además, a ahondar y agravar la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que corresponde a las acusaciones o partes activas del proceso. Piénsese en el proceso que se desarrolla con lentitud, en el que la víctima, personada como acusación particular, reclama reiteradamente para que el proceso sea impulsado, frente a la pasividad del imputado que asiste complaciente –aunque sin provocarlos– a esos desesperantes retrasos y paralizaciones. La sentencia tardía favorecerá al acusado con una atenuante. ¿Queda así fortalecido el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas? ¿De quién? No, desde luego, de la víctima a quien corresponde ese derecho tanto como al acusado.

Por fin, el gran olvidado es el absuelto. ¿Cómo compensar a quien tras un proceso que se ha prolongado años y años es finalmente declarado inocente? La atenuante de dilaciones indebidas puede llevar a apartar de nuestras reflexiones a quienes son los grandes damnificados por la lentitud de la justicia penal.

Con esto doy por cumplida la misión que me propuse: no tanto una aportación brillante o sesuda, cuanto un testimonio de mi aprecio y gratitud al profesor Peñaranda por lo que ha enriquecido al pensamiento penal con ideas... y ¡con brillantes discípulos! dignos sucesores de su Maestro que también lo es, oficiosamente, de muchos de los que nos dedicamos desde diferentes espacios a pensar y aplicar el derecho penal.

Confesaré finalmente que he incurrido en alguna dilación, pero absolutamente tolerable y tolerada; muy lejos de la dimensión extraordinaria que exigiría la atenuante.

7. OBSERVACIONES SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA PARTE ESPECIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 180.1 CP¹

ANTONIO DOVAL PAIS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alicante

CARMEN JUANATEY DORADO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas del Código Penal de los últimos años han incorporado a la parte especial un número creciente de supuestos específicos de agravación de la pena. Las nuevas causas de agravación se cuentan por decenas y se suman a los supuestos agravatorios que ya había incorporado el Código penal de 1995, de modo que el Código penal ha experimentado un aumento muy considerable de los factores que elevan la respuesta penal. El objeto de estas páginas es contribuir a conocer algunos problemas que plantea esta situación.

Los estudios realizados sobre las circunstancias han tenido generalmente por objeto principal las circunstancias genéricas (arts. 21, 22 y 23 CP). Pero,

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto «Agravantes y subtipos agravados. Una propuesta de racionalización del Código Penal desde la economía legislativa (GRAVITAS)» (Ref.: PID2022-136847NB-I00), del que son IP las profesoras Carmen Juanatey Dorado y Cristina Fernández-Pacheco Estrada. Agradecemos algunas de las ideas que aquí se recogen a la discusión con nuestros compañeros Dyango Bonsignore, Adrián Rico y Julia Castro.

si cuanto rodea a estas circunstancias –en particular, a las agravantes– es discutible y resulta –y ha resultado– controvertido², cuando la atención se proyecta sobre la parte especial del Código el problema no solo se amplifica, sino que presenta cuestiones en buena medida nuevas y de naturaleza distinta de las que suscitan las circunstancias genéricas.

Por su parte, los trabajos sobre las agravaciones que se hallan en la parte especial, generalmente, han realizado un tratamiento fragmentario: tienen su foco en circunstancias de determinados delitos, o grupos de delitos, y pretenden fundamentar e interpretar el alcance de los especiales factores cualificadores. Ello ha permitido alcanzar soluciones interpretativas valiosas, pero ha dejado en la sombra problemas que solo emergen cuando se adopta una doble perspectiva: por un lado, una comparación sistemática entre tipos cualificados de distintos títulos; por otro, un análisis detallado de los efectos penológicos que producirá en la práctica cada una de las fórmulas agravatorias.

El presente trabajo analiza, en primer lugar, algunas tendencias generales de las agravaciones específicas –en particular, su profusión, su carácter en ocasiones vago y su impacto en los marcos penológicos y en la discrecionalidad judicial– y, en segundo lugar, centra su atención en el estudio del artículo 180.1 CP, relativo a las agresiones sexuales calificadas padecidas por personas mayores de 16 años.

II. DE LA CENTRALIDAD DE LAS AGRAVANTES GENÉRICAS AL PREDOMINIO DE LAS ESPECÍFICAS

1. Breve perspectiva histórica

Partimos de la constatación de que las agravaciones son cada vez más abundantes en la parte especial del Código penal³. A la vista de la tendencia que se aprecia en España desde hace ya décadas, claramente se evoluciona hacia un modelo en el que van cobrando primacía las circunstancias agravantes específicas. Se trata de un modelo por completo inverso al de nuestros códigos históricos, que descansó de tal modo sobre las agravantes genéricas que su catálogo no fue

² Véase ALONSO ÁLAMO, 1981, pp. 217 ss., 253 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, 1988, *passim*; PÉREZ ALONSO, 1995, pp. 46, 95 s., 101-109 y *passim*; o SALINERO ALONSO, 2000, p. 2.

³ Usaremos el término genérico «agravaciones» para aludir a incrementos de las penas de los delitos por factores que claramente no son constitutivos de las figuras típicas (sino *accessorios*). Y entenderemos por «agravación» cualquier aumento de la pena, ya sea de la misma naturaleza que la pena de una figura básica (ej.: una pena de prisión más grave), ya de una naturaleza diferente que se añada a aquella (ej.: una pena de inhabilitación especial añadida a una pena de prisión que permanece sin agravación).

raro que superara la veintena (y llegó a reunir más de 25 agravantes, en su máximo, marcado por el CP de 1928), dando cabida entre ellas, incluso, a «cualquier otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores» (CP 1848-1850). En varias de aquellas listas no fue raro encontrar ejemplos de circunstancias que hoy operan como específicas, como las de «ejecutar el delito con escalamiento o rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó con fractura de puertas ó ventanas» (recogidas en los Códigos de 1870 y 1928) aunque fueron reconducidas después a sus lugares típicos naturales de la parte especial por el Texto de 1932.

No obstante, tanto el Código penal de 1932 como el de 1944 responden todavía a un modelo en el que las circunstancias agravantes genéricas ocupan una posición central en la estructura de la agravación. Posteriormente, la comparación entre los Códigos penales de 1973 y de 1995 permite apreciar una mayor inclinación a integrar la agravación en la propia estructura de los tipos de la parte especial. Sobre todo, a partir del Código penal de 1995 y sus sucesivas reformas este proceso de especialización se consolida y se expande, dando lugar a un modelo en el que se va desplazando progresivamente a las circunstancias genéricas hacia una función secundaria.

Con este desplazamiento hacia la tipificación de agravaciones específicas se refuerza el control legal del juicio de agravación y se debilita el margen de apreciación judicial característico de los modelos apoyados en cláusulas generales, todo ello a costa de una creciente fragmentación normativa y de la aparición de disfunciones penológicas y sistemáticas que no siempre se advierten en el plano abstracto, pero que afloran con claridad cuando se examinan sus efectos concretos, como se pondrá de manifiesto seguidamente.

2. Razones político-criminales de la expansión

El nuevo panorama ante el que nos encontramos no obedece al reforzamiento de la seguridad jurídica —como era, sin embargo, la pretensión de nuestros códigos históricos con el detalle de las agravantes—, sino que se dirige hacia otros objetivos. Ello es claro si tenemos en cuenta los numerosos ejemplos de agravantes específicas «indeterminadas»⁴ que se han introducido en los últimos años (por medio de expresiones como las siguientes: «especialmente vulnerable», «extrema gravedad»⁵, «elevado número de personas», «especialmente aptos», amén de otras alusiones a la «idoneidad» de hechos, me-

⁴ Véase, ya con respecto al CP de 1995, PÉREZ ALONSO, 1995, p. 333 y *passim*.

⁵ Aunque se defina en alguna ocasión, como en el artículo 370.

dios, formas, etc.). Pero no solo por esto, sino también por las confusas diferencias en la formulación de unas mismas razones agravatorias (como sucede tantas veces con la vulnerabilidad de la víctima⁶) o la falta de uniformidad de las redacciones de otras (como se aprecia en las fórmulas de extensión de la agravante de reincidencia del artículo 22.8.^a para tener en cuenta condenas de tribunales extranjeros⁷), por citar solo algunos ejemplos.

Más que a pretensiones de seguridad jurídica, el aumento tan considerable del número de agravaciones específicas responde a decisiones político-criminales dirigidas a endurecer la amenaza y la respuesta penal a los correspondientes delitos. Ello, en respuesta a tres claros tipos de estímulos:

Primero, a las demandas sociales intensas ante determinados fenómenos delictivos, en especial en materias como los delitos sexuales, los delitos patrimoniales de elevada frecuencia (hurtos y estafas) o determinadas modalidades de violencia de género. Las reformas posteriores a casos de fuerte repercusión mediática –como el conocido caso de «La Manada»– ofrecieron un ejemplo particularmente expresivo de este mecanismo de reacción.

Segundo, a evidencias de nuevas formas de criminalidad (profesionalización, criminalidad organizada, ciberdelincuencia) que se han considerado merecedoras de un plus de reproche penal frente a las formas más tradicionales de comisión.

Y, tercero, a procesos de armonización o presión normativa de origen europeo, que han impulsado la introducción de agravaciones específicas en ámbitos como el terrorismo, la trata de seres humanos o los delitos medioambientales.

Así, pues, las agravaciones específicas han respondido a propósitos de prevención general negativa y positiva. Desde luego, puede parecer lógico que las agravaciones sean un instrumento apto para conseguir unos y otros efectos. Los preventivo-generales positivos parece que son los más claros, siquiera sea por el mensaje que se transmite con la intervención penal en un área objeto de preocupación social. Con respecto a los negativos, puesto que las cualificaciones transmiten un mensaje de mayor gravedad de la conducta y de su castigo, pueden aportar razones disuasorias para no acompañar la acción criminal del

⁶ Aludiendo, unas veces, a numerosos factores determinantes y, otras, solo a algunos; o a la vista de las disparidades que se observan con respecto a las referencias a la «situación» de la víctima (ej.: artículos 140.1.1.º, 156 bis.4 o 177 bis.4).

⁷ En general, y no solo de la UE (ya incluidos en el artículo 22.8.^a), que se contempla para varios delitos: tráfico de órganos (art. 156 bis.7), trata de personas (art. 177 bis.10), contra la libertad sexual (art. 190), drogas (art. 375), falsificación de moneda (art. 388) o terrorismo (art. 580). Se dice: «las condenas [...] producirán los efectos de reincidencia»/la condena [...] «será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia». Y, unas veces se hace alusión a que la condena se tendrá en cuenta «salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español» y, otras, no se dice nada (porque, ciertamente, no sería necesario decirlo).

factor agravatorio. Parece, pues, lógico esperar que su previsión específica cumpla las expectativas preventivas ante aumentos de la frecuencia estadística de ciertos comportamientos a los que se desea responder rápidamente (con esta orientación, son clarísimos los casos de las agravaciones de los hurtos —extendidas a los robos con fuerza— obra de la reforma del artículo 235 en 2015, referidas a los apoderamientos de cableado o a los de productos agrarios o ganaderos). Se trata en estos casos de una respuesta reactiva y simbólica del Derecho penal, pero que plantea riesgos como la inflación legislativa y la asistematicidad normativa. Y que, después de todo, resulta dudosamente eficaz, porque no está claro que los incrementos de la pena que provocan las agravaciones contribuyan de un modo eficaz a la prevención de los correspondientes delitos⁸ (en el caso de los hurtos, pese a que el artículo 235 duplique la pena del delito básico en sus límites inferior y superior⁹). Aunque es verdad que algunas de las circunstancias son particularmente agravantes (como en el caso de los delitos de agresiones sexuales, que veremos enseguida).

III. TIPOLOGÍA Y EFECTOS PENOLÓGICOS DE LAS AGRAVACIONES ESPECÍFICAS

1. La regla general de las agravantes genéricas

Los incrementos de las penas debidos a las nuevas agravaciones se han incorporado a un Código Penal que ya se caracteriza por sus elevadas penas; en particular, las de prisión (dado que, como se sabe, en el CP español la prisión constituye la respuesta más frecuente a los delitos más graves, pero también a muchos de mediana gravedad). En consecuencia, dificultan el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena o a otros remedios para la excarcelación anticipada. Estos dos factores se relacionan, precisamente, con la excesiva duración de la estancia media en prisión en España. Y este constituye un grave problema de nuestro sistema punitivo¹⁰.

A este respecto, hay que tener en cuenta que las agravaciones específicas suponen a menudo un endurecimiento particularmente intenso de las penas, desmarcándose, generalmente —y frecuentemente, sobre todo, en sus mínimos— de la regla que rige para las agravantes genéricas: imposición de la pena

⁸ Véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, 2025, 2/16, afirmando que tal efecto preventivo no es tan evidente.

⁹ Lo que supone un incremento de un 100 % en cada extremo, al pasar de una pena de prisión de 6 a 18 meses a una de prisión de 1 a 3 años.

¹⁰ Véase Díez RIPOLLÉS, T&D, 2011, p. 172.

en su mitad superior (art. 66.1.3.^a)¹¹. Conforme a esta regla, el aumento en el límite máximo de la pena siempre es cero (el máximo no cambia), de modo que el aumento se produce respecto al mínimo de la pena de partida (que varía considerablemente de un delito a otro). El límite máximo no aumenta bajo el régimen general de las agravantes genéricas.

2. Tres formas de agravación específica

En el caso de los supuestos de agravación específica las cosas pueden ser muy diferentes, porque los incrementos de las penas pueden tener lugar de tres modos distintos:

1.º Imposición de la pena en su mitad superior, reproduciendo el patrón del artículo 66.1.3.^a (como sucede, por ejemplo, en el artículo 181.5 CP).

2.º Imposición de la pena superior en grado, lo que comporta la superación del máximo de la pena base y sitúa el nuevo marco en el grado inmediatamente superior (así, por ejemplo, el artículo 327 CP).

3.º Configuración de un marco penal propio y autónomo, también con superación del máximo de la pena base (como ocurre en el artículo 180.1 CP). Esto se observa, incluso, en casos en los que la circunstancia de la parte especial es idéntica, o muy semejante, a la genérica¹².

No obstante, cuando se acumulan varias circunstancias específicas de un mismo catálogo de la parte especial del Código el régimen suele ser, por regla general, la imposición de la pena en su mitad superior¹³. De modo que en la parte especial el efecto punitivo de la concurrencia de agravaciones se dulcifica, por lo común, en comparación con el que se prevé en el caso de agravantes genéricas, cuando se puede alcanzar el grado superior de la pena (art. 66.1.4.^a CP).

¹¹ Nos referimos a cuando se trata de una única agravante y no cuando se trata de casos de concurrencia de más de dos, sin la presencia de atenuantes, que pueden llevar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 66.1.4.^a), ni cuando hablamos de la reincidencia cualificada, que permite aplicar la pena superior en grado (art. 66.1.5.^a).

¹² Como en el artículo 177 bis.5 (prevalimiento del carácter público: pena superior en grado e inhabilitación absoluta).

¹³ Por ejemplo, en los arts.: 139.2 (asesinato), 156 bis.4 (tráfico de órganos), 177 bis.4 (trata de seres humanos), 180.2 (agresiones sexuales) o 181.6 (agresiones sexuales a menores de dieciséis años). Pero no siempre: por ejemplo, en el artículo 250.2 (estafas agravadas: marco penal propio, debido a que se refiere a una determinada combinación de circunstancias); 370.3 (tráfico de drogas de extrema gravedad: pena superior en uno o dos grados); 570 bis.2 (organización criminal); pena superior en grado; 570 ter.2 (grupo criminal): pena superior en grado.

Pero debe tenerse también en cuenta que no es raro que se acumulen efectos agravatorios por el escalonamiento de diversos factores. Ello da lugar a aumentos de penas muy considerables (como el que ha venido produciéndose en el marco de los delitos relativos a las drogas por el juego de los artículos 369, 369 bis y 370, partiendo de las penas del artículo 368; pero también proporciona muy buenos ejemplos el régimen de los delitos contra el medio ambiente, con penas que pueden superar los 16 años de prisión).

Los efectos que las circunstancias específicas pueden producir en las penas de muchos delitos generalmente no pueden ser evitados porque casi siempre se trata de reglas de obligatoria apreciación¹⁴. Aunque también en diversas ocasiones se habilita a los jueces y tribunales a elevar discrecionalmente las penas hasta las superiores en grado¹⁵. Ello puede obedecer a razones técnicas, para evitar distorsiones punitivas provocadas por otros efectos agravatorios ulteriores¹⁶.

En cualquier caso, desde luego, no puede obviarse el hecho de que las agravaciones comportan una reducción de los marcos penológicos y, con ello de las posibilidades de los jueces para ajustar la pena a las particularidades del hecho. En el caso de las especiales esto ocurre con mayor intensidad. Y el marco penal llega a ser muy estrecho cuando las circunstancias operan acumulativamente (aunque no solo en este caso, como veremos enseguida). Esto puede pensarse que es lógico, porque el marco punitivo se reduce precisamente porque la pena va concretándose a medida que se tienen en cuenta las circunstancias que han influido en el delito. Sin embargo, no siempre todo lo relevante que ha acompañado al hecho permite ser tenido en cuenta a través de las circunstancias específicas y de las circunstancias genéricas. El papel del juez para ello es imprescindible, como se pone de manifiesto en algunos sistemas del Derecho comparado¹⁷.

¹⁴ Llama mucho la atención que, en cambio, sea facultativo el efecto agravatorio de los supuestos del artículo 148 sobre las lesiones (al decir: «podrán ser castigadas...»), porque generalmente las previsiones agravatorias de la parte especial no lo son. Además, en este caso, resulta contradictorio con lo que dispone obligatoriamente el artículo 22 para la alevosía y el ensañamiento.

¹⁵ Por ejemplo, en los artículos 177 bis.6, II párrafo, 264.2.5.ª, 318 bis.3, 323.2, 325.2, II, 510.4, 576.2, 577.2 o 573 bis.1.5.ª

¹⁶ Como en el artículo 325.2, párrafo segundo. Aquí parece que por razones técnicas, para evitar que el efecto agravatorio obligatorio quede anulado en caso de concurrencia de alguna circunstancia del artículo 327 (pena superior en grado). En efecto, cuando una norma obliga a aplicar la pena superior en grado (como el artículo 327 en determinados casos de delitos contra el medio ambiente), el rango de pena resultante es siempre más elevado que cualquier pena que pudiera imponerse dentro de la pena base, incluida su mitad superior. Por lo tanto, si concurren las condiciones para aplicar la pena en la mitad superior de la pena base y las condiciones para aplicar la pena superior en grado, la aplicación obligatoria de la pena superior en grado hace que la «mitad superior» de la pena base quede consumida en el rango penal más alto que se abre. Esto parece que ocurre sin remedio, por ejemplo, en el caso de delitos de blanqueo de capitales cuando se trate de los jefes de una organización (art. 302.1: pena superior en grado) y los bienes tengan origen en un delito relativo a las drogas (art. 301.1, II: pena en su mitad superior).

¹⁷ ALONSO ÁLAMO, 1981, pp. 21-22.

Y, en cuanto al número de supuestos agravatorios, ya hemos adelantado que es no solo elevado, sino que es, además, excesivo y permite apreciar redundancias evitables. Así, por ejemplo, hay que poner de relieve la existencia de numerosas cualificaciones que atienden a circunstancias de lugar¹⁸ o a la «actuación conjunta de dos o más personas»¹⁹, que seguramente podrían ser cubiertas por agravantes genéricas²⁰; o simplificarse notablemente²¹.

A continuación, nos proponemos poner el foco sobre un conjunto muy concreto de agravaciones y que es particularmente conocido: el de las circunstancias del artículo 180.1, que cualifican los delitos de agresiones sexuales.

IV. EL ARTÍCULO 180.1 CP COMO CASO PARADIGMÁTICO

1. Heterogeneidad de las circunstancias y singularidad del diseño penológico

La especial ocasión para el análisis que ofrece el artículo 180.1 CP en un estudio sobre las circunstancias se debe a que –a diferencia de otros casos (sin ir más lejos, el del artículo 181.5)– los efectos penológicos de los factores agravatorios no siguen un mismo criterio. Aquí las penas dependen de la clase de delito de que se trate: agresiones sexuales «genéricas» o consistentes en acceso carnal (u otras modalidades asimiladas a la violación), y, de si concurre, o no, violencia, intimidación o el que la víctima tuviera anulada su voluntad. Esto también sucede en el caso de las agravantes genéricas en la medida en que la pena resultante también depende de la pena del delito correspondiente (art. 66.1). Pero la diferencia es que, en el caso del artículo 180.1, los aumentos que experimentan las penas no siguen el mismo patrón en cada caso (por ejemplo, pena en su mitad superior o pena superior en grado).

¹⁸ A título de ejemplo, las de los artículos 145, 153.3, 171.5, 172, 173.2, 184.3, 235, 241, 242 y 523.

¹⁹ Así, por ejemplo, en los artículos 180.1.3.^a, 181.4.a) y 188.3.e).

²⁰ Nos referimos a la cobertura que ofrecen las circunstancias 2.^a, 6.^a, 7.^a e, incluso, 8.^a del artículo 22 para supuestos agravatorios semejantes específicamente previstos (p. ej., los de los artículos 181.4, a), 188.3, e), 250.1.6.^o, 177 bis.5, 180.3, 188.2, c), 235.1.7.^a o 250.1.8.^a).

²¹ Por ejemplo, cabe plantear la necesidad de la previsión específica en los delitos de hurto de que se trate de «conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones [...] y se cause un quebranto grave a los mismos», (art. 235.3.^o), existiendo ya –en la misma circunstancia– la cualificación con referencia a «otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general» (equivalente a la –hasta 2015–: «cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público»). Igual cuestión suscita la previsión de la naturaleza agraria o ganadera de los objetos del hurto (art. 235; y del robo, artículo 241.4), requiriendo además hasta la reforma por la LO 1/2026 que «se cause un perjuicio grave» a las explotaciones agrícolas o ganaderas (4.^o), siendo que existe la circunstancia que alude a que se «produjeran perjuicios de especial consideración» (5.^o).

La relación de circunstancias que reúne el artículo 180.1 alude a factores de muy distinta entidad, al igual que sucede con las listas de agravaciones de otros delitos (como las de los artículos 235, 250 o 327). Pero, a diferencia de otros casos (como los indicados), la pena no responde aquí a un mismo criterio cuantitativo agravatorio.

Pues bien, a propósito de la diferente entidad de las circunstancias agravatorias del artículo 180.1, es interesante comparar el efecto punitivo previsto en este artículo con el que producen otros factores cualificantes de las agresiones sexuales que desempeñan un papel típico muy relevante: la violencia, la intimidación o el abuso de la voluntad anulada de la víctima, por un lado, y el acceso carnal (u otras modalidades de «violación», artículo 179.1), por otro.

Veamos esto con mayor detalle.

2. Metodología del análisis penológico

El análisis penológico de los efectos del artículo 180.1 CP se ha realizado a partir de una comparación sistemática entre distintos factores de agravación relevantes en el ámbito de las agresiones sexuales. En particular, hemos puesto en relación, por un lado, los incrementos de pena derivados de la concurrencia de violencia, intimidación o anulación de la voluntad de la víctima respecto de las agresiones sexuales consideradas «básicas» (las del art. 178.1 CP) y, por otro, los incrementos asociados a la concurrencia de cualquiera de las circunstancias específicas previstas en el artículo 180.1, tanto en las agresiones sexuales «genéricas» como en aquellas consistentes en acceso carnal u otras modalidades asimiladas.

La comparación se ha llevado a cabo atendiendo a las variaciones que experimentan los extremos mínimo y máximo de los marcos penales en cada uno de los supuestos considerados.

3. Resultados en las agresiones sexuales «genéricas»

En lo que respecta a las agresiones sexuales no consistentes en acceso carnal ni en formas asimiladas («genéricas»), reguladas en los artículos 178.1 y 178.3 CP, el análisis permite extraer conclusiones de especial relevancia. En primer lugar, el efecto penológico del empleo de violencia, intimidación o anulación de la voluntad de la víctima resulta relativamente limitado. En términos generales, su concurrencia, respecto de las agresiones básicas (pena máxima de prisión de 4 años), apenas incrementa la pena máxima en un año (5 años) y carece de reflejo en el mínimo previsto (1 año, en ambos casos).

Frente a ello, se comprueba que la concurrencia de cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 180.1 CP produce un efecto agravatorio sensiblemente más intenso. Este incremento se manifiesta tanto en términos absolutos como, de forma especialmente significativa, en la elevación del límite mínimo de la pena. Precisamente en este extremo inferior del marco se concentra el principal impacto del artículo 180.1, garantizando la imposición de una pena mínima notablemente superior cuando la agresión se comete bajo alguna de las circunstancias cualificantes: el mínimo de las penas se duplica en el caso del artículo 178.1 (2 años) y se quintuplica en el caso del 178.3 (5 años), mientras que el máximo se duplica en ambos casos (respectivamente, 8 y 10 años).

Estas observaciones pueden resultar paradójicas si se recuerda que la violencia o intimidación han sido tradicionalmente consideradas manifestaciones especialmente graves de atentado contra la libertad sexual²². Más aún, algunas de las circunstancias específicas del artículo 180.1 —como la actuación conjunta con otras personas o el empleo de medios particularmente degradantes— no implican necesariamente, por sí solas, una afectación más intensa de la libertad sexual que la violencia o intimidación directas, aun cuando incrementen el desvalor global del hecho, ya susceptible en su caso de ser captado mediante un concurso de delitos.

4. Resultados en las agresiones con acceso carnal

En los delitos de agresión sexual consistentes en acceso carnal u otras modalidades asimiladas, de los artículos 179.1 y 179.2 CP, se reproduce, con algunos matices, el mismo patrón que se observa en las agresiones genéricas. El empleo de violencia, intimidación o anulación de la voluntad de la víctima, aunque puede hacer aumentar moderadamente el límite mínimo de la pena (de 4 a 6 años), carece de reflejo alguno en el máximo de la pena, que permanece inalterado (12 años) tanto si concurren estos medios comisivos como si no.

Por el contrario, la incidencia de las circunstancias del artículo 180.1 CP es siempre superior, o al menos no inferior, a la derivada de la concurrencia de violencia, intimidación o anulación de la voluntad de la víctima, tanto en la elevación de los mínimos (en las modalidades de los artículos 179.1 y 2, respectivamente, 7 y 12 años) como, en determinados supuestos, también en el

²² Al menos, hasta la L. O. 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, uno de cuyos objetivos fue, precisamente, limar las diferencias tradicionales entre las distintas clases de agresiones sexuales. Véase ACALE SÁNCHEZ, *IgualdadES*, 2021, p. 132 y FARALDO CABANA, 2021, pp. 215-216. Críticamente, GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2022.

incremento de los máximos (15 años, en ambos casos). De nuevo, el mayor impacto del artículo 180.1 se concentra en el límite inferior del marco penal, asegurándose un umbral de condena elevado cuando concurre alguna de sus circunstancias.

La comparación entre los efectos de la violencia o intimidación y los supuestos específicos de agravación en los delitos consistentes en acceso carnal, u otras modalidades asimiladas, nos confirma que el legislador ha reservado al artículo 180.1 un papel cualificador particularmente intenso, incluso cuando el propio desvalor del acceso carnal ya eleva de forma notable el marco penal de partida.

5. Comparación entre acceso carnal y circunstancias del artículo 180.1

El análisis comparativo de los incrementos penológicos que provoca el acceso carnal, u otras modalidades asimiladas, respecto de las agresiones sexuales genéricas, por un lado, y de los incrementos asociados a las circunstancias del artículo 180.1, por otro, nos permite extraer dos conclusiones adicionales.

En primer lugar, el acceso carnal (arts. 179. 1 y 2) comporta ya de por sí aumentos muy relevantes de las penas (especialmente en sus mínimos: respectivamente, de 1 a 4 o de 1 a 6 años; aunque también en sus máximos: respectivamente, de 4 a 12 y de 5 a 12 años), que en todos los casos superan a los incrementos que experimentan las penas de las agresiones genéricas (arts. 178.1 y 3) cuando concurre alguna de las circunstancias del artículo 180.1 (respectivamente, de 1 a 2 y de 1 a 5 años, en sus mínimos y de 4 a 8 y de 5 a 10 años en sus máximos).

No obstante, debemos tener en cuenta que cuando el acceso carnal se combina con alguna de estas circunstancias específicas, la penalidad resultante alcanza niveles particularmente elevados (penas de 12 a 15 años o de 7 a 15 años, según se trate, o no, de las modalidades con violencia, intimidación o anulación de la voluntad de la víctima), reduciendo de forma apreciable las distancias penológicas entre las distintas modalidades de agresión sexual y planteando problemas relevantes de proporcionalidad, que se abordarán más adelante.

6. Coherencia interna y asistematicidad externa del sistema del artículo 180.1

De la consideración conjunta de los resultados obtenidos podemos concluir lo siguiente. Desde un punto de vista interno, la escala de gravedad de las

penas derivada del artículo 180.1 resulta coherente con la jerarquía de desvalor de las conductas de partida: se mantiene una progresión ordenada desde las agresiones del artículo 178.1, las menos graves, hasta las del artículo 179.2, las más graves; de modo que la agravación no invierte la gradación valorativa diseñada por el legislador en los tipos básicos.

Desde una perspectiva externa, sin embargo, el sistema se aparta del patrón penológico más habitual del Código Penal cuando se regulan series de supuestos agravados en la parte especial. En lugar de recurrir a técnicas como la imposición de la pena en su mitad superior o en grado superior, el artículo 180.1 dispone marcos punitivos autónomos para cada combinación de tipo y circunstancia, dotando a las agresiones sexuales de un régimen particularmente singular en comparación con otros delitos. Basta recordar, a este respecto, que supuestos iguales o, en general, muy semejantes se regulan en el artículo 181.5 CP mediante la técnica clásica de la pena en su mitad superior.

En suma, pues, estimamos que puede hablarse de una coherencia interna razonable, pero obtenida a costa de un cierto grado de asistematicidad externa, en comparación con los criterios que rigen ordinariamente en otros delitos.

7. Discrecionalidad judicial y proporcionalidad

Un aspecto especialmente problemático del diseño del artículo 180.1 CP que finalmente quisiéramos poner de manifiesto se refiere a la amplitud de los intervalos de pena y al margen de discrecionalidad que dejan a los jueces.

El precepto conduce a marcos cuya amplitud resulta inversamente proporcional a la gravedad de la conducta: en los delitos de menor gravedad, regulados en los artículos 178.1 y 178.3 CP, la concurrencia de una circunstancia del artículo 180.1 genera intervalos relativamente amplios; en los delitos más graves, previstos en los artículos 179.1 y, de forma especialmente acusada, 179.2 CP, dicho intervalo se estrecha de manera significativa.

Un ejemplo ilustrativo se observa en la combinación del artículo 179.2 con el artículo 180.1, donde la pena pasa de un marco de seis a doce años a otro de doce a quince, reduciéndose la amplitud del intervalo a la mitad. Este diseño implica que, precisamente allí donde los factores relevantes para la individualización son más numerosos y complejos –esto es, en las formas más graves de agresión sexual–, el juez dispone de un margen de maniobra más reducido para ponderarlos, frente a un espacio más amplio en los supuestos de menor desvalor. Desde la perspectiva de una teoría de la pena que atribuya un papel central a la individualización judicial, el resultado es difícilmente justificable.

A ello se añade que la fuerte influencia de los elementos agravantes del artículo 180.1 provoca que modalidades menos graves alcancen máximos de ocho o incluso diez años de prisión, generándose así problemas claros de proporcionalidad. Las figuras calificadas tienden a aproximarse —cuando no a solaparse— con las penas previstas para las violaciones más graves, desdibujando la distancia penológica entre conductas que el propio Código considera cualitativamente distintas.

V. CONCLUSIONES

Este breve examen de las agravaciones específicas en la parte especial del Código Penal muestra un desplazamiento del modelo agravatorio que va más allá de un mero recurso técnico alternativo al de las agravantes genéricas. La creciente proliferación de estas circunstancias revela una forma distinta de entender la graduación del reproche penal, más confiada en la anticipación legislativa del desvalor y menos en la ponderación judicial del caso concreto. El análisis del artículo 180.1 CP permite comprobar con especial claridad que este modelo no necesariamente carece de coherencia interna, pero sí plantea tensiones relevantes en términos de sistematicidad, proporcionalidad y margen de individualización. El riesgo no reside tanto en la existencia de agravaciones específicas —instrumento, en ocasiones, necesario— como en su acumulación, su diseño y su impacto efectivo sobre un sistema punitivo ya intensamente cargado. De ahí que resulte difícil evitar la impresión de que, en este ámbito, el Código Penal ha ido ganando en rigidez lo que quizá ha perdido en equilibrio, una cuestión que merece, al menos, ser tenida en cuenta en cualquier reflexión futura sobre la racionalización del régimen de las circunstancias agravantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: *Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*, IgualdadES, 5, 2021, pp. 467-485.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española*, Teoría & Derecho, 2011, pp. 171-188.
- FARALDO CABANA, Patricia.: «Solo sí es sí»: *hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, en *Reformas penales en la península ibérica: ¿A «jangada de pedra»?», Madrid, 2021, pp. 265-279.*

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Solo sí es sí*, Diario El Mundo, 25 de abril de 2020.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Valencia, 1988.

PÉREZ ALONSO, Esteban J.: Teoría general de las circunstancias. Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, Madrid, 1995.

SALINERO ALONSO, Carmen: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, Granada, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Derecho Penal. Parte General, Madrid, 2025.

8. INTERNET COMO DERECHO Y SU RESTRICCIÓN COMO SANCIÓN: TENSIONES CON LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DEL DERECHO PENAL

DAVID GALLEGO ARRIBAS
Profesor Ayudante
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, puede observarse un progresivo abandono del consenso que, en el derecho penal continental, se había alcanzado en torno al riesgo de reincidencia de los delincuentes y la colisión entre dos valores fundamentales de las sociedades democráticas, como son la libertad y la seguridad. Como indicaba en su momento Peñaranda Ramos, la solución heredada del derecho penal liberal decimonónico apuntaba a que debía ser la sociedad la que asumiera una gran parte del riesgo de reincidencia a fin de maximizar la libertad individual¹. Por el contrario, la tendencia político-criminal actual es la de atribuir dichos costes, de manera casi exclusiva, al autor del delito, lo que, en palabras de Hassemer, ha llegado a constituir una suerte de «derecho fundamental a la seguridad»².

El problema de esta sacralización de la seguridad como derecho fundamental es que es «estructuralmente insaciable»³: el derecho penal no puede ofrecer una protección total y absoluta frente a comportamientos futuros lesi-

¹ PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, p 183.

² HASSEMER, 2016, p. 67.

³ *Ibid.*, 2016, p. 68.

vos de derechos, ya que siempre existirá un riesgo residual de que estos acontezcan⁴. No solo eso, en el proceso de asegurar dicha seguridad (valga la redundancia) cada vez serán necesarios mayores sacrificios en la libertad para lograr una reducción paulatinamente más pequeña (no proporcional) del riesgo en la seguridad de la población. Esto es lo que sucede actualmente en el proceso de adaptación de las consecuencias jurídicas del delito a las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC).

En concreto, aquí me focalizaré en el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (en adelante, el Proyecto de Ley Orgánica)⁵. Como indica León Alapont⁶, si bien el Proyecto de Ley Orgánica no recurre al *ius puniendi* como instrumento prioritario de protección de los menores frente a los riesgos derivados de los llamados «entornos virtuales»⁷, sí hace uso de él como instrumento de protección reforzada. Así, su disposición adicional segunda introduce una nueva pena en el articulado del CP, que aquí denominaré «restricción de acceso o comunicación al/desde el espacio virtual». En el ámbito anglosajón, algunos autores han empleado la denominación *Cyber banishment* para referirse a esta medida⁸.

Ha de destacarse que, si bien se justifica la introducción de esta nueva pena a partir del riesgo asociado al uso de las tecnologías digitales por las personas menores de edad⁹, su posible imposición no queda limitada a los supuestos en los que las víctimas de los distintos delitos fueran menores. Así, ya de inicio, sorprende que una reforma de tal calado se esconda en el marco de un Proyecto de Ley Orgánica a cuyos fines, desde luego, parece trascender.

A este respecto, la presente contribución tendrá por objeto el análisis de esta nueva pena que el Proyecto de Ley Orgánica pretende introducir en nuestro sistema. Para ello, en primer lugar, se expondrán las características principales de esta novedosa consecuencia jurídica, esto es, contenido de la prohibición, naturaleza, duración, etc. Posteriormente, se contrastará el modo en el que queda definida con uno de los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi*, a saber, el principio de proporcionalidad de las penas. Y es que

⁴ *Ibid.*, 2016, p. 68.

⁵ Accesible desde: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-52-1.PDF (último acceso: 5 de enero de 2026).

⁶ LEÓN ALAPONT, *ReCrim*, 2025, p. 2.

⁷ Así, el propio Proyecto de Ley Orgánica contiene una serie de medidas en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios (Título I), en el ámbito educativo (Título II), de protección de las víctimas de violencia de género y violencias sexuales (Título III), en el ámbito sanitario (Título IV); y, de promoción por parte de las Administraciones de políticas públicas en este ámbito (Título V).

⁸ MAMAK, *CJS*, 2023, pp. 133–145.

⁹ Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica.

es posible, como aquí se defenderá, que el modo de ejecución convierta, en algunos casos, a esta nueva consecuencia jurídica del delito en desproporcionada. Sobre todo, si se tiene en cuenta los sacrificios que, en el ordenamiento penal estadounidense, se obliga a soportar al reo al que se le impone. Por último, se llevarán a cabo una serie de consideraciones conclusivas.

II. LA PENA DE RESTRICCIÓN DE ACCESO O COMUNICACIÓN AL/DESDE EL ESPACIO VIRTUAL

En primer lugar, ha de señalarse que la posibilidad de operar restricciones en el ámbito virtual no es algo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Así, nuestro CP ya contiene en distintos preceptos medidas como el bloqueo o la retirada de las páginas web, portales o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil (art. 189.8 CP), que fomenten el odio, hostilidad, discriminación o violencia hacia determinados colectivos (art. 510.6 CP) o que enaltezcan o que justifiquen el terrorismo (art. 578.4 CP).

Sin embargo, como señalaba Boldova Pasamar, se trataba de medidas que únicamente operaban para tipos delictivos muy concretos y de las que incluso podía discutirse su carácter punitivo¹⁰. Así las cosas, nuestro CP continúa adoleciendo de una falta de adaptación de las consecuencias jurídicas del delito a la nueva realidad tecnológica, lo que ha provocado que, en ocasiones, se haya hecho uso de una cierta creatividad judicial a los efectos de justificar la imposición de penas que restringieran el acceso o uso del sujeto activo del delito respecto de las TIC¹¹.

Con objeto de poner fin a dicha situación, el Proyecto de Ley Orgánica incorpora a nuestro sistema punitivo un nuevo artículo 39.k) CP que introduce, como pena privativa de derechos, la pena de «prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual».

A este respecto, su articulación como pena privativa de derechos parece bastante oportuna. Por un lado, debido a que entiendo que no debería existir ningún problema en que el acceso a la Red puede configurarse como un dere-

¹⁰ BOLDOVA PASAMAR, *Diario La Ley*, 2022, p. 2

¹¹ Véase, por ejemplo, STS 547/2022, de 2 junio, donde se impuso, como accesoria a la principal de 15 meses de prisión, la prohibición de acudir por 5 años al lugar de comisión del delito. Lo curioso del caso es que el Tribunal Supremo consideró que ese lugar era el canal que el condenado poseía en la red social YouTube. En profundidad sobre los distintos problemas interpretativos de esta sentencia, GALLEGO ARRIBAS, *Diario La Ley*, 2023, pp. 1-11.

cho del individuo¹². Así, adviértase que ya en 1998, la Comisión Especial sobre Redes Informáticas, creada por el Senado, hacía referencia en sus conclusiones a que «todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder libremente a la Red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas edad o lugar de residencia»¹³. Del mismo modo, el artículo 34 de Estatuto de Autonomía de Andalucía señala que «[s]e reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca». El artículo 81 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales también reconoce el derecho que todos los ciudadanos tienen a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica.

Por otro lado, debido a que, como indica Rayón Viña, Internet puede ser concebido como instrumento que capacita el acceso y el cumplimiento de otros derechos fundamentales que, en ciertas sociedades, no se pueden ejercer completamente sin esta herramienta: la libertad de expresión, la libertad de asociación y reunión, el derecho a la educación o a la participación cultural serían ejemplo de ello¹⁴. Esta conexión entre el acceso a Internet y el ejercicio efectivo de determinados derechos también está presente en el seno de las Naciones Unidas¹⁵.

¹² A este respecto, considero necesario acotar, brevemente, que aquello que abarcaría dicho derecho sería el libre acceso a Internet sin discriminación por razón de raza, sexo, etc. Por el contrario, como pone de manifiesto RAYÓN VIÑA, 2021, p. 286, lo que dicho derecho no buscaría garantizar sería la existencia de infraestructuras que permitan el acceso efectivo a la red con independencia, por ejemplo, de su ubicación geográfica. No ha de confundirse, pues, el derecho al libre acceso con la capacidad de acceso.

¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie I. Núm. 812, 27 de diciembre de 1999, p. 46. Disponible en <http://www.senado.es/legis6/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0812>. PDF. (último acceso: 12 de enero de 2026).

¹⁴ RAYÓN VIÑA, 2021, pp. 284, 286-287.

¹⁵ Así, en 2011, el Relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adoptaron conjuntamente una Declaración sobre la «Libertad de Expresión e Internet», en la que se afirmaba que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar tanto el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión, como el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres. Texto disponible en <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>> (último acceso: 12 de enero de 2026). Del mismo modo, la *Association for Progressive Communications*, organismo consultivo de las Naciones Unidas, elaboró en 2006 una carta sobre Derechos en Internet en la que se afirma que «un acceso asequible, rápido y fácil a internet puede ayudar a generar sociedades más igualitarias», en la medida en la que «puede servir para fortalecer los servicios de educación y salud, el desarrollo económico local, la participación pública, el acceso a la información, la buena gobernanza y la erradicación de la pobreza».

En cuanto al contenido de esta pena privativa de derechos, este se define en el proyectado artículo 48.4 CP. Así, se establece que conlleva la privación de la facultad del acceso o de comunicación a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación durante el tiempo de la condena a los espacios virtuales que tengan relación directa con el delito cometido. En la resolución judicial deberá concretarse y motivarse expresamente el contenido o alcance de la prohibición.

En lo que a su carácter se refiere, se define como grave cuando se impone por un tiempo superior a cinco años (art. 33.2.l) CP); menos grave, si su duración oscila entre los 6 meses y los 5 años (art. 33.3.m) CP); y leve en los casos en los que su extensión se encuentre entre el mes y los 6 meses (art. 33.4.j) CP). El Proyecto de Ley Orgánica fija, asimismo, un límite máximo ordinario de 10 años de duración (art. 40.3 CP), que puede llegar a extenderse hasta un máximo absoluto de 20 (art. 70.3.6.º CP), sin que, en ningún caso, pueda ir más allá.

Ha de destacarse que el Proyecto de Ley Orgánica no introduce esta nueva pena como principal respecto de ningún tipo delictivo concreto. Por el contrario, autoriza su imposición, de manera genérica y atendiendo a la gravedad del delito cometido, como pena accesoria a las penas inferiores a 10 años de prisión si tuviera relación con el delito cometido (art. 56.4.º CP). De la misma forma, de manera más específica, hace referencia a la posibilidad de acudir a la misma, también de manera accesoria y atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

Por último, y aun cuando no es el objeto específico de esta contribución, el Proyecto de Ley Orgánica también prevé la posibilidad de imponer dicha restricción como condición para proceder a la suspensión de la pena (art. 83.1. 8.ª bis CP) e incluso se le dota de una naturaleza dual, incorporándolo en el catálogo de las medidas de seguridad cuando tenga relación directa con el delito cometido (art. 96.3.7.ª CP). De igual modo, la disposición final primera del Proyecto de Ley Orgánica reforma el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que el juez de instrucción pueda adoptarla como medida cautelar.

Texto disponible en <https://www.genderit.org/sites/default/files/APC_charter_ES_0.pdf> (último acceso: 12 de enero de 2026).

III. SOBRE LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO PENAL

1. El principio de proporcionalidad penal en la jurisprudencia constitucional

Una vez expuestos los rasgos principales de la nueva pena de restricción de acceso o comunicación a través de Internet que el Proyecto de Ley Orgánica pretende introducir en nuestro ordenamiento jurídico-penal, es momento de contrastar esta con el principio constitucional con el que, a mi juicio, presenta mayores tensiones, a saber, el principio de proporcionalidad en el ámbito penal.

No es sencillo dotar de contenido autónomo al principio de proporcionalidad penal, pues este se encuentra estrechamente vinculado con otros principios limitadores del *ius puniendi* estatal, como el de *ultima ratio* e intervención mínima. En el marco de estos últimos, y desde una óptica liberal, la idea de proporcionalidad se constituye como una suerte de principio utilitarista que, en palabras de Lascuráin Sánchez y Basso, «condiciona la intervención estatal coactiva a resultados de mejora de los márgenes sociales de libertad»¹⁶. Como indican los mencionados autores, sería «un mal negocio» en términos de libertad si la norma no protege un bien, o lo protege de una manera imposible o cualitativamente inidónea; o si tal protección puede alcanzarse por medio de una intervención menos lesiva; o si la norma daña más de lo que protege¹⁷.

En cualquier caso, antes de delinear las exigencias que se derivarían de dicho principio, resulta necesario destacar cómo la jurisprudencia del TC ha sostenido que, en atención a su legitimidad democrática, el legislador no solo tiene un amplio margen de libertad constitucional para definir los bienes jurídicos protegidos, sino también los comportamientos penalmente relevantes y las sanciones correspondientes. De este modo, la proporción entre delito y pena resulta de un juicio de oportunidad respecto del que el legislador disfruta de un amplio margen de libertad, sin que la Constitución imponga una solución única o determinada¹⁸. En lo que a dicho juicio de oportunidad se refiere, el legislador «ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían

¹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ/BASSO, 2025, pp. 96-97.

¹⁷ *Ibid.*, p. 97.

¹⁸ Entre otras, STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 4. Véase también, como una de las más mediáticas, STC 136/1999, de 20 de julio (caso Mesa Nacional Herri Bata-suna).

catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.– y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena»¹⁹.

Con todo, el propio TC ha desarrollado una serie de parámetros de enjuiciamiento constitucional de las penas desde el punto de vista de su proporcionalidad, entendiendo que, pese al amplio margen de oportunidad/discrecionalidad del legislador, pueden existir desproporciones de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la Justicia y la dignidad de la persona humana²⁰.

La reciente STC 169/2021, desarrolla (con recopilación de la jurisprudencia constitucional anterior) cómo se articula el canon de control constitucional. Así, en primer lugar, se habrá de juzgar cual es el fin o fines perseguidos por el legislador, y si dichos fines son o no constitucionalmente legítimos. Posteriormente, se habrá de comprobar que la norma penal es adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. La norma será adecuada si contribuye positivamente a la realización del fin perseguido. Por otro lado, será necesaria si no existe un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de dicha finalidad. Por último, será proporcionada en sentido estricto si la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, no resulta manifiestamente excesiva respecto del grado de satisfacción de los fines constitucionales perseguidos con ella por el legislador²¹. Más concretamente, en cuanto a este último aspecto, el juicio estricto de proporcionalidad compara la gravedad del delito que se trata de impedir y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales, con los costes fácticos que dicha medida comporta para dichos valores²².

¹⁹ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9.

²⁰ STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2.º; STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6 b); Igualmente la STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7; STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 7.

²¹ STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 7.

²² STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 29.

2. **Valoración de la proporcionalidad de la pena de restricción de acceso o comunicación a/desde Internet**

Una vez delineados en abstracto los parámetros esenciales que nuestro TC emplea a la hora de analizar si una norma vulnera o no el principio de proporcionalidad penal, es momento de proceder a su aplicación al supuesto de hecho concreto que aquí nos ocupa: la introducción por el Proyecto de Ley Orgánica de la pena de restricción de acceso o comunicación a/desde Internet como consecuencia jurídica del delito.

A los efectos de evaluar cuáles son los fines perseguidos por el legislador mediante la introducción de esta pena, y si son constitucionalmente legítimos o no, resulta de gran ayuda acudir a la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica. En esta se señala, expresamente, que la nueva pena tiene por objetivo mejorar la prevención general y especial en el ámbito de los delitos tecnológicos, ofreciendo una mayor protección a las víctimas y evitando la reiteración de conductas punibles. Se trata de una medida que, en palabras de la propia exposición de motivos, obedece al gran incremento de la delincuencia virtual. Las redes sociales son un lugar donde frecuentemente se cometen delitos o donde se prolonga la ejecución de hechos iniciados o ejecutados parcialmente y la introducción de la mencionada pena lograría dar una respuesta eficaz a la creciente criminalidad informática, al evitar la reiteración de la conducta punible en los espacios virtuales y mejorar la protección de las víctimas impidiendo su victimización secundaria.

Asimismo, la exposición de motivos defiende que su previsión se hace también en términos adecuados al principio de proporcionalidad, pues su extensión debe ser concretada caso a caso mediante resolución judicial debidamente motivada que debe permitir al penado el acceso a otras redes o espacios virtuales no directamente relacionados con el delito cometido.

Consecuentemente, en apretada síntesis, puede decirse que la introducción de esta nueva pena obedece a consideraciones de prevención general negativa (aumentar la disuasión a través de la introducción de un coste adicional en forma de restricción del derecho de acceso a Internet)²³ y de prevención especial negativa (reducir sensiblemente las posibilidades de que el victimario pueda volver a perpetrar, a través de Internet, una nueva conducta lesiva contra la misma vícti-

²³ En este sentido, ya en su momento, MAGRO SERVET, *Diario La Ley*, 2019, p. 10, había demandado la incorporación de penas de esta naturaleza a los fines de «corregir» el nulo efecto disuasorio que, en ocasiones y respecto de algunos delitos, tienen las penas principales inferiores a dos años y que puede ser objeto de suspensión en el caso de delincuentes primarios.

ma u otra distinta)²⁴. De este modo, puede aseverarse que la finalidad legítima perseguida por el legislador es la de proteger bienes jurídico-constitucionales (como la vida, libertad sexual, patrimonio, etc., ya sean titularidad de la víctima del delito, ya de terceros a los que potencialmente se pueda llegar a victimizar) mediante la evitación de futuros ataques que suelen producirse a través de las redes o respecto de los que Internet actúa como instrumento de preparación.

No obstante, a mi juicio, y a diferencia de lo señalado por la exposición de motivos, considero que la prohibición del simple acceso provoca que, o bien la medida sea idónea, pero desproporcionada en sentido estricto; o que, si se garantiza su proporcionalidad en sentido estricto, sea necesariamente inidónea (por ineficaz en la práctica) para conseguir los objetivos perseguidos.

No dudo de que, en abstracto, la medida puede configurarse de una manera más o menos respetuosa con dicho principio, por ejemplo, vedando la posibilidad de que se imponga una restricción total del acceso a Internet y obligando al juez a determinar qué sitios específicos quedan abarcados por la prohibición²⁵. Sin embargo, lo que no alcanzo a vislumbrar es de qué manera su ejecución (si, como he dicho, quiere ser en la práctica una medida eficaz) en concreto puede llegar a serlo. El problema es, precisamente, de seguimiento del cumplimiento de esta medida²⁶. Y ello aun cuando la prohibición de acceder se extendiera a sitios web perfectamente acotados.

Tiene razón León Alapont cuando señala que, si el penado quebrantase la prohibición de acceso o comunicación en entornos digitales estaría incurriendo, a su vez, en un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP²⁷. Sin embargo, lo problemático es detectar cuándo se ha producido dicho incumplimiento más allá de los casos en los que, como indica el citado autor, el reo haya vuelto a delinquir y se constate su identidad por medio de la denuncia²⁸.

Como han destacado distintos autores, los problemas de monitorización del cumplimiento en la práctica de una pena de este calado derivan de distintos puntos: la posibilidad de acceder a Internet a través de dispositivos compartidos por

²⁴ Aunque no referido al Proyecto de Ley Orgánica aquí analizado, defiende que la pena de prohibición de acceso a Internet cumple con funciones retributivas, de disuasión e incapacitación, MAMAK, *CJS*, 2023, p. 137.

²⁵ No obstante, en mi opinión, la mera prohibición de acceso, aunque se limite por ejemplo a YouTube, ya puede ser desproporcionada, pues no se estaría prohibiendo simplemente el subir o publicar contenidos, sino también el acceder para reproducir los subidos por otra persona, lo que desde luego afecta, como señala LEÓN ALAPONT, *ReCrim*, 2025, p. 6, a la libertad informativa o el libre desarrollo de la personalidad.

²⁶ Esto lo reconocen partidarios de la introducción de esta medida en distintos ordenamientos jurídicos, entre otros, MAMAK, *CJS*, 2023, p. 138.

²⁷ LEÓN ALAPONT, *ReCrim*, p. 5.

²⁸ *Ibid.*, p. 5.

los compañeros de piso²⁹, la posibilidad de acceder a Internet desde ubicaciones externas³⁰, o las dificultades para descubrir la identidad de quien realmente se encuentra de un perfil o usuario en los espacios virtuales (salvo allí donde se exige un verdadero y auténtico control de verificación de la identidad)³¹.

La creación de una norma que obligara a las distintas plataformas digitales a colaborar en la detección del incumplimiento³² no solucionaría el problema, sino que únicamente lo trasladaría a un tercero distinto. Y lo mismo sucedería si lo que se quiere es convertir a los familiares o convivientes en garantes de dicho cumplimiento³³. Así, a mi juicio, la única solución verdaderamente efectiva sería el seguimiento constante del condenado, con lo que ello conlleva. Basta con observar lo que sucede en los ordenamientos jurídicos en los que ya existen este tipo de penas para darse cuenta de que las medidas necesarias para controlar en la práctica el cumplimiento de estas restricciones llevarían aparejado un elevadísimo grado de supervisión e intromisión en la esfera íntima no solo del sujeto, sino también de sus familiares o de cualquier persona con la que conviva³⁴.

Concretamente, creo que merece la pena fijar la atención en el ordenamiento jurídico-penal estadounidense, donde, como pone de manifiesto Felip i Saborit, la prohibición/restricción en el acceso a Internet se suele imponer como condición para proceder a la concesión bien de la libertad condicional (*parole*), de la suspensión de la pena (*probation*) y/o de la libertad vigilada

²⁹ BAGARIC/FISCHER/HUNTER, *Akron Law Review*, 2018, p. 295, si bien sostienen que parte de la sentencia podría ser «la obligación de que otras personas del hogar denieguen el acceso a Internet al infractor, con controles periódicos por parte de los funcionarios de prisiones para garantizar que no se incumpla esta prohibición», lo que significa implicar a terceros en el cumplimiento de la sanción.

³⁰ *Ibid.*, pp. 295-296, aunque entienden que posee una menor importancia, debido a: i) que una inspección y supervisión adecuadas por parte de los funcionarios de prisiones garantizarán un nivel adecuado de cumplimiento; ii) que ya existen otras sanciones en el sistema que son difíciles de controlar, como por ejemplo la prohibición de conducción de vehículos a motor.

³¹ LEÓN ALAPONT, *ReCrim*, 2025, p. 6.

³² Propuesta de LEÓN ALAPONT, *ReCrim*, 2025, p. 5.

³³ BAGARIC/FISCHER/HUNTER, *Akron Law Review*, 2018, p. 295.

³⁴ Aun cuando por motivos de espacio no puedo detenerme en ello en esta contribución, también puede cuestionarse si el principio de personalidad de las penas no quedaría severamente erosionado por las medidas que serían necesarias para garantizar la eficacia práctica de esta nueva pena. Como señala la STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6, el principio de personalidad de las penas forma parte del principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 25.1 CE, e implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos. En cualquier caso, aventuro que se trata de un argumento con escaso recorrido, en atención a la distinción tradicional que ha hecho nuestro TC (entre otras, STC 60/2010, de 7 de octubre) entre los efectos propios (directos e inmediatos) de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica, de los efectos externos (indirectos o mediatos) que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración, no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto. La sentencia aquí citada reconoce que esto sucede, por ejemplo, con otras penas, como la pena de multa o la de inhabilitación, que pueden generar un perjuicio patrimonial a la familia del penado, si bien dicho resultado no es una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

(*supervised release*)³⁵. Como ejemplo paradigmático puede acudirse al caso de Kevin Mitnick, un famoso hacker residente en California al que, en la década de 1990, se le impuso como condición para la suspensión de la pena la prohibición absoluta, durante tres años, de poseer o usar cualquier tipo de ordenador o de otros equipamientos informáticos, teléfonos móviles o cualquier otro tipo de aparatos que permitieran la conexión a ordenadores, a sistemas informáticos o a redes de comunicaciones³⁶.

Es posible que, en la década de 1990, la supervisión del cumplimiento de una prohibición como la impuesta a Kevin Mitnick resultara menos onerosa de lo que sería en la época actual, en la que ya no solo los ordenadores de sobremesa poseen Internet³⁷. En un mundo dominado por los *Smartphone*, introducir legislativamente penas de dicha naturaleza (bajo la idea de sacralizar la seguridad ciudadana) lleva asociado un riesgo enorme de abrir la puerta a situaciones de supervisión intensiva sobre el conjunto de la población.

Como ejemplo puede acudirse, una vez más, a las condiciones para la libertad condicional y la libertad supervisada previstas por las Cortes Federales estadounidenses para los denominados «ciberdelincuentes». Así, por ejemplo, se exige que el reo acepte que se ejerza un determinado control sobre los llamados dispositivos inteligentes (*smart devices*), entendiendo por tal aquellos que pueden acceder a Internet u otras redes, lo que incluye: (a) ordenadores de sobremesa o portátiles; (b) teléfonos inteligentes, relojes inteligentes y tabletas; (c) electrodomésticos inteligentes/dispositivos con acceso a Internet, lo que comporta también asistentes personales; y (d) todos los dispositivos de acceso a la red, incluyendo sistemas de juegos conectables a Internet.

A este respecto, al reo se le obliga a informar a su agente de todos los dispositivos informáticos anteriormente enumerados que posea o a los que tenga acceso. Del mismo modo, se le impide adquirir o acceder a cualquier dispositivo informático nuevo o adicional a menos que lo apruebe su agente. También habrá de informar a su agente de todos sus proveedores de servicios de Internet y cuentas de usuario de redes sociales (servicios locales y en línea), tanto al entrar en supervisión como en caso de que cree o reciba cuentas de usuario adicionales. En otras ocasiones, habrá de permitir que la Oficina de Servicios de Libertad Condicional y Previa al Juicio de los Estados Unidos configure, gestione e instale software de supervisión en todos sus dispositivos informáticos estándar aprobados. Esta misma oficina supervisará los dispositi-

³⁵ FELIP I SABORIT, *RCDP*, 2007, pp. 9-10.

³⁶ United States v. Kevin David Mitnick. United States District Court for the Central District of California, CR96-506-MRP, CR96-881-MRP, August 9, 1999.

³⁷ FELIP I SABORIT, *RCDP*, 2007, p. 11.

vos informáticos no estándar que posea o a los que tenga acceso (como televisores inteligentes, frigoríficos, consolas de videojuegos y asistentes personales) para determinar el riesgo y la necesidad de su uso, pudiendo llegar a prohibirse si se considera necesario³⁸.

Si se tiene en cuenta que el Proyecto de Ley Orgánica permite la imposición de la restricción en el acceso como consecuencia accesoria en delitos de carácter menos grave, la desproporción entre el hecho y las consecuencias se hace más que evidente.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de las páginas anteriores he tratado de presentar los rasgos principales de la nueva pena de restricción de acceso a / comunicación desde Internet que el Proyecto de Ley Orgánica pretende introducir en nuestro ordenamiento jurídico penal como instrumento de lucha contra la ciberdelincuencia. Así, se ha puesto de manifiesto cómo, pese a formar parte de un Proyecto de Ley Orgánica que, en principio, busca la protección de los menores en entornos digitales, realmente su vocación va más allá y tiene por objetivo la disuasión e incapacitación de los ciberdelincuentes con independencia de las características de la víctima.

Concebida como una pena accesoria a las principales que se pudieran imponer en los distintos tipos delictivos, aquí se han manifestado las más que serias dudas que genera en cuanto a su adecuación a nuestro ordenamiento constitucional. Concretamente, se ha defendido que genera evidentes tensiones en relación con el principio de proporcionalidad penal, tanto en abstracto (la prohibición del simple acceso plantea la cuestión de por qué una persona no va a poder acceder, por ejemplo, a YouTube a reproducir música), como, principalmente y en mayor medida, de su ejecución en concreto. Así, aquí se ha abogado por entender que, en lo que a su ejecución se refiere, o bien la pena es inidónea para alcanzar los fines pretendidos (por ser proporcionada en sentido estricto), o bien es idónea pero constitucionalmente desproporcionada en atención a lo intensidad de las medidas de control que requeriría para asegurar su viabilidad.

Por último, quisiera terminar con unas breves palabras hacia el homenajeado, el Prof. Peñaranda Ramos. Durante mis estudios universitarios, no tuve

³⁸ Todas estas condiciones pueden consultarse en: <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/probation-and-pretrial-services/post-conviction-supervision/overview-probation-and-supervised-release-conditions/chapter-3-cybercrime-related-conditions-probation-and-supervised>> (último acceso: 14 de enero de 2026).

la suerte de tenerlo como docente. Sin embargo, el destino me deparó una fortuna aun mayor: poder tenerlo como compañero de trabajo durante toda una década. No miento si digo que, durante estos 10 últimos años, cada momento que he coincidido con él en seminarios, cafés, pasillos, etc., ha sido un momento de aprendizaje. Tampoco descubro nada si afirmo que Enrique Peñaranda es una de esas personas que hace mejor la Universidad, no solo por su enorme valía académica, sino, aún más importante, por su inconmensurable valía humana. Quienes permanecemos aquí tenemos una responsabilidad enorme: la de continuar con un legado de lucha por hacer de la Universidad y del mundo un lugar mejor. Defender un Derecho penal mínimo, en el que los modernos impulsos hacia la completa incapacitación del delincuente decanten completamente la balanza entre la sempiterna tensión libertad-seguridad, es, en cierto modo, una forma de defender su legado. Estoy seguro de que cuando el Prof. Peñaranda empezó su carrera no podía imaginar que en un futuro se debatiría sobre la restricción del acceso a Internet como consecuencia jurídica del delito. Sin embargo, también estoy completamente convencido de que, de tener que escribir sobre ello, su postura no sería muy diferente de la aquí defendida. Ha sido todo un privilegio el poder contribuir, mínimamente, a este más que merecido homenaje.

BIBLIOGRAFÍA

- BAGARIC, Mirko; FISCHER, Nick y HUNTER, Dan: *The Hardship That is Internet Deprivation and What it Means for Sentencing: Development of the Internet Sanction and Connectivity for Prisoners*, Akron Law Review, vol. 51, núm. 2, 2017, pp. 261-322.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *La inviabilidad de lege lata de imponer como pena la prohibición de acceder a determinados contenidos de internet*, Diario La Ley, 2022, pp. 1-8.
- FELIP I SABORIT, David: *¿Poner puertas al campo? Sobre la posibilidad de prohibir penalmente el uso de las tecnologías de la información y la comunicación*, Revista Catalana de Dret Públic, núm. 35, 2007.
- GALLEGO ARRIBAS, David: *La prohibición de acceso a las redes sociales como consecuencia jurídica del delito. A propósito de la STS 547/2022, de 2 de junio*, Diario La Ley, 2023, pp. 1-11.
- HASSEMER, Winfried: *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Valencia, 2016.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio y BASSO, Gonzalo: *Principio de proporcionalidad*, en Memento Penal, Madrid, 2024, pp. 96-103.

- LEÓN ALAPONT, José: *Lineamientos de política criminal y técnica legislativa en el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos virtuales*, Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de València, 2025, pp. 1-26.
- MAGRO SERVET, Vicente: *La prohibición del uso de las redes sociales como pena en los delitos cometidos por internet*, Diario La Ley, 2019, pp. 1-9.
- MAMAK, Kamil: *Cyber banishment: an old sanction for virtual spaces*, Criminal Justice Studies, vol. 36, núm. 2, 2023, pp. 133-145.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique y BASSO, Gonzalo: *La pena: nociones generales*, en Manual de introducción al Derecho penal, Madrid, 2019, pp. 161-190.
- RAYÓN VIÑA, Beatriz: *¿Debería internet ser un derecho humano?*, en Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género IV: interculturalidad y derechos humanos, Salamanca, 2021, pp. 281-292.

9. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE COMETER EL DELITO POR RAZONES DE GÉNERO*

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho penal en la UNED

En el presente artículo pretendo rendir homenaje al Profesor Enrique Peñaranda retomando uno de los temas que ha sido objeto de su investigación: el fundamento de la agravante del artículo 22.4.^a¹. Pero para ello me voy a centrar en los motivos o razones de género, ya que considero que esta modalidad puede ser la piedra de toque que, bien ponga a prueba la argumentación general, o bien desvele la necesidad de ser extraída de dicho precepto para configurar una agravante distinta.

I. FUNDAMENTACIÓN DE LA AGRAVACIÓN POR ACTUAR POR DETERMINADOS MOTIVOS. ¿AUMENTO DE INJUSTO O CULPABILIDAD?²

Como es sabido, una parte de la doctrina asigna a la agravante recogida en el artículo 22.4.^a la naturaleza de aumentar lo injusto. Las opiniones se di-

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación "Identities colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar", PID2022-138077OB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia y Universidades.

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 7 ss.

² Para un repaso de las posiciones doctrinales véase DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 337 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, pp. 145 ss.; DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ DE CHAVES, en prensa.

viden luego entre quienes encuentran el fundamento de la agravación en el añadido de un nuevo y diferente injusto y quienes en cambio solo ven una intensificación de lo injusto del hecho mismo al que se aplica. Entre los primeros hay quienes identifican este *aliud* como una negación del derecho a la igualdad³, haciendo hincapié, algunos autores, en su pertenencia al derecho antidiscriminatorio⁴, o bien en un efecto supraindividual, sobre el colectivo al que pertenece la víctima⁵, acercándolos así a los delitos de odio, o ambas cosas⁶, con diferencias entre la relevancia que se otorga a uno u otro efecto.

En cambio, la segunda opinión, minoritaria, que aun manteniendo la pertenencia de la agravante a lo injusto niega esa acumulación de otro injusto diferente, argumenta que los motivos reprochables operarían como «causas de justificación a la inversa», como un «epifenómeno de la ausencia de reducción objetiva del hecho» al estar excluida la concurrencia en él de cualquier justificación⁷.

Otros autores, en cambio, mantienen que la agravante pertenece a la categoría de la culpabilidad⁸. Los argumentos a favor de esta interpretación van desde el tenor literal de la agravante⁹ a la concepción de la culpabilidad de la que se parta. Quienes la entienden como un filtro no pueden admitir agravantes de la culpabilidad. En cambio, tal cosa sí es posible para quienes la comprenden como una magnitud graduable. En esta segunda postura encontramos también variantes: por un lado, quienes fundamentan la mayor reprochabilidad de los móviles¹⁰; por otro, quienes, sin considerar que la culpabilidad suponga un desvalor adicional, –la conciben como condición de atribución del injusto penal¹¹–, estiman que cabe su graduación¹². Por ejemplo, Peñaranda, siguiendo a Díaz López¹³, fundamenta el mayor castigo de ciertos motivos en que: «cuando

³ Así, LAURENZO COPELLO, *EPC*, n. 19, 1996, pp. 274 ss.

⁴ MIR PUIG, 2016, núm. 26/32; LAURENZO COPELLO, 2021, pp. 276-277; 2025, pp. 788 ss. RODRÍGUEZ YAGÜE, 2007, *passim*. defiende la configuración autónoma del derecho a no ser discriminado,

⁵ LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 126 ss., identifica ese plus con la idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo; GALÁN MUÑOZ, 2020, pp. 41 ss., con la contribución a la violencia estructural que sufre el colectivo. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 165 ss., concreta ese plus de injusto colectivo en el peligro para la vigencia de las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas.

⁶ Será la propuesta aquí defendida.

⁷ PERALTA, 2012, pp. 199 ss.

⁸ BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 59 ss.; CEREZO MIR, 2006, p. 102; CUERDA ARNAU, 1996, p. 120.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 9-10; REBOLLO VARGAS, 2024, p. 134.

¹⁰ CEREZO MIR, 2006, p. 1021.

¹¹ Quienes parten de esta concepción por lo general solo admiten que la culpabilidad puede impedir la atribución o permitir solo una atribución parcial, pero niegan la posibilidad de agravantes de la culpabilidad y, en consecuencia, fundamentan el artículo 22.4.^a en un aumento de injusto. Véase MIR PUIG, 2016 pp. 648, 649, núm. 2, nms. 7 y 32. En el mismo sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 153.

¹² PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 14

¹³ Para este autor, la idea de su maestro conduce a que «la motivación discriminatoria no se sanciona en sí misma como un desvalor añadido, sino que se tiene en cuenta proyectada en el hecho, en tanto que

un sujeto comete un hecho delictivo por motivos racistas o discriminatorios hacia su víctima no puede distanciarse siquiera mínimamente de ese hecho y su contenido de injusto se le imputa personalmente en toda su extensión»¹⁴.

La jurisprudencia ha otorgado tradicionalmente a la circunstancia del 22.4.^a la naturaleza de agravar la culpabilidad, fundamentándola en una mayor reprochabilidad de los motivos¹⁵, aunque también podemos encontrar alguna sentencia que hace referencia a la protección tanto de la persona como de los colectivos contra la discriminación¹⁶.

Personalmente, aunque no rechazo que algunas motivaciones puedan tener el efecto de agravar la culpabilidad con base en una mayor reprochabilidad o en una exigibilidad completa, como puede ser el caso de la agravante de precio, considero que en el caso concreto de la agravante regulada en el artículo 22.4.^a la mejor explicación es la que alude a un aumento de injusto. En mi opinión, la conducta delictiva que expresa una discriminación del sujeto víctima por su pertenencia a un determinado colectivo que se encuentra en una «situación crítica», incardinándose esta expresión en una línea (una construcción colectiva) de comunicación violenta¹⁷, supone un plus de injusto tanto individual como colectivo. En el plano individual, por una parte, el sujeto sufre un atentado contra su dignidad, pues no es lo mismo, desde luego, la infracción del principio de igualdad que se vive cuando se es víctima de un delito por venganza, celos, o cualquier otro motivo, que la experimentada por el mero hecho de pertenecer a una determinada raza, etnia, nacionalidad, etc. Esta segunda, que, como ha señalado Laurenzo, es la que implica el significado de discriminación, supone en sí la expresión de una minusvaloración asociada a las características identitarias de la víctima¹⁸. Además, y todavía en el plano individual, la víctima concreta experimenta una reducción de su libertad por la amenaza futura que el comportamiento expresa. Ese riesgo de reiteración que mina las expectativas de indemnidad de la víctima puede provenir del mismo sujeto o de todos los que participan en esa línea de comunicación violenta. Este efecto individual no puede diluirse en el efecto paralelo y similar para

motivo nulo para poder filtrar el desvalor del injusto típico» (DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 385 ss.).

¹⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 16 y 19. También PANTALEÓN DÍAZ, *La Ley Penal*, 2020, p. 6.

¹⁵ Por ejemplo, SSTs 1145/2006 de 23 de noviembre, 314/2015, de 4 de mayo. Para una revisión de la jurisprudencia DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2025, pp. 544 ss.

¹⁶ STS 458/2019, de 9 de octubre. La sentencia, sin embargo, tampoco es muy clara a la hora de identificar el «plus delictivo» al que apela. Habla de la negación del principio de igualdad, de colectivos tradicionalmente vulnerables necesitados de especial protección y también de la afectación a la colectividad que se conmociona cuando se transgrede una norma de tolerancia.

¹⁷ Una «estructura comunicativa violenta» según DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 173.

¹⁸ Laurenzo Copello, P., 2021, p. 277. Este ataque a la dignidad no es siempre por sí mismo reconducible a otros tipos penales, en contra de la crítica de DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 160.

cualquier miembro del colectivo, pues para el sujeto víctima es, al haberse verificado ya la amenaza, mucho más intenso. Por otro lado, tenemos ese otro efecto supraindividual de amenaza indiscriminada a todos los miembros del colectivo, que merma la libertad de todos ellos al lesionar sus expectativas de indemnidad¹⁹, o sus condiciones de seguridad existencial²⁰ y perpetuar al colectivo en su posición de desventaja o marginación dentro de la sociedad²¹.

II. ¿TIENE LA AGRAVANTE DE ACTUAR POR RAZONES DE GÉNERO EL MISMO FUNDAMENTO?

Algunos autores interpretan la agravación por razones de género en el mismo sentido que el resto de los motivos discriminatorios del artículo 22.4.^a, bien porque no hacen una referencia específica a la misma, bien porque, aun dedicándole un estudio separado, consideran que su ubicación sistemática obliga a que se interprete de la misma manera que el resto de las razones discriminatorias²².

Sin embargo, la existencia de los tipos agravados objetivados de violencia de género en la parte especial y su particular fundamentación por el TC en un aumento de lo injusto suponen una notable disfunción para quienes atribuyen al 22.4.^a un aumento solo de la culpabilidad, pues ello comporta la posibilidad de aplicación simultánea de ambas agravaciones²³, lo que puede conllevar penas desproporcionadas, además de que hay un inevitable riesgo de *bis in idem*.

Por ello, gran parte de la doctrina que se ha ocupado específicamente de la agravante de actuar por motivos de género le asigna la naturaleza de aumentar lo injusto²⁴, acercándolos, así, a la interpretación más «objetivada»²⁵ de los ti-

¹⁹ En palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 165.

²⁰ En expresión de LANDA GOROSTIZA, 2018, p. 143.

²¹ TAPIA BALLESTEROS, *IgualdadES*, 2023, p. 7.

²² OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *RDPC*, 2021, pp. 358-359.

²³ Así, las sorprendentes STS 258/23 de 19 de abril (ECLI: ES: TS:2023:1914) y STS 1035/2024 de 14 de noviembre, (ECLI ES: TS:2024:5876), FJ 5.º, STS 316/2025, de 3 de abril (ECLI: ES: TS:2025:1551). En cambio, la jurisprudencia mayoritaria ha establecido lo contrario. Por todas STS 565/2018, de 19 de noviembre. Con detalle GALDEANO SANTAMARÍA, *Diario La Ley*, 2025, p. 7.

²⁴ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *EPC*, 2019, p. 347, sitúa su fundamento en «el plus de desvalor que supone el atentado a la “igualdad” –como valor merecedor de tutela penal– que deriva de la comisión de un delito como expresión de la posición de superioridad que al hombre –sujeto activo– le otorga la situación de victimización social que la mujer –sujeto pasivo– padece, situación de la que su conducta se aprovecha y en la que repercute».

²⁵ Destaca SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, *EPC*, 2019, p. 338, a pesar de ello, la diferencia entre la agravante de género y las de aplicación automática, que censura. Hay que señalar que una parte de la doctrina,

pos agravados de la parte especial²⁶. E incluso entre los partidarios de considerar que la agravante genérica del 22.4.^a tiene la naturaleza de aumentar la reprochabilidad del autor, encontramos autores que exceptúan de tal fundamentación la actuación por motivos de género, y le asignan como fundamento un aumento de lo injusto, o un fundamento mixto (aumento de injusto y de culpabilidad²⁷).

También la jurisprudencia, en este supuesto particular de aplicación del 22.4.^a (razones de género), ha avanzado paulatinamente hacia una fundamentación en un aumento de injusto, abandonando la exigencia de determinados móviles²⁸.

III. ¿DAÑO INDIVIDUAL O COLECTIVO EN LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO? Y, EN SU CASO, ¿EL MISMO TIPO DE DAÑO COLECTIVO?

En la doctrina volvemos a encontrar diferencias entre quienes insisten el aumento del daño individual²⁹ y quienes, en cambio, ven un plus constituido por un daño colectivo. Este segundo ha sido fundamentado también de diferentes maneras: en la contribución del autor con su hecho al mantenimiento de una violencia estructural en opinión de Galán³⁰; o, rechazando, con razón, la idea de una amenaza a la seguridad existencial del colectivo, en el «recordatorio del sistema patriarcal de desigualdad en el que *todas* nos encontramos» en opinión Domínguez González de Chaves³¹. También hay quien advierte de la posibilidad de fundamentar este daño al colectivo si la agresión a la mujer «es también, intersubjetivamente, el canal de transmisión de la amenaza para todas las mujeres; con otras palabras, si resulta ser un instrumento vicario de agre-

a pesar de la interpretación del TC, sigue insistiendo en que la aplicación de los tipos agravados de violencia de género exige probar tanto el contexto de dominación como el elemento subjetivo correspondiente. Así NÚÑEZ CASTAÑO, 2022, p. 106 ss. Como señala esta autora, la jurisprudencia tampoco es unánime. Pero puede advertirse una evolución en la doctrina del TS que va de la inicial exigencia de la intención de dominación, pasando por una inversión se la carga de la prueba en caso de constatación del elemento contextual de dominación, hasta la postura más reciente de aplicación objetiva o automática, que no parece aceptable. Sobre esta última interpretación véase por todas STS de Pleno 677/2018, de 20 de diciembre, (ECLI: ES: TS:2018:4353).

²⁶ A favor de la objetivación de la agravante genérica FARALDO CABANA, 2022, p. 41.

²⁷ RUEDA MARTÍN, *RECPC*, 2019, pp. 15 ss.

²⁸ Claramente STS 571/2020, de 3 de noviembre, STS 444/2020, de 14 de septiembre (ECLI: ES: TS:2020:2904), STS 850/2023, de 21 de noviembre (ECLI: ES: TS:2023:5053). Subsiste sin embargo alguna sentencia que insiste en el aumento de la culpabilidad debido al móvil. STS 1035/2024, de 14 de noviembre (ECLI: ES: TS:2024:5876).

²⁹ LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, *Eunomía.*, 2022, pp. 170-171,

³⁰ GALÁN MUÑOZ, 2020, pp. 41 ss.

³¹ En prensa.

sión contra el colectivo en su conjunto», como podría ser en los delitos contra la libertad sexual cuando «se demuestren como cometidos en términos de fungibilidad del concreto sujeto pasivo»³².

Frente a estas opiniones ya han señalado algunos autores³³ que el hecho del sujeto podrá, en algunas ocasiones, no sólo quebrantar de forma directa la seguridad de la víctima, sino también de modo indirecto la del resto del colectivo potencialmente discriminado, pero no es esto, en su opinión, lo que fundamenta la agravación. Me adhiero a estas opiniones, pero no por dificultades de prueba, sino porque efectivamente, como trataré de explicar, el efecto sobre el colectivo es distinto que en otras causas de discriminación.

En opinión de Faraldo Cabana³⁴, en la discriminación por razones de género no se da este elemento emotivo, la antipatía o aversión, típico de los demás motivos discriminatorios. Por ello afirma que «los delitos de los hombres sobre las mujeres en contextos discriminatorios no reúnen los rasgos habituales de un delito de odio, ni se cometen por el mero hecho de que la víctima sea mujer, sino que el elemento que los define es que constituyen un instrumento de dominación discriminatoria, esto es, el mantenimiento de una posición social de subordinación de las mujeres». Lo característico de estos delitos no sería, por tanto, «el odio al colectivo de las mujeres si no en su caso el desacuerdo con una determinada manera de ejercer el rol femenino», aunque con su comportamiento el autor estaría perpetuando y reforzando la posición inferior que las mujeres ocupan en la sociedad. Esto explicaría según esta autora por qué en el caso de la raza, etnia etc. la víctima es aleatoria y fungible, elegida sólo por la pertenencia al colectivo al que «genéricamente se odia», y lo que genera que cualquier persona que pertenezca a este colectivo perciba la amenaza. Pero reconoce que este rasgo está ausente en la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres por razón de género, que no se caracteriza por la misoginia entendida como el odio o aversión hacia el colectivo de las mujeres, sino por el machismo, la creencia en la superioridad del hombre sobre la mujer³⁵.

Traduciendo este discurso a lo que aquí nos atañe –y dado que se rechaza que el odio como emoción sea lo característico del artículo 22.4.^a en ninguna de sus modalidades–, en lo que coincido con Faraldo es que efectivamente en

³² LANDA GOROSTIZA, 2018, p. 259.

³³ SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, 2019, p. 471. En el mismo sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 179, pone el acento en el daño individual. Particular es la posición de MOLINA FERNÁNDEZ, 2009, pp. 67 ss., quien aun admitiendo junto al aumento de injusto individual la posibilidad de un daño añadido contra el colectivo, entiende que «en sociedades como la nuestra, y por lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo, este elemento tiene una importancia marginal que sólo puede justificar, y sólo cuando esté presente, una agravación menor».

³⁴ FARALDO CABANA, 2022, p. 42.

³⁵ En sentido similar PÉREZ MANZANO, 2018, pp. 102 ss.

los delitos cometidos por razones de género no se produce ese daño al colectivo que caracteriza, lo pongamos en primero o en segundo término, al resto de motivaciones discriminatorias del 22.4.^a La víctima, en este caso, no es elegida al azar, no es un mero y fungible representante del colectivo, sino que es elegida precisamente por su relación con el autor, relación en la que se quiere imponer por parte de este una subordinación de la mujer y dominación del hombre. Por ello, cuando un sujeto golpea a su mujer porque quiere someterla a su voluntad –lo que con gran frecuencia sucede en la intimidad del hogar– no logra con ello enviar un mensaje a todas las mujeres de que pueden ser golpeadas por cualquier hombre, ni siquiera de que sus parejas masculinas las pueden golpear en cualquier momento. O, dicho de otra manera, mientras que un hombre de raza negra temerá por su integridad física al saber que en su calle la noche anterior han dado una paliza a un muchacho solo por el color de su piel, la mujer que tiene una pareja correctamente socializada (la gran mayoría de las mujeres³⁶) no temerá, en cambio, que este le golpee, al ver que su vecino maltrata su propia esposa. Es equívoco y contraproducente, por tanto, el cuestionar a los jurados sobre si³⁷, o recoger en las sentencias la necesidad de que, la agresión se haya producido «por el mero hecho de ser la víctima mujer». Más allá de la potencia que pueda tener la frase como slogan, lo cierto es que lo característico de la violencia de género no es el ataque contra una mujer por ser mujer, sino como método para conseguir su subordinación al hombre, tal y como una ideología machista entiende que deben funcionar determinadas relaciones entre hombre y mujer, es decir, conforme a un patrón cultural que no tiene cabida en nuestro ordenamiento.

La regulación de la agravante de actuar por motivos de género en el artículo 22.4.^a, a la vez que existen los tipos agravados de género de la parte especial, ha llevado al Tribunal Supremo a una interpretación sumamente difícil en la que intenta, por un lado, mantener lo dicho para el resto de los motivos discriminatorios y, por otro, adecuarla a la interpretación de los tipos agrava-

³⁶ En la Encuesta Europea de Violencia de Género 2022, p. 14, se recoge que el 2 % de las mujeres han sufrido violencia física o sexual (incluidas las amenazas, y 1,6 % si se excluyen) de su pareja actual. La cifra sube al 20 %, sin embargo, si se amplía a todas las exparejas a lo largo de la vida. Ello significa que el 98 % de las mujeres no sufre esta violencia de su pareja actual (15,5 % excluyendo amenazas). Accesible en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Cp1_Violencia_en_la_pareja.pdf. La tasa de mujeres víctimas de violencia de género fue de 1,6 por cada 1.000 mujeres de 14 y más años en 2024. (https://www.ine.es/dyngs/Prensa/EVDVG2024.htm#:~:text=El%20n%C3%BAmero%20de%20mujeres%20v%C3%ADctimas,disminuy%C3%B3%20un%202%2C9%25)).

³⁷ Paradigmática resulta la inaplicación de la agravante a la que se vio avocado el jurado en el caso resuelto por la sentencia STS 717/2020, de 22 de diciembre (ECLI: ES: TS:2020:4434) al no ser capaces sus miembros de contestar afirmativamente a la pregunta de si el acusado la mató por ser mujer, ya que consideraron, por el contrario, que la mató por ser «su» mujer.

dos de la parte especial. Pero, como se ha señalado, tal cosa no es posible y además supone una modificación de la interpretación general del 22.4.^a No es posible porque intenta concitar dos lógicas distintas: la de la intención de dominación, propia de los delitos de violencia de género, con la de la amenaza al colectivo, propia del resto de motivos discriminatorios. Pero lo cierto es que, si descendemos a las sentencias, el fundamento se expresa siempre en clave individual. Así, se habla de dominación, sometimiento, discriminación de la víctima o superioridad del autor³⁸.

Por otro lado, que la agravante de obrar por razones de género se distinga del resto de motivos recogidos en el 22.4.^a ha sido reconocido por el propio TS, aunque sin mucho acierto, cuando afirma: «La agravante se configura en ocasiones como un acto de discriminación, pero propiamente no hay tal, se trata de un acto de dominación por razones de superioridad, [...]. Aquí no hay propiamente discriminación por razón de género, sino dominación de género, que es algo completamente diferente». Obviamente la dominación es una forma de discriminación, pero no la misma que se predica del resto de motivos.

Es sabido que tanto la doctrina³⁹ como el TS han abierto la posibilidad teórica de aplicar la agravante a otro tipo de relaciones fuera de la pareja y expareja⁴⁰, a las que quedan confinados los tipos agravados de violencia de género de la parte especial, pero lo cierto es que en gran medida siguen limitándola a las situaciones en las que existen relaciones entre agresor y víctima⁴¹ «susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados»⁴², quedando fuera de estas relaciones, de momento, únicamente los casos de atentados contra la libertad sexual, único supuesto en el que precisamente puede llegar a atentarse contra una mujer desconocida para el agresor⁴³. Hasta ahora son escasas las sentencias de este último tenor, que exige un análisis específico que abordaré más adelante.

³⁸ Sobre todo ello DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2025, p. 544 ss.

³⁹ Aunque existe discusión al respecto. A favor de limitar la agravante al ámbito de pareja o expareja, por ejemplo, RUEDA MARTÍN, *RECPC*, 2019, p. 23; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2018, p. 12. A favor de no constreñir su ámbito de aplicación a tales relaciones GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), 2018, p. 14, también LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, *Eunomía*, 2022, p. 172.

⁴⁰ STS 565/2018, de 19 de noviembre (ECLI: ES: TS:2018:3757, STS 59/2021, de 27 de enero, entre otras). Sin embargo, según RUEDA MARTÍN, *RECPC*, 2019, pp. 1 ss., la limitación a estas relaciones sería lo coherente con la definición de violencia de género del artículo 1 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁴¹ Se aplica, por ejemplo, al asesinato de una joven por su padre en STS 917/2023, de 14 de diciembre (ECLI: ES: TS:2023:5377) y de la cuñada y la suegra en la STS 66/2023, de 8 de febrero (ECLI: ES: TS:2023:398).

⁴² GÓMEZ CONDESA, *Diario La Ley*, 2021.

⁴³ STS 444/2020, de 14 de septiembre (ECLI: ES: TS:2020:2904).

Dejando de lado de momento los supuestos de agresiones sexuales contra mujeres desconocidas por su agresor, la agravante de género se fundamenta, por tanto, en una particular forma de discriminación de la mujer a la que se intenta imponer por medios delictivos un determinado comportamiento subordinado al del hombre. Es esa intención de dominación, siguiendo además una idea o patrón cultural trasnochado de subordinación de la mujer al varón –no cualquier otro intento de imposición desconectado de esa idea de machismo–, lo que caracteriza lo injusto específico de esta discriminación por razón de género y que deberá concurrir en el caso concreto para su aplicación.

Lo que se castiga con esta agravante no es apartarse de los roles tradicionalmente asignados a su género –lo que permitiría incluir como sujetos pasivos a los hombres⁴⁴–. Con tal interpretación lo que se protegería no sería tanto la igualdad, sino la libertad. Debe haber en el ataque, como ya he señalado, una connotación de subordinación del rol asignado. Es en este sentido en el que la conducta enlaza con los delitos de discriminación, pero en una modalidad muy concreta a la que ya hemos hecho referencia: la de dominación del hombre y subordinación de la mujer.

Por ello el fundamento se basa en el daño individual, mientras que el efecto sobre el colectivo, si existe (¿recuerdo de una estructura patriarcal o discriminatoria de la sociedad o aportación a la perpetuación de una discriminación estructural?⁴⁵) no tiene entidad suficiente para justificar por sí mismo un incremento de lo injusto y de la pena.

IV. ¿CONTEXTO, DOLO O INTENCIÓN DE DOMINACIÓN?

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa una tendencia a prescindir, en la aplicación de la agravante de obrar por razones de género, de los tradicionales móviles exigidos para otro tipo de motivos discriminatorios. Pero, además, se ha avanzado también en la línea de prescindir de una determinada intención de dominación. Así, y salvo una rara excepción que pretendió la objetivación absoluta⁴⁶, la jurisprudencia reciente suele exigir el contexto de dominación⁴⁷, que

⁴⁴ Así lo defiende, sin embargo, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *RDPC*, 2021

⁴⁵ Este último efecto es el más difícil de ver, por cierto, dado que nuestra sociedad, donde subsisten todavía muchos ámbitos de discriminación de la mujer, no es, sin embargo, una sociedad que acepte la violencia contra la mujer. Y, por otro lado, esta argumentación recuerda a la antigua y denostada construcción de los delitos acumulativos.

⁴⁶ STS 99/2019, de 26 de febrero (ECLI: ES: TS:2019:591).

⁴⁷ LAURENZO COPELLO, *EPC*, 2015, p. 818, crítica con la forma en que la jurisprudencia afirma este contexto, sugiere que debe incluirse el contexto objetivo de dominación expresado en hechos externos» en

interpreta como el carácter objetivamente discriminatorio de la conducta en el sentido expresivo del rol de subordinación asignado a la mujer y el dolo (conciencia y voluntad) de ese comportamiento y su carácter⁴⁸. Se entiende, por un lado, el rechazo a los motivos, como un interés en huir de la controvertida posición del aumento de la reprochabilidad. Pero no es tan comprensible el rechazo de un elemento subjetivo de lo injusto trascendente, salvo que con ello se quiera evitar un supuesto problema de prueba que en realidad es el mismo que el de la prueba del dolo, o que preocupe que tal exigencia comporte la de un fin directo.

Hay que insistir en el error de la doctrina que identifica interpretación «subjetiva» con aumento de la culpabilidad o con exigencia de un determinado móvil olvidando el papel de los elementos subjetivos de lo injusto. Las posiciones «objetivas» son necesariamente objetivo-subjetivas si no quieren caer en las presunciones *iuris et de iure*. Y es que, cuando el TS exige que la conducta «objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor», sea «expresión de ese desigual reparto de papeles», reproduzca «desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados» o coloque «a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados» con conocimiento y voluntad, no se está diciendo otra cosa que el autor, con su conducta, quiera la subordinación de la mujer.

Pero con ello parece que TS está exigiendo un resultado de creación de la situación de dominación que con frecuencia no se corresponde con la realidad del fenómeno y que limita la aplicación de la agravante de una manera en mi opinión indeseada. Lo frecuente será que el hombre que pretende manejarse en esta lógica machista quiera someter a su pareja y, ante la imposibilidad de conseguirlo de otra manera o la rebeldía de ella, acuda al uso de la violencia. Por ello, convendría entender el elemento subjetivo de la agravante no como la conciencia de la dominación, sino como la intención de dominación⁴⁹, adelantando así la consumación formal de la circunstancia al momento de tentativa respecto de ese resultado de dominación. Al final, materialmente el elemento subjetivo es el mismo (digamos el dolo de dominación) pero queda destacado el elemento subjetivo trascendente al recortar el tipo objetivo a un momento anterior a la consecución de la dominación⁵⁰. De esta manera, entiendo que la agravante podrá aplicarse tanto a los casos en que efectivamente se ha conse-

la tipificación y que además no puede deducirse sin más de un hecho aislado, sino de que la violencia integre la forma de relacionarse el hombre con su pareja mujer, desarrollando una pauta de conducta que tiene que ver con las relaciones de dominio y subordinación entre los sexos.

⁴⁸ Por todas STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:2904).

⁴⁹ También LASCURÁIN SÁNCHEZ, 2019, pp. 95 ss.

⁵⁰ En contra DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 147 con un argumento gramatical que no me parece concluyente.

guido un resultado de situación de dominación abarcada por el dolo, como a todos aquellos supuestos en los que el hombre intenta doblegar a su pareja mujer con el uso de la violencia. De hecho, muchos de los supuestos en los que el Tribunal Supremo aplica la agravante son de este tipo, por ejemplo, casos en los que el hombre no acepta una ruptura sentimental, y pretende, mediante la fuerza, imponer su voluntad o castigar a la víctima que no la acata, sin lograr que se reanude la relación.

El exigir una intención de dominación tampoco significa que tal resultado deba ser el fin directo del autor, puede quererse con un grado de voluntad equivalente a cualquier clase de dolo. Por ello tampoco tienen sentido las precauciones de nuestro Alto Tribunal cuando advierte, por ejemplo, que no es preciso que el sujeto busque «específicamente» humillar o dominar a la mujer (STS 99/2019), basta con que asuma consciente y voluntariamente la actitud y el comportamiento discriminatorio (de dominación y subordinación)⁵¹.

Por tanto, exigir un elemento subjetivo de lo injusto trascendente no restringe, sino que amplía la aplicación de la agravante a todos los fenómenos que queremos castigar.

V. BREVES REFLEXIONES SOBRE SU APLICACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL COMETIDOS POR UN EXTRAÑO

Como he ido adelantando, el Tribunal Supremo ha admitido no solo la agravante de actuar por motivos de género en los delitos contra la libertad sexual cometidos contra la mujer pareja o expareja ya antes de que la reforma convirtiera el supuesto en un tipo agravado específico de aplicación objetiva⁵², sino también, aunque en escasas ocasiones, fuera de la relación de pareja. Contamos con dos sentencias al respecto, una en la que el Alto Tribunal confirma la aplicación⁵³ y otra en la que la rechaza⁵⁴. En ambas se recoge que «no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos revelen que se trata de un acto de

⁵¹ STS 1035/2024, de 14 de noviembre (ECLI: ES: TS:2024:5876)

⁵² Sobre los problemas que genera este tipo agravado véase GIL GIL, 2023, pp. 815 ss.

⁵³ STS 444/2020, de 14 de septiembre (ECLI: ES: TS:2020:2904), en la que se aborda el caso de un hombre que viola a una mujer que ejercía la prostitución tras recabar sus servicios y negarse a pagarle.

⁵⁴ En la STS 650/2021, de 20 de julio (ECLI: ES: TS:2021:3150) el TS elimina la agravante en la condena a un hombre que viola y mata a una amiga, pues lo recogido en los hechos probados «no sobrepasa los contornos de tipicidad que se contemplan en la agresión sexual».

dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación» y se ofrecen algunos ejemplos de «criterios que pueden ayudar a inferir la concurrencia del elemento determinante de la agravación, [...] como: la vinculación entre el agresor y la víctima; las expresiones proferidas; el carácter denigratorio de las prácticas desarrolladas; el número de actores; o el simbolismo de determinados actos».

Desde luego, como han advertido la doctrina⁵⁵ y el propio Tribunal Supremo⁵⁶ nos adentramos en un terreno resbaladizo, pues toda agresión sexual supone la imposición de un acto de naturaleza sexual no consentido. Si nos tomáramos al pie de la letra el Preámbulo la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, pareciera que el legislador concibe los delitos contra la libertad sexual en todo caso como la expresión del dominio masculino propia de una cultura patriarcal⁵⁷. Pero ello llevaría, paradójicamente, a inaplicar la agravante de razones de género por ser inherente⁵⁸. Obviamente no es esta la voluntad del legislador, que ha incluido tipos agravados específicos de violencia de género para las agresiones sexuales contra la mujer pareja o expareja mayor de 16 años. Pero entonces, como bien señala el Tribunal Supremo, para afirmar la «dominación» propia de la agravante genérica (cuando no se de esa relación afectiva) tendrá que haber algo más que la mera imposición de la voluntad del agresor varón a la víctima mujer.

Ahora bien, como se ha señalado⁵⁹, los criterios esgrimidos por el Alto Tribunal son de lo más vagos y pueden incluso caer en prejuicios moralizantes, además de ser difíciles de distinguir en muchas ocasiones de los propios supuestos agravados.

En el ámbito de la pareja es más fácil ver esa intención de dominación cuando el hombre afirma con sus actos que tiene derecho a disponer de la sexualidad de su pareja, expareja, mujer con la que se mantiene una relación afectiva... Por ello, fuera de este ámbito en el que existe una relación entre el autor y la víctima que, para el primero, incluye ese débito sexual, es decir, en

⁵⁵ CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2010.

⁵⁶ STS 1035/2024, de 14 de noviembre (ECLI: ES: TS:2024:5876).

⁵⁷ «Las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social [...]. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal».

⁵⁸ Antes de la reforma, en la doctrina han considerado inaplicable la agravante en los delitos contra la libertad sexual CUERDA ARNAU, 1996, p. 245; BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 70 (con matices); ASÚA BATARRITA, 2020, pp. 371 ss.

⁵⁹ DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ DE CHAVES, en prensa.

los casos en que, por contra, la víctima es fungible para el autor, debería limitarse la aplicación de la agravante a los supuestos en los que el sujeto efectivamente no atenta solo contra la libertad sexual de otra persona, sino que la víctima es tomada como medio para atentar contra el colectivo y envía con ello un mensaje intimidatorio a cualquier mujer. Los supuestos son infrecuentes, pero podrían entrar, por ejemplo, los actos cometidos como expresión de un discurso InCel⁶⁰. En tales casos efectivamente la víctima es fungible y elegida, ahora sí, «solo por ser mujer»⁶¹. Una vez extraído el género del artículo 22.4.^a para configurarse como agravante independiente, estimo que estas situaciones que tratamos ahora podrían reconducirse, quizás, a la discriminación por sexo, que permanecería en dicho artículo con su fundamento de daño individual y colectivo.

VI. CONCLUSIONES

Partimos de la naturaleza agravante de lo injusto de la circunstancia de actuar por razones de género y de que su fundamento se basa en la expresión, con los hechos del autor, de una intención de dominación, siguiendo una trasnochada concepción machista según la cual esta quedaría subordinada al varón en el ámbito de determinadas relaciones (sentimental, paternofilial, etc.), lo que supone la discriminación de la víctima, la negación de su derecho a la igualdad, un atentado a su dignidad y, a la vez, una amenaza a futuro que limita su libertad de actuación. Es decir, el golpe, por ejemplo, no solo supone un atentado contra la integridad física, sino que al mismo tiempo expresa un «tú me obedeces», «estás por debajo de mí», «no eres libre para decidir», «aquí mando yo...».

La primera conclusión de lo expuesto hasta aquí es que, como ya ha advertido una parte de la doctrina con distintos argumentos⁶², la actuación por motivos de género debe extraerse del artículo 22.4.^a y regularse por separado, en un 22.9.^a

A lo anterior debe acompañar la derogación de todos los tipos agravados específicos por violencia de género, pues ya no serán necesarios, al poder aplicarse la agravante genérica, por ser su interpretación objetiva contraria al princi-

⁶⁰ Los Célibes Involuntarios (InCels) son un «grupo de varones, por lo general reunidos en foros en Internet, que odian fuertemente a las mujeres por rechazar sus acercamientos afectivo-sexuales, a los que ellos creen tener derecho por naturaleza», ISLA-JOULAIN, *RDPC*, 2020, p. 193 ss.

⁶¹ Como preconizaba LANDA GOROSTIZA, 2018, p. 259.

⁶² DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ DE CHAVES, en prensa; LANDA GOROSTIZA, *InDret*, 2024, pp. 44.

pio de culpabilidad⁶³, sin que la interpretación en contra del TC⁶⁴ resulte convincente, además de conducir a contradicciones valorativas y disfunciones⁶⁵.

Los atentados contra la libertad sexual cometidos por un extraño siendo la víctima fungible y mero instrumento del ataque al colectivo mujer quedará en cambio para la aplicación de la agravante de discriminación por razón de sexo que debe subsistir en el 22.4.^a con su naturaleza de aumento de injusto y con un fundamento individual y colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: *La perspectiva de género en el Derecho penal español*, en Género y sistema penal. Una perspectiva internacional, Madrid, 2010.
- ASÚA BATARRITA, Adela: *La razón de género en el marco de la agravante «de odio» del artículo 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo*, en Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, 2020.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús: *La discriminación en el Derecho penal*, Granada, 1998.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género*, en Reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Madrid, 2006.
- CEREZO MIR, José: *Obras completas*, t. I, Madrid, 2006.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: *La discriminación en el Código Penal de 1995*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 19, 1996.
- *En Comentarios al Código penal*, Madrid, 1996.
- *Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas*, Revista General de Derecho Penal, núm. 13, 2010.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Antonio: *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP*, Cizur Menor, 2013.
- DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ DE CHAVES, Mar: *¿Una cuestión solo de género?*, en prensa.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2004.
- *Circunstancias agravantes y mixta de parentesco*, en Memento penal, Madrid, 2025.

⁶³ Críticos con la sentencia del TC: BOLDOVA PASAMAR, 2006, pp. 13-34, pp. 24 ss.; MENDOZA CALDERÓN, 2006, pp. 121-166, pp. 145 ss.; ACALE SÁNCHEZ, 2010, pp. 3 ss.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, 2019, pp. 95 ss. También el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer del Pleno del CGPJ de 24/06/2004.

⁶⁴ STC 59/2008, de 14 de mayo; 81/2008, de 17 de julio; 45/2009, de 26 de mayo; 127/2009, de 26 de mayo; 41/2010, de 22 de julio.

⁶⁵ Por ejemplo, GIL GIL, 2023, pp. 815 ss.

- FARALDO CABANA, Patricia: *Odio discriminatorio y discriminación por razón de género: ¿mundos opuestos o caras de la misma moneda?*, en Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género, Madrid, 2022.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso: *Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales?*, Revista Penal, núm. 46, 2020.
- GALDEANO SANTAMARÍA, Alejandro: *Los difusos contornos de la discriminación por razón de género y el parentesco en los delitos ocasionales o específicos de violencia de género*, Diario La Ley, núm. 10693, 2025.
- GIL GIL, Alicia: *La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual*, en Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, Madrid, 2023.
- GÓMEZ CONDESA, Ana: *Análisis crítico del agravante por razones de género del artículo 22.4.ª del Código Penal*, Diario La Ley, núm. 9895, 2021.
- ISLA-JOULAIN, Guillaume: *Célibes involuntarios: ¿terroristas?*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª época, núm. 24, 2020.
- LANDA GOROSTIZA, Jon: *Los delitos de odio*, Valencia, 2018.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Igualdad y delitos de género*, en El Derecho frente a la violencia dentro de la familia, Madrid, 2019.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *La discriminación en el Código Penal de 1995*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 19, 1996.
- *¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, 2015.
- *No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio*, en Odio, prejuicios y derechos humanos, Madrid, 2021.
- *De discriminados a “vulnerables”: la distorsión conceptual del Derecho penal antidiscriminatorio*, en Estudios Penales en homenaje al profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, Madrid, 2025.
- LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, Silvia: *La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género*, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 22, 2022.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia: *Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal*, en Reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Madrid, 2006.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Desigualdades penales y violencia de género*, en Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad, Madrid, 2009.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: *La expansión de la violencia de género: breves reflexiones sobre el elemento subjetivo del injusto tras la STS 677/2018, de 20 de diciembre*, en Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género, Madrid, 2022.

- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Nuria: *La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 25, 2021.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta: ¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia, La Ley Penal, núm. 147, 2020.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Delitos de odio y Derecho penal de la culpabilidad*, en Reflexiones académicas sobre delitos de odio, Madrid, 2021.
- PERALTA, Juan María: Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Madrid, 2012.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación*» Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 71, 2018.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: La tutela penal del derecho a no ser discriminado, Albacete, 2007.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 21-04, 2019.
- SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, Borja: *Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género*» Estudios Penales y Criminológicos, núm. 39, 2019.
- SEOANE MARÍN, María José y Olaizola Nogales, Inés: *Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (art. 22.4.^a CP)*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 39, 2019.
- TAPIA BALLESTEROS, Paula: *La protección de la igualdad y la no discriminación en el Código Penal. Errores y aciertos de las últimas reformas*, IgualdadES, núm. 9, 2023.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: *Violencia contra la mujer. Manual de apoyo para el grado de Criminología*, Madrid, 2024.

10. LA DISCUTIBLE POTESTAD DE PERDONAR. DEL INDULTO A LA AMNISTÍA

LIBORIO L. HIERRO

Catedrático emérito de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN¹

Hace ocho años, en el año 2017, concluí un largo trabajo sobre el indulto que formaba parte de un Proyecto de Investigación del Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid dirigido por el profesor Fernando Molina, en el que nos habían invitado a participar a un par de profesores de Filosofía del Derecho. Aquel trabajo no versaba sobre el concreto indulto a los condenados en el denominado «juicio del Procés» (sentencia 459/2019 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo), indulto que entonces no había tenido lugar, sino, en términos más generales y abstractos, del indulto como institución en un Estado de Derecho². Supongo que a ninguno de los que participamos en esa investigación se nos pasó por la cabeza que, poco tiempo después, no sólo el indulto, sino también la amnistía, se convertirían en un problema político y jurídico de primera magnitud en nuestro país. Pero así fue.

¹ Agradezco al profesor Juan Antonio Lascuraín la generosa atención con la que examinó el primer borrador de este trabajo, lo que me permitió corregir no sólo simples erratas sino algunos errores e imprecisiones. Los que queden son sólo de mi responsabilidad.

² Se trataba del Proyecto de Investigación «Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar» (DER2013-45562-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por el profesor Fernando Molina Fernández. Publicado como *El indulto. Pasado, presente y futuro*, 2019.

Seguiré ahora un método similar al que entonces seguí, dividiendo este trabajo –escrito en homenaje al profesor Enrique Peñaranda– en tres partes: una primera planteará la contradicción que, para el poder de un Estado, implican la aparentemente obligatoria potestad de castigar y la aparentemente discrecional potestad –llamada habitualmente «prerrogativa»– de perdonar; una segunda tratará sobre las semejanzas y diferencias entre la amnistía y el indulto, como manifestaciones de esa llamada «prerrogativa de gracia»; puesto que ya me ocupe –en aquel trabajo– de las razones y sinrazones del indulto, la tercera se limitará ahora a los argumentos en contra y a favor de la amnistía, argumentos que cuando son contrarios a la amnistía parecen ser principalmente jurídicos, mientras que cuando son favorables a la amnistía parecen ser, por el contrario, principalmente políticos. Aunque pretendo hacer estas reflexiones con un razonable distanciamiento de la ruidosa polémica que recientemente, y todavía hoy, ocupa y preocupa a nuestro país, será inevitable que estas reflexiones de pretensiones teóricas no impliquen compromisos prácticos y, por ello, añadiré una breve coda con las conclusiones jurídico-políticas que, en mi opinión, de ellas se derivan.

II. EN LA ENCRUCIJADA: CASTIGAR Y PERDONAR

Las dificultades para conciliar el castigo y el perdón no son nuevas, aunque hasta ahora no hayan sido objeto de demasiada atención.

En el ámbito filosófico suele atribuirse a Immanuel Kant el haber abrazado aquel viejo aforismo, de mucha antigüedad, que el emperador del Sacro Imperio Fernando I asumió como lema: *Fiat Iustitia, pereat mundus*. Ciertamente es que Kant alude a él cuando en *Por la Paz Perpetua*, publicado en 1795, afirma que si bien resulta una sentencia algo provocativa es también verdadera, y añade: «“Reine la justicia, aunque deba perecer toda la pillería que puebla el mundo”, es un principio *jurídico* muy enérgico y trunca toda la tortuosidad trazada por la astucia y por la violencia»³. Matiza, sin embargo, que se trata sólo de una obligación del Estado vinculada a la idea del deber jurídico fundado en la razón y no de un deber moral que tengan las personas.

Dos años después, en *La metafísica de las costumbres*, publicado en 1797, Kant es más claro al explicar el carácter racionalmente inexorable del castigo y la posibilidad sólo extraordinaria del perdón: «Por consiguiente, todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han

³ KANT, [1795] 1994, Apéndice I, p. 93.

ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas a priori... Pero si el número de cómplices de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más y, sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior (no quisiera ante todo embotar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero), entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo, como es la deportación; pero esto no lo haría por medio de una ley pública, sino por un acto de autoridad, es decir, por un acto del derecho de majestad, que, como gracia, sólo puede ejercerse en casos aislados»⁴.

Sabido es que, en el ámbito jurídico, un año antes de aquella primera afirmación de Kant, Cesare de Beccaria se había pronunciado ya contra la institución del perdón: «A medida que las penas son más dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡Dichosa aquella Nación en que fuesen funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un Soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debería ser excluida en una perfecta Legislación, donde las penas fuesen suaves, y el método de juzgar arreglado y corriente»⁵.

Entre nosotros, un siglo después, Luis Silvela mantenía firmemente el mismo principio sobre el castigo y, con tanta prudencia como dificultad, trataba de justificar el perdón: «Pues bien: la primera manifestación de este pensamiento que une y enlaza la injusticia con el medio de repararla, es la de que la Pena debe acompañar siempre al Delito y como nacer del mismo, esto es, que debe ser moralmente *ineludible*... El indulto concedido de un modo arbitrario; la amnistía que puede dictarse aun antes de dictarse sentencia condenatoria; la declaración que contienen la mayor parte de las Constituciones políticas de irresponsabilidad del Jefe del Estado o de los representantes del poder legislativo por sus actos como tales... niegan la cualidad de ineludible que debe resplandecer en todo castigo justo, y que es el único medio verdaderamente eficaz de prevenir futuros ataques»⁶. Señala Silvela que ese carácter ineludible cede sólo cuando el que debe sufrir la pena «carece de las condi-

⁴ KANT, [1797] 2005, p. 235.

⁵ BECCARIA, [1774] 1993, p. 250.

⁶ SILVELA, 1874, pp. 388-389.

ciones para recibirla», como en caso de locura, o bien cuando ha restablecido el orden totalmente «sin auxilio del poder judicial», como el que restituye espontáneamente lo robado y repara los daños inferidos⁷ y concluye: «El Estado, pues, no tiene –según en otro lugar decíamos– derecho de penar, considerando como facultad arbitraria el imponer castigo o conceder indulto, sino que está moralmente obligado a lo primero para cumplir a todos su Derecho, incluso al mismo reo»⁸.

Pero Silvela, tras rechazar categóricamente las inmunidades, el indulto y la amnistía, abre, como Kant, una ventana al perdón: «Pero tales medidas –dice– que en sí mismas son la negación de la necesidad moral que la ley entraña, pueden quedar completamente justificadas por las condiciones históricas en que se hallen colocados los pueblos, esto es, dentro de la Ciencia filosófico-histórica o la Política»⁹.

III. AMNISTÍA E INDULTO: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

La prerrogativa de gracia, que el artículo 62 de la Constitución Española atribuye al Rey, es una antigua institución, que generalmente se había considerado admitía dos formas: el indulto y la amnistía.

En ambas formas la muy antigua prerrogativa de gracia, cuyo nombre acompañó mucho tiempo al de justicia para dar nombre a un departamento del gobierno, consiste en una facultad del Jefe del Estado y/o de su Gobierno con tres destacadas propiedades: es totalmente discrecional, es favorable para sus afortunados destinatarios y no es directamente desfavorable para nadie. Creo que estas tres condiciones son, en principio, comunes a ambas formas de la prerrogativa de gracia. La distinción entre una y otra –indulto y amnistía– podría reducirse a dos características: (1) Su destinatario: el indulto tiene uno o varios destinatarios concretos mientras que la amnistía tiene un destinatario abstracto, definido con mayor o menor generalidad; (2) Su autor: el indulto es competencia del poder ejecutivo mientras que la amnistía es competencia del poder legislativo. Con este criterio, Jiménez de Asúa, citando a Silvela, sostiene que la amnistía es «el olvido del delito... es la derogación parcial y transitoria de las leyes respecto a determinados delitos.» El indulto –añade– es «la remisión de toda pena, o de parte de ella,

⁷ *Ibídem*, p. 390.

⁸ *Ibídem*, p. 423.

⁹ *Ibídem*, p. 423.

impuesta por sentencia firme, o su conmutación por otra más leve, concedida por el Poder ejecutivo al reo que se halla cumpliéndola o a disposición del Tribunal para cumplirla»¹⁰.

Desafortunadamente ninguna de estas dos características está avalada por la experiencia ya que encontramos, en nuestra historia moderna, tanto indultos generales como amnistías acordadas por el Poder ejecutivo junto a una constante ambigüedad terminológica¹¹. Un cuadro nos permitirá comprobar, con brevedad, el número de indultos generales y de amnistías concedidos en nuestro país en los siglos XIX y XX¹². Obvio es decir que, al margen de su denominación originaria, he ordenado estos ejercicios de la prerrogativa en función exclusiva de quién fuera su autor, es decir: en la columna de indultos incluyo a los acordados por el Rey o por el Gobierno, aun cuando su propio texto los considere amnistías, y en la columna de amnistías incluyo sólo a los acordados por el Poder legislativo. Esta retrospección no hace sino poner de relieve la ausencia de una diferenciación clara en nuestra más o menos reciente historia.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1924, p. 292.

¹¹ Como señala Juan Luis Requejo, «[e]n medio de semejante profusión de términos se hace ciertamente difícil indagar en el contenido de la institución... En términos generales y demasiado simplificados, pero suficientes a los solos fines de sentar ahora algunas bases, puede decirse que, así como la amnistía supone el *olvido* de la comisión de un ilícito, el indulto garantiza su recuerdo y sólo se traduce en la excusa –en principio, graciosa y no debida– de la penitencia, que de este modo resulta ser merecida pero perdonada» (REQUEJO, 2001, p. 82-83),

¹² Me han servido de ayuda dos excelentes trabajos que, sin pretenderlo, se complementan perfectamente: el de REQUEJO, 2001, que estudia las previsiones de la prerrogativa de gracia en las diferentes constituciones y sus respectivas discusiones parlamentarias, cuando las hubo; y el de ESCRIBANO, 2023, y previamente en 2022, que estudia sus aplicaciones mediante leyes o decretos.

Constitución	Indultos generales (12)	Amnistías (18)
1812 Artículo 171.13 Compete al Rey indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes	Real Decreto 15 octubre 1832. Concede «la amnistía más general». Ampliado por Real Decreto 22 marzo 1833	
1834 Artículo 47.3 Idéntico a 1812	Real Decreto 30 noviembre 1840	Ley 19 julio 1837
1845 Artículo 45.3 Idéntico pero Artículo 9 El Rey necesitará estar autorizado por una ley especial para conceder indultos generales y amnistías	Real Decreto 17 octubre 1846 («amnistía») Real Decreto 7 noviembre 1854 («amplia amnistía») Real Decreto 19 octubre 1856 («amnistía») Real Decreto 1 mayo 1860 («amnistía general y completa»)	
1869 Artículos 73.6 y 74.5 Idéntico a 1845	Decreto 8 agosto 1870 («absoluta y general amnistía») Decreto 30 agosto 1871	Ley 1 mayo 1869 Ley 31 julio 1871 (delega en el Gobierno)
1876 Artículo 54 Idéntico a 1812	Decreto 14 enero 1875 («indulto general-amnistía») Decreto 14 abril 1931 («amnistía»)	Ley 15 febrero 1873 Ley 10 marzo 1890 Ley 31 diciembre 1906 Ley 23 abril 1909 Ley 5 diciembre 1914 Ley 23 diciembre 1916 Ley 8 mayo 1918 Real Decreto-Ley 5 febrero 1930
1931 Artículo 102. Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad, podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable		Ley 24 abril 1934 Decreto-Ley 21 febrero 1936
Dictadura	Decreto de la Junta Nacional de Defensa 13 septiembre 1936 (no dice «amnistía» pero no es indulto)	Ley 23 septiembre 1939 Ley 21 enero 1939 (menciona como «amnistía» el perdón de responsabilidad por tenencia de moneda extranjera de la Ley 24 noviembre 1938)
(Período de Transición)		Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía. Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía)
1978 Artículo 62. i) Corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales		Ley Orgánica 2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña

Dos conclusiones cabe extraer de este cuadro: la primera es que, en nuestra reciente historia, no encontramos una distinción clara entre indulto y amnistía; la segunda –y tengo interés en subrayarla ahora para recordarla después– es que las constituciones que cabe denominar liberales o progresistas (las de 1845, 1869, 1931 y 1978) o bien introducen la distinción explícita entre indulto y amnistía para limitar la prerrogativa de gracia exigiendo que, sin perjuicio del indulto particular, una ley especial autorice al Rey para conceder amnistías o indultos generales (1845 y 1869), o bien atribuyendo al Parlamento la competencia para acordar amnistías, al Tribunal Supremo la competencia para conceder indultos particulares, y prohibiendo los indultos generales (1931) o, finalmente, prohibiendo los indultos generales sin mencionar las amnistías (1978).

Otras tres conclusiones resultan plausibles, aunque no sean indiscutibles. La primera es que el indulto, como forma de la antigua prerrogativa de gracia, es hoy un perdón individualizado en una o varias personas determinadas a las que se perdona, en todo o en parte, la pena que les ha correspondido o pudiera corresponderles, mientras que la amnistía es la derogación total y retroactiva de uno o varios tipos penales durante un tiempo determinado excusando genéricamente a quienes hubiesen cometido tales delitos. No cabe, sin embargo, incluir en la definición –como hacía Jiménez de Asúa– el requisito de que el indulto requiere la previa condena ya que la vigente ley de indulto, incluso a pesar de las leves reformas de 1927, 1988 y 2015, sigue estableciendo en su artículo 3 ciertas excepciones precisamente para los delitos que solían denominarse «políticos». La segunda tiene –creo– más interés. Parece que el indulto es una medida de gracia motivada por la conducta del indultado y que, por ello, su justificación es siempre algún mérito, activo o pasivo, de la persona o personas a quienes se concede, mientras que la amnistía es una medida de gracia motivada por la necesidad o la conveniencia de la autoridad que la acuerda y que, por ello, su justificación es siempre algún interés de esa autoridad o de los objetivos políticos o sociales que ella se propone alcanzar. Y, por fin, la tercera es que tanto el indulto como la amnistía son potestades discrecionales que tienen difícil encaje en los principios propios del Estado de Derecho y cuya mejor –o menos mala– regulación, bajo este punto de vista, es la que hizo la Constitución de 1931: atribuir la amnistía al Parlamento, prohibir los indultos generales, y atribuir el indulto particular al Poder judicial, con una vaga excepción.

Admitiendo estas diferencias y estas conclusiones resulta que, aun con cierta incomodidad, la amnistía encuentra un mejor –o menos malo– acomodo que el indulto en el Estado de Derecho y eso, sobre cualquier otro argumento, precisamente porque es competencia del poder legislativo y no es lo mismo, en

un sistema democrático, justificar la potestad del poder legislativo para suspender, con carácter retroactivo y vigencia temporal, los efectos de la ley, que justificar la potestad del poder ejecutivo para dejar sin efecto, total o parcialmente, los efectos de una sentencia pronunciada por el poder judicial en aplicación de la ley.

Esta ventaja no obsta para que, en tiempos más recientes, hayan encontrado una amplia reacción crítica las denominadas «auto-amnistías». Se trata –como es sabido– de amnistías en que una mayoría parlamentaria concede la gracia a sus propios seguidores, sin consenso con quienes fueron víctimas de sus delitos. Casos típicos bien conocidos se han producido en años no muy lejanos en Chile (Decreto Ley 2.191, de 18 de abril de 1978), Argentina (Ley 22.924 de Pacificación Nacional, de 22 de septiembre de 1983, vulgarmente llamada ley de auto-amnistía) y Perú (Ley 26.479, de 14 de junio de 1995). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Chile, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Perú, se pronunciaron en contra de estas auto-amnistías como infracciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También nosotros contamos con algunos ejemplos de auto-amnistía: así califica Daniel Escribano a la Ley de 19 de julio de 1837 y a la Ley de 10 de marzo de 1890, y yo añadiría, sin dudarlo, el Decreto-Ley del gobierno del Frente Popular de 21 de febrero de 1936 y, en el otro lado, el Decreto de la Junta Nacional de Defensa de 13 de septiembre de 1936 y la Ley de 23 de septiembre de 1939.

Todo ello no obstante, el perdón, en cualquiera de estas formas, resulta –en mi opinión– de incómoda ubicación en un Estado de Derecho. Las justificaciones que pueden ofrecerse para el indulto son, si no me equivoco, ocho: (1) la tradición, (2) la clemencia I (el reo puede ser perdonado porque quien puede castigar puede perdonar), (3) la equidad (el reo no merece el castigo porque el legislador se ha equivocado), (4) el error (el reo no merece el castigo porque el juzgador se ha equivocado), (5) la clemencia II (el reo merece el perdón por su propia conducta contextual con su delito), (6) el premio (el reo merece el perdón por su comportamiento pos-delictual), (7) el mal menor (o la utilidad particular) y (8) el bien común (o la utilidad general). De estos ocho argumentos –de los que me ocupé con más detalle en el trabajo que al principio cité y al que ahora me remito–¹³ sólo tres, el de la tradición, el de la clemencia I y el del bien común, serían aplicables a la amnistía tal y como hoy la enten-

¹³ HIERRO, 2019, pp. 1-61. En aquel libro se incluyen otros dos trabajos que discuten también las razones que pueden avalar la institución de la gracia: el de RUIZ MIGUEL (pp. 89-209) y el de MOLINA (pp. 251-332).

demos. No lo sería el de la equidad puesto que ésta exigiría simplemente una reforma abstracta y general de la ley penal con su correlativo efecto retroactivo, mientras que la amnistía la entendemos hoy como una derogación retroactiva, pero concreta y temporal, de la ley penal.

IV. ARGUMENTOS SOBRE LA AMNISTÍA

No voy a referirme a todos los argumentos que se han debatido en nuestro país, con enorme amplitud académica, política y mediática, con motivo de la desafortunada Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Una gran parte de la discusión se ha centrado en su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Parece ser que una nutrida cantidad de políticos y académicos salió pronto en defensa de su viabilidad constitucional lo que dio lugar a una amplia y muy autorizada respuesta en un libro, dirigido por los profesores Manuel Aragón, Enrique Gimbernat y Agustín Ruiz, en la que participaron más de sesenta autores¹⁴.

Se manejaron multitud de argumentos y una buena parte de ellos se convirtieron en los motivos por los que más de cincuenta diputados y más de cincuenta senadores del Partido Popular interpusieron recurso de inconstitucionalidad. La propia Sentencia 137/2025, de 26 de junio, que resolvió el recurso, resume en su encabezamiento los motivos del recurso en estos términos: «Estado democrático de Derecho, interdicción de la arbitrariedad y separación de poderes, reserva de jurisdicción y obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes; procedimiento legislativo; principio de igualdad, derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal: inexistencia de una prohibición constitucional de conceder amnistías; inconstitucionalidad parcial de la delimitación del ámbito objetivo y temporal de la ley; interpretación conforme con la Constitución de los preceptos relativos a la extinción de procedimientos de depuración de responsabilidades contables».

La Sentencia desestimó el recurso salvo los artículos 1.1 y 1.3 (párrafo segundo), a los que declaró inconstitucionales y estableció la interpretación constitucional de los apartados 2 y 3 del artículo 13. No es mi intención comentar la sentencia sino discutir sólo aquellos argumentos que, en abstracto, se oponen a la constitucionalidad, no sólo de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, sino de cualquier imaginable ley de amnistía.

¹⁴ ARAGÓN, GIMBERNAT, RUIZ, 2024. Entre los muchos trabajos defensores de su inconstitucionalidad destaca, en mi opinión y aunque no comparta sus conclusiones, el excelente estudio de PAZ ARES, 2024.

1. Argumentos contra la amnistía

Creo que los argumentos contrarios a cualquier posible ley de amnistía en nuestro país son cuatro y los cuatro son de carácter jurídico: el argumento de la falta de referencia explícita en la Constitución; el argumento de la prohibición constitucional de los indultos generales; el argumento de la desigualdad y el argumento de la división de poderes.

El informe de los letrados del Senado, invocando una amplia doctrina—citando explícitamente el libro de los más de sesenta prestigiosos juristas al que he hecho antes referencia— sostiene que «el Parlamento se encuentra sometido a una Constitución rígida (artículo 9.1) y solo puede legislar sobre aquellas materias para las cuales cuente con una remisión clara y expresa desde la propia Constitución»¹⁵. Sorprende semejante afirmación pues resulta obvio que el poder legislativo encuentra en nuestra Constitución, como es habitual en las constituciones modernas, límites explícitos y objetivos explícitos, pero no queda sometido a una delegación expresa y exhaustiva de competencias. Es fácil, casi ridículo, enunciar la cantidad de materias sobre las que se aprueban leyes que no cuentan con «una remisión clara y expresa desde la propia Constitución». No ha tenido que esforzarse mucho la Sentencia del Tribunal Constitucional para dejar claro que «[e]l silencio constitucional, por sí solo, no equivale a la prohibición de una institución. Tal consecuencia solo es posible en los supuestos en los que dicha institución sea incompatible con la propia Constitución. Si no concurre esta circunstancia será el legislador el que, con la libertad de configuración que le es propia, la incorpore a nuestro ordenamiento jurídico y acometa su regulación sin más límites que los que se derivan de la norma fundamental. De otro modo, se estaría privando a la mayoría parlamentaria de opciones legislativas que no le han sido sustraídas por decisión del constituyente, lo que conllevaría, como se acaba de señalar, la infracción del principio democrático, eje vertebrador de nuestro sistema constitucional. En definitiva, como ya se ha expuesto, el legislador no precisa una habilitación expresa de la Constitución para poder ejercer la potestad legislativa.» (Fundamento 3.2.2)

El informe de los letrados añade a esta fundamentación sistemática una curiosa fundamentación histórica; citando las Constituciones de 1845, de 1869 y de 1931, afirma: «Todas ellas fueron constituciones progresistas y todas ellas asumieron que para considerar la amnistía como potestad había que contar con una mención expresa en la Constitución... No puede quedar más claro que el

¹⁵ ILS, p. 22.

antecedente del constitucionalismo histórico español es que, cuando se quiere permitir la concesión tanto de amnistías como de indultos, ambos se citan expresamente, y no solo uno»¹⁶. Es curiosa esta lectura cuando más bien parece indudable que las constituciones progresistas no trataban de atribuir una nueva competencia para conceder indultos generales o amnistías al poder legislativo sino de sustraer al poder del Rey una vieja competencia para conceder indultos generales o amnistías.

Otro argumento muy extendido, también motivo del recurso y recogido insistentemente en algunos de los votos particulares, afirma que si la Constitución prohíbe los indultos generales, como así hace, prohíbe implícitamente las amnistías ya que «quien no puede lo menos, no puede lo más». Tampoco la Sentencia ha tenido que esforzarse para señalar que este argumento «no hace sino convertir el argumento relativo a los indultos generales en exactamente el mismo argumento de la falta de habilitación constitucional.» Como la Sentencia afirma, «al tratarse de instituciones diferentes, la inconstitucionalidad de una ley de amnistía no puede fundamentarse en la prohibición de los indultos generales que contiene el artículo 62 i) CE. Ha de señalarse que la conclusión anterior no quedaría desvirtuada aunque se considerase que tanto la amnistía como el indulto son especies del género “derecho de gracia”, como sostiene algún sector doctrinal... lo determinante a estos efectos es que, más allá de que las dos instituciones puedan tener puntos en común (el hecho de que en ambos supuestos la consecuencia punitiva impuesta por el ilícito cometido se suprime o, en su caso, se reduce), el régimen jurídico que las define y, como consecuencia de ello, sus efectos jurídicos son muy distintos: los indultos, como institución jurídica, se caracterizan porque su otorgamiento conlleva la extinción total o parcial de una pena ya impuesta. Además, tal y como los define la Constitución, son actos del jefe del Estado, sujetos a refrendo del Poder Ejecutivo, que han de ejercerse conforme a la ley [arts. 62 i) y 64 CE] –esto es, cumpliendo los requisitos que la ley que regula el ejercicio de esta potestad establece– y, como esta decisión es un acto del Gobierno, puede ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 106 CE)» (Fundamento 3.2.1). No hay, en efecto, ninguna contradicción en afirmar que aquello que la Constitución prohíbe al poder ejecutivo no por ello le está prohibido al poder legislativo.

Aunque enarbolado como argumento relevante por la oposición política, no deja de resultar llamativo el argumento de la desigualdad. Obvio es decir que las leyes establecen constantemente desigualdades pero sólo quebrantan el

¹⁶ ILS, p. 20.

principio constitucional de igualdad –establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución– si el tratamiento desigual es arbitrario o si incurren en discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La igualdad no impide tratamientos desiguales que satisfagan cuatro requisitos: (1) Objetividad: un tratamiento desigual debe corresponder a una situación fáctica diferente. El tratamiento desigual no puede responder exclusivamente a características del sujeto sino a circunstancias u ocasiones en que el sujeto se encuentra o a relaciones entre características y situaciones. (2) Finalidad: un tratamiento desigual tiene que perseguir una finalidad razonable. La mera objetividad no garantiza por sí sola la razonabilidad. (3) Adecuación: un tratamiento desigual tiene que ser adecuado a la finalidad pretendida. Y (4) Proporcionalidad: un tratamiento desigual tiene que mantener una proporción entre el tratamiento desigual y la finalidad¹⁷.

Con razón el Informe de la Comisión de Venecia incluye entre sus conclusiones que «por definición, las amnistías conceden beneficios jurídicos especiales a un determinado grupo de personas que reúnen los requisitos establecidos por la ley, introduciendo así una diferencia de trato respecto de personas que, habiendo cometido los mismos actos pero en diferentes contextos, por diferentes razones o en diferentes momentos, no se benefician de la amnistía y, por tanto, siguen siendo objeto de procedimientos y sanciones penales. Para evitar la arbitrariedad, debe haber coherencia en la determinación de los actos cubiertos por la amnistía, que deben estar vinculados por un vínculo intrínseco»¹⁸. De modo que tampoco le ha costado un gran esfuerzo a la Sentencia desestimar este motivo (Fundamento 8).

No menos sorpresa produce el argumento de que una ley de amnistía quiebra el principio constitucional de división de poderes. Más lo hace, si lo hace, el indulto particular acordado en nombre del Rey por el poder ejecutivo, que normalmente deja sin efecto total o parcial la ejecución de una decisión judicial; y, curiosamente, esto nadie lo ha puesto en duda. Pero afirmar que una ley orgánica, por más singular que sea, interfiere en la independencia del poder judicial resulta simplemente absurdo. Todas las leyes afectan a la independencia judicial que consiste precisamente en la independencia de cualquier otra institución salvo del poder legislativo cuando éste se expresa en la ley, a cuyo único imperio están precisamente sometidos los jueces y tribunales. Se añade a ello que la Ley atribuye expresamente a los órganos judiciales la aplicación de la amnistía (artículos 9 y 11).

¹⁷ He desarrollado estas ideas en HIERRO, 2016, pp. 167-184.

¹⁸ ICV, p. 26.

En un breve artículo publicado en el diario *La Razón*, Francesc Carreras argumentó que, si bien la ausencia de mención explícita no implica la inconstitucionalidad de la amnistía, sí se deriva ésta del artículo 117.3 de la Constitución que atribuye exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, por lo que la amnistía «invade las competencias reservadas a los jueces». Si aceptamos este argumento incurrimos en una reducción al absurdo. Puesto que la Constitución prohíbe explícitamente los indultos generales y –según este argumento– las amnistías, obvio es añadir que también prohibiría los indultos particulares mediante los cuales el poder ejecutivo interfiere igualmente en la potestad jurisdiccional. Si ello es así, entonces la prerrogativa de gracia a que se refiere el artículo 62 de la propia Constitución queda vacía de contenido.

Creo, pues, que ninguno de estos cuatro argumentos jurídicos contra la constitucionalidad de una ley de amnistía en nuestro sistema jurídico hubiera debido prosperar y no me ha sorprendido comprobar que así ha ocurrido en la Sentencia sobre la Ley Orgánica 1/2024.

2. Argumentos a favor de la amnistía

Decía antes que los argumentos a favor de la amnistía no son tanto jurídicos como políticos. Y así lo entendía Silvela. Se trata de la necesidad y de la conveniencia.

La necesidad es, sin duda alguna, la justificación más frecuente de una medida tan excepcional como una amnistía. Se trata siempre de una necesidad política, la de poner fin a un conflicto civil, hacer borrón y cuenta nueva procurando una reconciliación de las partes en conflicto. El cuadro que antes he presentado es un buen y abundante reflejo de las veces que, en los dos últimos siglos, se ha sentido esa necesidad, aunque ese sentimiento no haya sido siempre compartido. Dos casos –el Decreto-Ley 21 febrero 1936 y la Ley 23 septiembre 1939– son ejemplos, aunque no los únicos, de amnistías radicalmente partidarias. La Ley 46/1977, de 15 de octubre, sería el más claro ejemplo de amnistía consensuada y compartida política y socialmente.

La Ley que actualmente nos ha preocupado ha tratado también de justificarse por su necesidad. Su preámbulo afirma, con razón, que cualquier amnistía «persigue la consecución de una interés general, como puede ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados» lo que, en nuestro caso, ha de conseguirse «devolviendo al debate parlamentario las divisiones que siguen tensando las costuras de la sociedad, mediante una renuncia

al ejercicio del *ius puniendi* por razones de utilidad social que se fundamenta en la consecución de un interés superior: la convivencia democrática.» Se ha dicho públicamente, por voz muy significativa, que la amnistía era necesaria y que proponerla era «hacer de la necesidad virtud». Lo cierto es, sin embargo, que antes del domingo 23 de Julio de 2023 nadie, ni en el Gobierno ni en la oposición, había constatado semejante necesidad. Incluso, como es notorio, se había negado no sólo su conveniencia, sino su misma posibilidad.

La sinrazón aquí es clara: la necesidad-virtud se reduce a que los escaños de cierto grupo político se sumen para permitir formar gobierno a un partido que sólo puede hacerlo contando con ellos. Una multitud de ciudadanas y ciudadanos, entre los que me incluyo, consideran que el preámbulo de la ley es sencillamente falso. Una gran y solemne mentira.

Cabe, no obstante, negar la necesidad pero afirmar la conveniencia. El propio título de la Ley define su objeto como «la normalización institucional, política y social en Cataluña». Sin duda podría ser conveniente, aunque no fuera necesaria. El problema ahora es, de nuevo, que casi nadie puede creer que este sea el motivo auténtico de esta Ley, es decir que esta conveniencia para el bien público se haya descubierto casualmente al celebrarse las elecciones. No me extenderé en esta crítica que me parece obvia. Lo interesante –creo– es que hay una conveniencia que es auténtica y no falsa, aunque el texto de la Ley la oculte. Es la conveniencia de que, a la vista del resultado electoral, pudiera evitarse la formación de un gobierno minoritario de la derecha que necesitase el apoyo de la extrema derecha, y que ello sólo pudiera conseguirse reuniendo los apoyos necesarios para reconstituir el gobierno de coalición, autodenominado «progresista», y que, para reunir los apoyos necesarios, alguno de los partidos afectados exigiese la amnistía. Uno puede no estar de acuerdo con esa decisión política –como es mi caso– pero no puede negar que, de acuerdo con las reglas del juego, es una opción posible. La amnistía es una condición quizás no necesaria pero sí conveniente para formar ese preciso gobierno de acuerdo con los resultados electorales.

En este sentido, la Sentencia 137/2025, de 26 de junio, argumenta –en mi opinión razonablemente– que «como se viene reiterando en la presente resolución, no corresponde a este tribunal –ni es cuestión que pertenezca al ámbito de lo jurídico– determinar si el juicio de oportunidad política que lleva al legislador a renunciar al ejercicio de su *ius puniendi* para favorecer la reconciliación en Cataluña es acertado o erróneo o si dará lugar a unas consecuencias realmente significativas o trascendentales para resolver o superar el conflicto subyacente. Efectuar tales pronósticos y tomar las decisio-

nes pertinentes, asumiendo los riesgos que procedan, pertenece al ámbito de la política. Nuestra tarea se circunscribe a efectuar un escrutinio de razonabilidad, puramente externo, desde el cual puede concluirse que la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado puede considerarse abstractamente idónea para eliminar o atenuar la tensión política, social e institucional.» (Fundamento 8.3.3)

Obvio es decir, para terminar, que el poder legislativo –a pesar de la ingenua convicción de Juan Jacobo Rousseau de que la voluntad general nunca se equivocaba– puede, respetando las reglas de la decisión mayoritaria, incurrir en lo que podría denominarse un fraude de la ley constitucional o en una desviación de poder, y que, cuando así ocurre, las reglas del juego democrático no apuntan a la decisión de un tribunal que, salvo si se trata de una clara inconstitucionalidad, con una simple decisión mayoritaria intervenga activamente en el debate político. Ese activismo constitucional de triste recuerdo en sentencias históricas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos –Dred Scott v. Sandford en 1857, Lochner v. New York en 1905 o Roe v. Wade en 1973– es una suplantación «contra-mayoritaria» de una decisión que sólo pueden tomar legítimamente los electores.

Detesto la Ley Orgánica 1/2024, y no es la única ley que detesto, pero creo que la única respuesta legítima contra ella es la respuesta que, al cabo del tiempo, corresponde a las ciudadanas y los ciudadanos como electores.

V. CONCLUSIONES

1. Lo que no se debe pedir a un Tribunal Constitucional

En un artículo publicado en 1893 en la *Harvard Law Review*, James Bradley Thayer había formulado muy contundentemente una regla de autocontención para los «los tribunales que enjuician los actos legislativos». La regla, en resumen, dice que los jueces no deben aplicar «meramente su propio juicio sobre la constitucionalidad, sino su conclusión acerca de qué juicio es permisible que haga otro poder al que la Constitución ha investido con el deber de hacer» y concluía Thayer afirmando que «cualquier alternativa racional es por tanto constitucional»¹⁹. Con frecuencia se toma la regla de Thayer como el origen de una tradición que ha venido señalando la contradicción que el diseño de la democracia constitucional implica para el propio principio democrático

¹⁹ Thayer 1893, p. 144 (Utilizo la traducción de Pablo De Lora 1998, p. 248).

al atribuir a un órgano no democrático la decisión sobre qué cabe y qué no cabe dentro de la constitución. Ya muy entrado el siglo xx, Alexander M. Bickel publicó, en el año 1962, un libro titulado *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* en el que daba forma a la hoy denominada «objección contramayoritaria»²⁰.

Por ello, en mi opinión, la oposición no debiera haber presentado un recurso de inconstitucionalidad pues no se debe pedir al Tribunal Constitucional que invalide una ley porque su motivación formal es falsa y porque su motivación real es discutible, incluso aunque, en términos políticos, resulte inadmisibile. La oposición debería recordar que la interesadamente exagerada anormalidad institucional en Cataluña deriva de la cadena de errores que se cometieron en torno a la reforma de su Estatuto; el error del Partido Popular recurriendo el Estatuto, aprobado en 2005 por el Parlamento catalán, luego modificado por las Cortes Generales y finalmente ratificado por referéndum en Cataluña, y el error del Tribunal Constitucional rechazando cinco veces y por simple mayoría (seis a cuatro) el proyecto de sentencia interpretativa que elaboró la Magistrada Elisa Pérez Vera.

2. Amnistía e indulto en una sociedad democrática

Lo que resulta verdaderamente sorprendente es que en un Estado de Derecho actual se mantenga todavía vigente una asimetría absoluta entre la potestad de castigar y la potestad de perdonar. La de castigar se ha limitado mediante un complejo sistema de garantías que afecta a la configuración de los actos condenables, a su enjuiciamiento y a la ejecución de los castigos, mientras que la de perdonar permanece en el cómodo reino de la arbitrariedad. Claro es que la explicación de esta asimetría la tenía clara el mismísimo Juan Bodino, el primer gran teórico del estado absoluto: «Debido a que las penas son en sí odiosas y los premios favorables, los príncipes avisados han acostumbrado a remitir las penas a los magistrados y a reservar los premios para sí, a fin de conquistar el amor de los súbditos y huir de su malquerencia. Esta es la causa

²⁰ Esta doctrina es generalmente aplicada por el Tribunal Constitucional Español. Como ejemplo, cabe recordar la sentencia 108/1986, de 29 de julio, siendo ponente el profesor Ángel Latorre, que desestimó el recurso de Alianza Popular contra la Ley del Poder Judicial; y, refiriéndose al sistema de elección de los miembros judiciales del Consejo General del Poder Judicial, tras advertir de los peligros del sistema introducido por la llamada «enmienda Bandrés», dice: «... es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución.»

por la cual los juriconsultos y magistrados han tratado extensamente de las penas y muy poco de las recompensas»²¹.

Entonces, ¿Qué hacer?

Afirma Ruiz Miguel que «el derecho de gracia, nacido como ilimitado, necesita límites, y en su manifestación en el indulto, límites severos»²². El indulto está regulado por una Ley de 1870 que, en un siglo y medio de vigencia, no ha sufrido más que tres leves modificaciones²³. Nada impide modificar algo esta ley para regular con claridad esos límites severos, lo cual no exige mucho esfuerzo ya que nuestro sistema jurídico ha ido poco a poco invadiendo el ámbito discrecional, o arbitrario, del indulto para poner en manos de los jueces y tribunales la posibilidad de suspender la ejecución de las penas cortas privativas de libertad así como la de adelantar la libertad condicional.

De las ocho posibles razones para justificar el indulto, tres –la tradición, la autoridad y el error judicial– carecen de un fundamento razonable, las cinco restantes –la equidad, el mérito contextual, el premio, la utilidad particular y la utilidad general– permiten ser sustituidas por alternativas más acordes a un estado constitucional de derecho, de tal modo que el perdón, cuando procede, no se conceda «por gracia, sino por justicia, conforme a reglas inflexibles consignadas en la ley», utilizando las palabras de Concepción Arenal²⁴.

Propuse por ello, en el trabajo ya citado, lo que sería deseable de *lege ferenda*, a saber: (Primero) reconocer legalmente a los jueces y tribunales la posibilidad de suspender temporalmente la ejecución cuando la ley penal está pendiente de una reforma más beneficiosa; (Segundo) reconocer legalmente a los jueces y tribunales la potestad de perdonar o atenuar la condena por razones de conducta heroica contemporánea a la conducta infractora y tipificar como circunstancia atenuante la pena natural; (Tercero) mantener exclusivamente como beneficio penitenciario el acceso a la libertad condicional autorizado por el juez de vigilancia, en condiciones regladas que incluyan todas las conductas meritorias; (Cuarto) mantener exclusivamente con su regulación actual los supuestos de edad avanzada y enfermedad grave; y (Quinto) regular la potestad del Gobierno, con algún tipo de control, para acordar la excarcelación tanto en supuestos de estado de necesidad por razones materiales (hacina-

²¹ Bodino (1576), 1973, Libro V, capítulo IV.

²² Ruiz Miguel 2019, p. 202

²³ Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, Reformada por el Real decreto-ley 1526/1927, de 6 de septiembre, por la Ley 1/1988, de 14 de enero, y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

²⁴ ARENAL, 1896, pp. 17-18. Respecto a las alternativas, y para no extenderme más de lo que se me ha indicado por los editores de este homenaje al profesor Peñaranda, me remito al ya citado trabajo sobre el indulto, en el que desarrollo cuáles son estas alternativas (HIERRO, 2019, pp. 26-56).

mientos circunstanciales, incendios, etc.) como en los de exigencia coactiva de intercambio o liberación de penados.

Como allí mismo reconocí, la prerrogativa de gracia quedaría así prácticamente sin contenido. Puesto que el artículo 62 de la Constitución la mantiene y la remite a la ley, y puesto que no es descartable algún supuesto que las alternativas al indulto no hayan previsto, la Ley estableciendo Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto debiera modificarse para limitar la legitimidad para solicitar un indulto al propio reo y establecer las condiciones objetivas que pueden justificarlo, sea por su extraordinaria conducta meritoria o por una extraordinaria necesidad sobrevenida, exigiendo en todo caso el informe favorable del juzgado o tribunal sentenciador²⁵.

La amnistía, asumiendo la distinción conceptual que hoy parece generalmente admitida, sólo es potestad del legislador y, por ello, no parece aconsejable una ley orgánica que regule con carácter general las amnistías, pues cualquier ley orgánica que concediera una amnistía concreta podría hacerlo sin cumplir aquella, conforme al principio *lex specialis derogat legi generali*. Pero la reciente experiencia con la desafortunada Orgánica 1/2024, de 10 de junio, hace aconsejable pensar en una reforma que impida que una ocasión similar se repita. Ello sólo podría conseguirse introduciendo una enmienda en la Constitución que requiera –como reiteradamente sugiere el Informe de la Comisión de Venecia²⁶– una mayoría muy cualificada, que bien podría ser similar a la que el artículo 167 requiere para la reforma constitucional, pues sólo así quedaría garantizado que una amnistía, como medida de gracia que sólo se justifica por una extraordinaria necesidad o conveniencia del interés general, obedece a un consenso político general y no es el fruto de la necesidad o conveniencia de una pasajera mayoría legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN, Manuel; GIMBERNAT, Enrique y RUIZ, Agustín (directores): La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho, A Coruña, 2024.

²⁵ Algo similar a la acertada, aunque extraña, institución del indulto como beneficio penitenciario regulado por el artículo 206 del Reglamento Penitenciario; extraña –digo– porque exige bastantes requisitos (buena conducta, actividad laboral, participación en actividades reeducativas y su presencia en grado extraordinario, así como su persistencia durante dos años) para que la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, pueda solicitar al Juez de Vigilancia que, si así lo estima, formule una petición al Gobierno para que, graciosamente, conceda o no conceda el indulto. Y es extraño en el aspecto meramente procesal, ya que la vigente Ley de Indulto permite que soliciten el indulto los penados, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre sin tener que acreditar su representación y –hay que añadir– sin que el favorecido por la petición tenga que satisfacer ninguna de las condiciones que requiere el Reglamento Penitenciario.

²⁶ Informe de la Comisión de Venecia, pp. 13, 16 18, 28 y 29.

- ARENAL, Concepción: El derecho de gracia ante la justicia, Madrid, 1896.
- BECCARIA, Cesare de: Tratado de los delitos y de las penas, Madrid, 1993.
- BICKEL, Alexander M.: The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, New Haven, 1962.
- BODINO, Jean: Los seis libros de la república, Madrid, 1973.
- DE LORA, Pablo: La interpretación originalista de la Constitución, Madrid, 1998.
- ESCRIBANO, Daniel: *Amnistías en el Estado español (1832-1977) (I)*, en Conversación sobre la Historia, 23 de noviembre de 2023.
- HIERRO, Liborio L.: Los derechos humanos. Una concepción de la justicia, Madrid, 2016.
- *Sobre el indulto: razones y sinrazones*, en El indulto. Pasado, presente y futuro, Montevideo-Buenos Aires, 2019, pp. 1-61.
- Informe de la Comisión de Venecia (España). Opinión sobre los requisitos del Estado de Derecho para las amnistías, con referencia particular al proyecto de Ley Orgánica para la normalización institucional, política y social de Cataluña, Marzo de 2024.
- Informe de los Letrados del Senado sobre el Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley de Amnistía, Marzo de 2024.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: Derecho Penal, Madrid, 1924.
- KANT, Immanuel: Por la Paz perpetua, Madrid, 1994.
- La Metafísica de las Costumbres, Madrid, 2005.
- MOLINA, Fernando: *El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela*, en El indulto. Pasado, presente y futuro, Montevideo-Buenos Aires, 2019, pp. 251-332.
- (Coord.): El indulto. Pasado, presente y futuro, Montevideo-Buenos Aires, 2019.
- PAZ ARES, Cándido: Las falacias de la amnistía, Granada, 2024.
- REQUEJO, José Luis: *Amnistía e Indulto en el constitucionalismo histórico español*, Historia Constitucional (revista electrónica), núm. 2, 2001.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: *Gracia y Justicia: más allá del indulto*, en El indulto. Pasado, presente y futuro, Montevideo-Buenos Aires, 2019, pp. 89-209.
- SILVELA, Luis: El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, Madrid, 1874.
- THAYER, James B.: *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review VII, 1893, pp. 129-156.

11. PENAS EN CONCURSO Y SENTIDO PUNITIVO: LÍMITES JUSTIFICATIVOS DEL PRINCIPIO DE ACUMULACIÓN MATERIAL DESDE LAS TEORÍAS DE LA PENA

RUT LOPERA VIÑÉ*
Academic Visitor
Cambridge University

I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMÁTICO PRINCIPIO DE ACUMULACIÓN MATERIAL

Esta contribución quiere rendir homenaje al gran penalista –y a quien ha sido mi maestro– Enrique Peñaranda Ramos, enlazando algunos de los muchos temas que ha trabajado. Por un lado, su crítica a los automatismos en la determinación de la pena (piénsese en su lectura del artículo 65.3 CP en relación con la participación del *extraneus* en los delitos especiales)¹; por otro, su búsqueda de «una regulación más racional de la concurrencia delictiva que la que actualmente existe»², y por último, su aportación al estudio de las teorías de la pena –particularmente a través de su profundo conocimiento de las teorías de la prevención general positiva–³. El eje de unión será el principio de

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado «Más allá del delito: la importancia del quién, el cómo, el cuándo y el porqué en la imposición del castigo. Un estudio sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad» (referencia SI4/PJI/2024-00146) financiado por la Comunidad de Madrid dentro de los Proyectos de I+D para doctores emergentes de la Universidad Autónoma de Madrid 2024 (investigadores principales: Marina Mínguez Rosique y Leopoldo Puente Rodríguez).

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, *passim*.

² PEÑARANDA RAMOS, 2024a, p. 222.

³ PEÑARANDA RAMOS y BASSO, 2019, *passim*. PEÑARANDA RAMOS, Doxa, 2000 (Entre otros).

acumulación material previsto por nuestro Código Penal para el tratamiento punitivo del concurso de delitos⁴. En él está en juego la compatibilidad de la regla *quot delicta, tot poenae* (tantos delitos, tantas penas)⁵, con la propia justificación de la pena.

Como ha sostenido Peñaranda Ramos –siguiendo a Sanz Morán–, uno de los problemas fundamentales del sistema español de determinación de la pena en materia del concurso real de delitos es su severidad y arbitrariedad. En sus propios términos, el sistema propone la: «acumulación material o aritmética de todas las penas correspondientes a cada uno de los delitos concurrentes para su cumplimiento simultáneo o sucesivo cuando aquella simultaneidad no sea posible (arts. 73 y 75 CP), y luego limita únicamente las consecuencias más extremas que derivarían de ese criterio, estableciendo (en el art. 76) ciertos topes al “cumplimiento efectivo” de las penas que hubiesen de ser sucesivamente ejecutadas, no solo destaca, respecto de otros posibles modelos normativos, por su especial severidad, sino también por la forma sumamente arbitraria e incluso aleatoria con la que opera. A causa de ello ha sido objeto, con razón, de una crítica generalizada en la literatura especializada y también en la praxis jurídico-penal de nuestro país»⁶.

Una revisión crítica del principio de acumulación material exige formular previamente, como propone Cantard, algunas preguntas fundamentales. En particular, si existe una diferencia valorativa entre cometer un solo delito o cometer varios⁷, y si resulta relevante, desde el punto de vista del merecimiento de pena, cometer varios delitos mediante un único hecho o hacerlo a través de varios hechos independientes⁸. Cantard responde –y comparto su diagnóstico– a ambas cuestiones de modo afirmativo, lo que conectaría con la solución defendida por el propio Código Penal español⁹. Partiendo entonces de que existen casos más graves –los de multiplicidad delictiva y multiplicidad de

⁴ Debido al breve espacio en este trabajo me remito para una visión general sobre este tema a los trabajos de: Sanz Morán, 1986.; CARAMUTI, 2018; MARTÍNEZ ATIENZA, 2018; CARRANZA TAGLE, 2011; CUERDA REZU, 1992; ORTEGA MATESANZ, 2022.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 284. Sobre esta regla sostiene Peñaranda: «se parte aquí de que al responsable de dos o más delitos “se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas” (art. 73 CP) o, en otro caso, para su cumplimiento sucesivo (art. 75 CP); no obstante, tal acumulación se reduce, a su vez, si se cumple el criterio de “conexidad” (actualmente meramente “cronológica”) establecido en el artículo 76.2 CP, en virtud del principio de “acumulación jurídica”, pues operan entonces los límites máximos de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 CP.»

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, pp. 293 s. Sobre las críticas al sistema de acumulación en la jurisprudencia, con numerosas referencias: pp. 302 ss. Sobre esto: CANTARD, 2024, pp. 51 ss.

⁷ CANTARD, 2024 p. 58.

⁸ CANTARD, 2024, pp. 58 ss.

⁹ CANTARD, Indret, 2023, p. 522. Sobre las soluciones de nuestro Código: PEÑARANDA RAMOS, 2024a, p. 192.

hechos –se plantea entonces la cuestión de: ¿cuál debe ser la sanción para estos casos más graves?¹⁰. Frente a esa pluralidad, el Derecho penal ha oscilado entre dos grandes modelos: la solución plural, basada en el principio de diferenciación (*quot delicta, tot poenae*) y la solución unitaria, vinculada al principio de la pena unitaria¹¹.

Como destaca Peñaranda Ramos, la solución plural parte de una intuición aparentemente evidente: sería absurdo que el autor de varios delitos pudiera quedar en mejor situación que el autor de un solo delito, pues cometer varios delitos sería más favorecedor o restaría alguna de las penas¹². Los sistemas unitarios, en cambio, no niegan la mayor gravedad de la pluralidad delictiva; lo que ponen en cuestión es que esa mayor gravedad deba traducirse siempre en una suma aritmética de penas completas. Siguen distinguiendo entre delito único y pluralidad delictiva, pero lo hacen a través de la gradación de una pena unitaria, no mediante la yuxtaposición de penas independientes¹³. Por tanto, incluso admitiendo que la pluralidad delictiva es más grave, falta aclarar cómo debe traducirse en términos penales esa mayor gravedad; y la respuesta solo será convincente si puede explicarse desde el punto de vista de la justificación de la pena.

II. LAS TEORÍAS DE LA PENA Y LOS LÍMITES JUSTIFICATIVOS DEL PRINCIPIO DE ACUMULACIÓN MATERIAL

Cantard es escéptico respecto de la anterior afirmación, pues, en su opinión, no puede encontrarse en las teorías de la pena un criterio decisivo para sostener o rechazar el principio de acumulación material, en la medida en que cualquiera de ellas puede sostenerse tanto en favor de su mantenimiento como de su abandono. No obstante, en mi opinión, las teorías de la pena ofrecen más razones para cuestionar el principio de acumulación material que para respaldarlo.

En primer lugar, la retribución entendida como justicia no justifica sumar penas íntegras. Aunque la doctrina suele afirmar que el sistema de acumula-

¹⁰ CANTARD, Indret, 2023, p. 526.

¹¹ CANTARD, Indret, 2023, p. 523.

¹² PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 306, refiriéndose no a su propia tesis sino al argumento de González Rus. En contra de esta visión, el propio PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 349, sostiene: «la idea de que prescindir del criterio de acumulación conduciría a injustificados “descuentos” punitivos se basa en una comparación de las hipótesis concursales con otras que parecen a primera vista similares, pero que, en una consideración más atenta, no son en realidad parangonables con aquellas».

¹³ CANTARD, Indret, 2023, p. 523.

ción material se ajusta mejor a una teoría retributiva que a una preventiva¹⁴, sostener una teoría retributiva de la pena no obliga a imponer el castigo «en su totalidad» por cada uno de los delitos cometidos. Cuando se da por supuesto que la retribución exige acumulación material se está, en realidad, identificando el fundamento de la retribución con la idea de merecimiento, bien en términos de sufrimiento o venganza, o bien en términos de igualdad estricta (como ley del talión). Y, desde este prisma, la fórmula del *quot delicta, tot poenae* aparece como consecuencia lógica.

No obstante, si concebimos la retribución en términos de justicia —como una cuestión de distribución o proporción justa— la conclusión cambia. Esta es la idea que se refleja en muchas teorías retribucionistas contemporáneas¹⁵. Desde esa idea de justicia proporcional, no hay ninguna obligación interna a la lógica de una teoría retributiva que nos fuerce a mantener la acumulación material. Al contrario: puede suceder que la suma aritmética de penas produzca una respuesta total desproporcionada respecto del desvalor conjunto de la conducta. En tal caso, lo más retribucionista sería precisamente no acumular todo, sino ajustar la pena a la medida justa del conjunto. Esto es: una retribución pensada como justicia permite —y a veces exige— dejar atrás el reflejo condicionado de «tantos delitos, tantas penas íntegramente acumuladas».

En segundo lugar, la prevención racional (negativa o especial) tampoco justifica la acumulación. En términos de prevención general negativa podría pensarse que acumular penas tiene sentido: imponer un castigo mucho más severo a quien comete más delitos envía un mensaje de advertencia más contundente a la sociedad. Asimismo, en la prevención especial negativa, sumar penas aparta durante más tiempo al delincuente de la sociedad, reduciendo su peligro. En cuanto a la prevención especial positiva, los argumentos a favor o en contra de la acumulación material se mueven en el terreno conocido de la peligrosidad, la neutralización y los límites resocializadores. No obstante, al igual que hemos afirmado que una teoría retributiva correctamente entendida puede rechazar el principio de acumulación material, también puede hacerlo una teoría preventiva racional: por la eficacia limitada de la sobrepunición —o su posible inutilidad práctica—¹⁶.

¹⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, pp. 294 ss., sostiene que asocian este principio con la teoría retribucionista de la pena autores como Sanz Morán, Ortega Matesanz o Gonzalez Rus. Pero también el propio PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 347, se adhiere a esta posición: «el criterio de la acumulación material debe ser ante todo rechazado porque corresponde a una visión excesivamente rigorista de la pena, orientada unilateralmente a la expiación o a la retribución del mal causado».

¹⁵ Entre otras: SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 159 ss. y 295 ss.; MAÑALICH RAFFO, InDret, 2015, pp. 19, ss.; ALTMAN, 2021, p. 178; ALONSO ÁLAMO, 2019, p. 1299; ZAIBERT, 2018, p. 178.

¹⁶ Pues, como sostiene RAWLS, Philos. Rev., 1955, p. 4, es moralmente adecuado que la justicia se imponga de modo proporcional atendiendo a razones prácticas. Por su parte, PORTMORE, 2011, p. 232, integra el racionalismo moral. Sobre la eficacia del castigo proporcional: RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 289.

Hasta este punto, podríamos afirmar, con Cantard, que efectivamente desde cualquiera de las teorías clásicas de la pena es posible –al menos en abstracto– tanto rechazar como aceptar el principio de acumulación material –dependiendo de cómo se comprendan–, de modo que ninguna de ellas constituiría un criterio decisivo para resolver el problema. Sin embargo, la aceptación del principio de acumulación material parece poder respaldarse desde versiones simplificadas de las teorías tanto de la retribución como de la prevención. Si se formulan estas teorías en versiones lo suficientemente matizadas, sirven para el rechazo de este principio y no para su defensa. Ahora bien, donde esta insuficiencia se vuelve especialmente palpable es en el marco de las teorías simbólicas –prevención general positiva y teorías comunicativas–. Desde estos enfoques el principio de acumulación material no solo es difícil de justificar, sino que parece fundamentarse nociones opuestas. Desde las teorías de la prevención general positiva –en su vertiente normativista o funcionalista–¹⁷, la idea suele formularse así: se afirma que la acumulación material en estos casos correspondería a que cada norma lesionada, conlleva su correspondiente reacción normativa por la infracción a la vigencia de cada norma cuestionada¹⁸. Es decir, que se lesiona la vigencia de la norma por cada número de normas vulneradas (en la multiplicidad delictiva) o por cada número de vulneraciones de una misma norma (en la multiplicidad de hechos)¹⁹. En esencia, realizaríamos un Sumatorio cuyos sumandos serían el número de lesiones a la vigencia normativa y por cada lesión cabría una reacción punitiva autónoma.

El problema, a mi juicio, está en que al aplicar esta fórmula no se está teniendo en cuenta una idea: lesionar la vigencia de la norma presupone ya un cierto grado de oposición general al sistema que está ya previsto en el carácter afflictivo de cada pena. Por lo que, si se tiene en cuenta la lesividad a la vigencia n veces –por cada norma infringida–, no sólo estaríamos sumando reacciones punitivas sino también multiplicando n veces el grado de oposición general al sistema. Dicho de otro modo: en la imposición de cualquier pena hay un carácter afflictivo que se corresponde precisamente con la oposición al Derecho. A partir de ahí, el injusto específico determina cuánta pena merece el hecho en el contexto concreto. Independientemente, por lo tanto, de cuál sea el hecho cometido y su gravedad, ya habría en cada pena un carácter afflictivo asociado a la propia lógica del sistema.

¹⁷ Sobre estas teorías PEÑARANDA RAMOS y BASSO, 2019, pp. 176 ss. Asimismo PEÑARANDA RAMOS, Doxa, 2000, pp. 289 ss.

¹⁸ Sobre el concepto de vigencia PEÑARANDA RAMOS, Doxa, 2000, pp. 295 ss. También: PEÑARANDA RAMOS y BASSO, 2019, p. 175. PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ, 1998, pp. 15 ss.

¹⁹ Como sostiene PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 307, la posición de feijoo sanchez coincidiría con esta argumentación: «cada pena estabiliza por separado cada norma vulnerada. Tantas penas como delitos, aunque luego se establezcan máximos de cumplimiento».

En términos «jakobsianos», podría decirse que hay una «lesión general» al sistema y que dependiendo de la «lesión particular» (el injusto específico), se determina cuán importante era la susodicha norma o cuánto desestabiliza el sistema su vulneración. Sin embargo, esta posición (aunque defendible desde una teoría de la prevención general positiva) quizás no sea la más atractiva, pues gira únicamente en torno a la justificación de la pena desde el mantenimiento del propio sistema normativo sin considerar otras cuestiones relevantes²⁰, dándole preeminencia a la subsistencia del propio sistema.

También desde el marco de las teorías comunicativas se puede expresar la misma idea. En estas, la pena no se entiende como un simple «acto-consecuencia jurídica», sino que lleva asociado un segundo nivel de significado expresado comunicativamente²¹. Es decir, la pena nos dice algo y este algo podemos entenderlo como una unidad de sentido: una integración de significados tanto aflictivos, como preventivos, como normativos o valorativos²².

Desde esta perspectiva, la función de comunicación desvalorativa presente en la pena no debería multiplicarse en serie mediante el criterio de acumulación material. El principio de acumulación material nos conduce a multiplicar unidades de sentido completas como si estuviéramos siempre empezando de cero. Independientemente de que la respuesta penal deba adaptarse a la gravedad del conjunto, no tiene por qué repetir una y otra vez el mismo núcleo de sentido aflictivo general. Pretender que cada nuevo delito reactive desde cero todo el desvalor conduce a una multiplicación del sentido punitivo que no está justificada ni desde la retribución, ni desde la prevención, ni desde una teoría comunicativa de la pena.

III. LA PENA COMO UNIDAD DE SENTIDO Y EL QUIEBRE DE LOS CRITERIOS ARITMÉTICOS

Aunque se pueda entender que la culpabilidad cambia con los hechos, no se puede concluir que la culpabilidad implícita en la pena aumente en la misma medida, ya que existe una cierta punibilidad en la vulneración del Derecho que no depende tanto de la infracción del hecho concreto, sino de la propia racionalidad del sistema penal. Es decir que, aunque podamos afirmar que aumenta la culpabilidad por el hecho, no podemos entender que aumenta en la misma proporción la culpabilidad penal implícita en el injusto.

²⁰ Véase: PEÑARANDA RAMOS, Doxa, 2000, pp. 293 ss.

²¹ DUFF, 2005, pp. 331-357. PEÑARANDA RAMOS y BASSO, 2019, p. 176 s., las incluyen dentro de un tipo de prevención general positiva, especialmente las últimas versiones de la teoría de Jakobs.

²² En sentido similar al concepto de «*organic whole*» sostenido por ZAIBERT, 2016, pp. 135-155.

Por ejemplo, desde la teoría de la pena de Jakobs este núcleo constante de desvalor se formularía como vulneración de la vigencia de la norma; mientras que desde la teoría de la pena de Pawlik el desvalor estaría en el incumplimiento del deber del ciudadano. En todo caso ese desvalor –de fondo– ya estaría implícito en cada tipo penal: no es algo que se genere de nuevo con cada delito adicional. Cuando aplicamos la regla de acumulación material estaríamos muchas veces duplicando o triplicando ese desvalor estructural. Por lo que, si quisiéramos seguir pensando en términos aritméticos, habría que restar ese desvalor a cada tipo penal añadido y no sumarlo una y otra vez como si fuera siempre nuevo.

En el ámbito del concurso de leyes, Peñaranda Ramos lo expresa con claridad cuando afirma que: «las expresiones “concurso de leyes” y “unidad de ley” pueden atender cada una a un aspecto diferente del mismo fenómeno: las leyes concurren sobre el hecho (o hechos) en la medida en que se las conciba como formulaciones legales del mismo, pero forman una unidad en tanto se las considere como preceptos que determinan su contenido de desvalor»²³. No se trataría de actos «en que resulte excluida la pena» sino de actos «ya penados»²⁴. Es el conocido concepto de consunción, que como afirma Peñaranda –siguiendo a Mir Puig– se formula del modo siguiente: «un precepto desplaza la aplicación de los restantes cuando capta por sí solo de un modo exhaustivo el desvalor del comportamiento realizado»²⁵.

Si se toma en serio este punto de partida, la consecuencia natural sería que, en contextos de pluralidad de infracciones, habría que restar ese componente de desvalor general a cada tipo penal añadido, de modo que únicamente se tendría en cuenta la pena completa en el tipo penal más grave y las restantes aportasen sólo su parte incremental (cuando la hubiera).

Esta orientación se refuerza si se atiende a las exigencias de proporcionalidad cardinal tal y como las formula Basso. Lejos de exigir el agotamiento de los márgenes abstractos, la proporcionalidad cardinal se traduce en un principio de punición suficiente: la pena –también la concursal– debe situarse en niveles moderados, y cualquier desplazamiento hacia tramos más severos de la escala requiere una justificación reforzada. Leída así, la estructura del sistema de penas no autoriza a multiplicar indefinidamente el núcleo reactivo básico de la pena por la sola concurrencia de varios delitos, sino que obliga, precisamente, a preguntarse en qué punto la reacción global deviene ya suficiente. La noción de progresión decreciente en el incremento de la pena se deja expresar

²³ PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 185.

²⁴ PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 185.

²⁵ PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 186. PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 12, 18, 21.

con claridad en términos de proporcionalidad ordinal. Como subraya Basso, el contenido delictivo puede crecer aritméticamente –añadiéndose nuevas infracciones o nuevos hechos–, pero la reacción penal no puede seguir esa misma progresión lineal sin perder coherencia interna: la escala es limitada y, alcanzado cierto umbral, el desvalor adicional deja de traducirse en más pena. De ahí que cada «unidad» de castigo añadida represente, a medida que se asciende, porciones crecientemente mayores de injusto culpable, de manera que la penalidad se rezaga progresivamente respecto de la suma aritmética de las infracciones. Precisamente por eso, explica Basso, la concurrencia de un doble contenido de injusto culpable no debe conducir a duplicar la magnitud punitiva, del mismo modo que un homicidio múltiple exige una respuesta más grave que un homicidio simple, pero no «tantas veces» más grave como víctimas haya, si se quiere preservar la coherencia ordinal del sistema²⁶. Desde esta perspectiva, la acumulación material duplica o triplica el componente de desvalor «general» inherente a toda pena, desbordando sistemáticamente el estándar de suficiencia que se deriva de los límites al ius puniendi y de la propia configuración del sistema.

Una parte relevante de la discusión reciente sobre unidad de acción, de hecho y de delito refuerza esta crítica al automatismo aritmético. En esta línea, Maldonado Fuentes ha insistido en que el concurso debe entenderse como un problema de determinación de la pena y no como una cuestión ontológica sobre la unidad o la pluralidad de acción²⁷. Lo decisivo no sería cuántos fragmentos físico-naturales seamos capaces de recortar ni cuántas descripciones típicas se satisfacen por separado, sino qué respuesta punitiva global expresa de forma proporcionada el desvalor del conjunto. De ahí que pueda haber varios delitos sobre una sola acción en sentido natural, o un único delito articulado mediante múltiples movimientos externos, sin que ello diga nada aún sobre el sentido punitivo que pueda atribuirse al conjunto. La máxima «tantas acciones, tantos delitos, tantas penas» aparece de este modo como una regla contable, pero no como un criterio de justicia material. Desde este plano, el criterio de acumulación material resulta especialmente pobre: parte de la premisa de que la solución correcta consiste siempre en yuxtaponer íntegramente las penas abstractas de cada tipo, cuando precisamente lo

²⁶ BASSO, 2024, pp. 13 ss. Especialmente sobre la «consistencia valorativa interna del sistema» y la adecuada expresión de los «juicios de desvalor», pp. 17 ss.

²⁷ MALDONADO FUENTES, *Revista de derecho*, 2015, pp. 210 ss. Así, MALDONADO FUENTES, *Revista de derecho*, 2015, pp. 208 ss, sostiene que identificar la pluralidad de acciones con una pluralidad de delitos –y, por extensión, de penas– descansa en una premisa equivocada: el delito no se agota en la acción «naturalística», sino que consiste en una calificación normativa de comportamiento sobre un determinado sustrato fáctico.

exigible sería lo contrario, esto es, un juicio de conjunto en el que algunos componentes del desvalor se proyectan una sola vez, y otros solo en su dimensión incremental.

También Maurach, aunque situado en un plano distinto –el problema de la unidad de acción y el concurso de leyes–, sostiene un razonamiento similar cuando insiste en que: «la múltiple valoración de un objeto no multiplica dicho objeto. Así, una bofetada puede constituir, a la vez, una acción soportante del tipo de la injuria y de la lesión corporal, pero seguirá siendo una única bofetada²⁸». La diferencia es que, para él, lo que se multiplica (o no) es la acción, mientras que aquí lo que no debería multiplicarse es el sentido reactivo que contiene toda pena.

Algo parecido sucede en el terreno del artículo 65.3 CP. Como afirma Peñaranda Ramos, también allí el legislador rompe con el automatismo de trasladar íntegramente al *extraneus* todo el plus de desvalor asociado al estatus del autor especial. La posibilidad de imponerle una pena inferior en grado no nace de una teoría exótica sobre los delitos de infracción de deber, sino de una intuición de justicia proporcional: no todo lo que agrava la culpabilidad del *intraneus* puede extrapolarse sin más, en bloque, sobre quien sólo participa

²⁸ CARRANZA TAGLE, 2011, p. 155 ss. También, en el contexto del mismo debate, Carranza recoge la posición de Jakobs que sostiene la unidad de acción cuando la motivación es la misma. En esta misma dirección, resulta útil recordar la crítica de MALDONADO FUENTES, Revista chilena de derecho, 2020, pp. 733 ss., a la centralidad que la dogmática clásica ha atribuido a la distinción entre unidad y pluralidad de acción como eje estructural del sistema de concursos. Como muestra, identificar sin más la pluralidad de acciones con una pluralidad de delitos –y, en consecuencia, de penas– descansa en una premisa equivocada: el delito no se agota en la acción naturalística, sino que consiste en una calificación de comportamiento construida normativamente sobre un determinado sustrato fáctico. De ahí que pueda haber varios delitos sobre una sola «acción» en sentido natural, o un único delito articulado a través de múltiples movimientos externos, sin que ello diga todavía nada sobre el sentido punitivo que deba atribuirse al conjunto. Desde esta perspectiva, la idea de que «tantas acciones» implican «tantos delitos» y, por extensión, «tantas penas», revela su carácter meramente contable y no verdaderamente normativo. Si el número de delitos depende de cuántas descripciones típicas se satisfacen en un mismo supuesto –y no de cuántos fragmentos físico-naturales seamos capaces de recortar–, el paso posterior de traducir esa pluralidad de descripciones en una suma mecánica de penas vuelve a incurrir en el mismo error que Maldonado denuncia: sustituir el juicio de desvalor por un recuento casi geométrico de unidades de acción. Precisamente lo contrario de lo que exige una concepción de la pena como unidad de sentido, en la que el desvalor general de vulneración del orden jurídico no se «multiplica» cada vez desde cero, sino que sirve de base común sobre la que se añaden, cuando proceda, incrementos cualificados. Además, la propia reconstrucción de Maldonado del concurso como problema de determinación de la pena y no como problema ontológico de la acción refuerza la tesis defendida aquí. Si el concurso se define, en última instancia, por la necesidad de ofrecer una respuesta punitiva única frente a varios delitos juzgados conjuntamente, entonces el centro de gravedad ya no está en contar acciones o hechos, sino en decidir qué pena global expresa de forma proporcionada el desvalor del conjunto. En ese plano, la acumulación material se revela como una técnica particularmente pobre: presupone que la respuesta correcta consiste siempre en yuxtaponer íntegramente las penas abstractas de cada tipo, cuando lo exigible sería precisamente lo contrario: un juicio de conjunto sobre el sentido punitivo global, en el que algunos componentes del desvalor (los de carácter general o sistemático) se proyectan una sola vez y otros solo en su parte incremental.

«desde fuera» del mismo hecho²⁹. Si trasladamos este razonamiento al problema de la acumulación material, la imagen es la siguiente: cuando varios delitos confluyen, se ordenan diferentes niveles de sentido punitivo, algunos de los cuales son constantes y otros meramente incrementales.

IV. CONCLUSIONES: DEL CONCURSO DE DELITOS A LAS PENAS EN CONCURSO

Llegados a este punto, se puede comprender la razón del título. En el lenguaje clásico de los concursos solemos pensar así: primero se determina la pena de cada delito por separado y después se decide si se suman, se limitan... En todo caso varias penas existen como unidad cerrada y, en un segundo momento, se opera con ellas de modo similar a los cálculos algebraicos. En este sentido, el concurso de penas, como la acumulación material, depende de criterios aritméticos.

El título de este trabajo pretende jugar con el sentido etimológico del término concursos para cambiar este razonamiento. En latín *concursum* está formado por *con-* (junto) y *currere* (correr). Es decir: correr juntos, confluir, acudir al mismo punto. Concurso puede entenderse como coincidencia, cruce, interferencia de elementos en un mismo lugar. Aplicado a la pena, esto significa lo siguiente: en caso de concursos de delitos lo que se produce no es una pluralidad de penas yuxtapuestas, sino una concurrencia de sentidos punitivos.

Mientras el concurso de penas responde a un razonamiento aritmético, las penas en concurso responden a un razonamiento interpretativo o valorativo. El problema del concurso no consiste en decidir cómo sumar penas, sino en comprender cómo concurren —como se integran— sus sentidos.

En este punto se puede trazar un paralelismo con una de las aportaciones de los trabajos de Peñaranda Ramos: ni los principios clásicos de unidad y pluralidad, ni las categorías de delitos de dominio y de infracción de deber, ni siquiera los esquemas propios e impropios pueden funcionar como criterios mecanicistas. En palabras del autor, no se puede «atender exclusivamente a criterios o datos de índole naturalística. Pues, como oportunamente señalase Mir Puig, no es factible el establecimiento de una clara separación en el plano físico-natural de la sucesión de cambios y movimientos en que se traduce el comportamiento humano; y, aunque ello fuera posible, tampoco es el punto de vista de la Física con el que abordamos, ni en la vida diaria, ni en el ámbito del

²⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 21 ss.

Derecho, el recuento de nuestros actos y de los actos de los demás»³⁰. El artículo 65.3 es un ejemplo nítido de esta resistencia a los automatismos: obliga a pensar qué parte del desvalor es común y qué parte es personalísimo antes de decidir cuánto y cómo castigar³¹. Dicho de otra forma, comprender globalmente una pena requiere, como sostiene Peñaranda Ramos: «procurar una determinación de la pena adecuada al desvalor de los delitos concurrentes y a la responsabilidad en que en cada caso haya incurrido el sujeto a cometerlos»³². Esto es, se trata de encontrar una valoración holística –o fenomenológica– del desvalor; no un procedimiento mecánico. En palabras de Peñaranda Ramos en el ámbito del sentido de la acción: «el ámbito en el que opera dicho principio no es el (de la identidad) del sustrato fáctico subyacente a la pluralidad de realizaciones típicas, sino el (de la identidad) de la valoración de dicho sustrato»³³. Y este tipo de valoraciones globales serán dependientes de su contexto y no de cálculos aritméticos. Habrá casos en los que diferenciar la pena según si la oposición al sistema se produjo una o varias veces resulte absurdo³⁴, y otros donde ello tenga sentido. En cualquier caso, debe existir un margen de apreciación para determinar el desvalor conjunto y atender a la «gran diversidad de supuestos que en la praxis puedan presentarse»³⁵.

Esta argumentación coincide con la propuesta de Peñaranda Ramos: superar el positivismo aritmético en favor de criterios de individualización judicial más racionales en los casos de pluralidad delictiva. Peñaranda reconoce que ya existen límites (como el artículo 76 CP), pero defiende su ampliación y perfeccionamiento para que ninguna pena global resulte desmesurada o inútil. Aboga por un sistema donde el juez tenga herramientas para individualizar la pena global, sin caer en automatismos que ignoren circunstancias relevantes, evocando la idea de un Derecho penal más racional y proporcionado³⁶, que no resulta posible desde aplicación del principio de acumulación material. En sus propias palabras: «lo cierto es que la adecuación del criterio de la acumulación

³⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2024a, p. 206.

³¹ Como sostiene PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 15 ss. Hay algo del viejo pensamiento de la distancia que el autor critica en el contexto de los delitos de infracción de deber: la idea de que basta señalar que el partícipe está «más lejos» del deber especial para justificar una respuesta penal distinta. Él muestra que, en realidad, el injusto de la participación es igual de derivado en delitos especiales y en delitos comunes; no se puede decidir el quantum de pena sólo a partir de una categoría formal. En el terreno de los concursos pasa algo similar: la pura enumeración de normas infringidas tampoco dice todavía nada sobre cuántas veces tiene sentido repetir el núcleo de sentido punitivo que toda pena integra.

³² PEÑARANDA RAMOS, 2024a, p. 212. Aunque refiriéndose a la identificación de una o varias acciones en la comisión delictiva.

³³ PEÑARANDA RAMOS, 2024a, p. 216.

³⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2024a, pp. 216 ss.

³⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 348.

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, pp. 401 ss.

material o aritmética de las penas para constituir el punto de partida del tratamiento punitivo del concurso de delitos dista mucho de estar racionalmente justificada»³⁷. La alternativa, como afirma el autor, es la determinación de pena única o global³⁸, que evite la «suma ritual de las penas individuales y la necesidad de proceder después al ajuste a la baja del monto de pena nominalmente resultante»³⁹.

Esta solución coincide además con posiciones ampliamente defendidas: el principio de punición suficiente, el criterio de proporcionalidad global de Ashworth⁴⁰, la fórmula Borgeke de acumulación no lineal⁴¹, o la adopción de una sola consecuencia penal en vez de seguir el «arcaico sistema acumulativo»⁴². Muchos ordenamientos –iberoamericanos, de *Common Law*, o varios de los ordenamientos continentales (como Bélgica, Italia, Portugal, Austria, Suiza, o Alemania)– funcionan ya con este enfoque global⁴³. Como sostiene Basso, tanto en los ordenamientos de tradición anglosajona –a través del *totality principle*– como en el Estatuto de Roma o en numerosos sistemas continentales, la regla básica consiste en fijar una única pena global para el conjunto de delitos, acompañada de límites jurídicos o de «descuentos» que impiden la reproducción mimética de la suma aritmética. Incluso el propio derecho español, mediante los topes del artículo 76 CP, reconoce implícitamente esa lógica de contención, al admitir que en los supuestos más graves de concurso real la pena efectiva pueda ser sensiblemente inferior a la suma de las penas individuales. Leído desde esta perspectiva, el modelo de acumulación material no solo carece de justificación a la luz de las teorías de la pena y de la idea de la sanción como unidad de sentido, sino que aparece también como una anomalía política-criminal frente a una tendencia general a tratar los delitos concurrentes mediante un único juicio de medición punitiva, sometido a criterios de suficiencia y de proporcionalidad global⁴⁴.

La diferencia de este trabajo con estas posiciones no es la solución –que coincide con muchos– sino la justificación: la falta de sentido del principio de acumulación material desde el propio marco de la justificación de las teorías de la pena, tanto desde una teoría retribucionista con enfoque en la justicia, como desde una teoría prevencionista racional y especialmente en el marco de

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 308.

³⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 385 ss.

³⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, p. 387.

⁴⁰ ASHWORTH, 2015. pp. 287 ss.

⁴¹ BORGEKE, 2008.

⁴² Sobre esto: PEÑARANDA RAMOS, 2024b, pp. 301 s.

⁴³ PEÑARANDA RAMOS, 2024b, pp. 309 ss.

⁴⁴ BASSO, 2024, pp. 14 ss., p. 17, pp. 34 ss.

las teorías de la prevención general positiva y de las teorías comunicativas. Pero, en particular, desde una justificación más abstracta, desde la idea de la pena como unidad de sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva*, en Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Madrid, 2019, pp. 1291-1307.
- ALTMAN, Matthew C.: *A theory of legal punishment: Deterrence, Retribution, and the Aims of the State*, Londres, 2021.
- ASHWORTH, Andrew: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2015.
- BASSO, Gonzalo: *Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, 2024, pp. 13-36.
- BORGEKE, Martin: *Att bestämma paföljd för brott*, Stockholm, 2008.
- CANTARD, Nicolás: *El principio de acumulación material a examen: ¿se debe mantener, se debe corregir o se debe erradicar?*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, 2024, pp. 37-63.
- *Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso «real». Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015*, InDret, 2023, pp. 519-553.
- CARAMUTI, Carlos S.: *Concurso de delitos*, Buenos Aires, 2018.
- CARRANZA TAGLE, Horacio A.: *Introducción al concurso de delitos: Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*, Buenos Aires, 2011.
- CUERDA RIEZU, Ángel: *Concurso de delitos y determinación de la pena: Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1992.
- DUFF, Anthony R.: *Punishment*, en *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, 2005, pp. 331-357.
- JAKOBS, Günther: *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlín, 2008.
- MALDONADO FUENTES, Francisco: *Delito continuado y concurso de delitos*, Revista de derecho, 2015, pp. 193-226.
- «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», Revista chilena de derecho, 2020, pp. 733-756.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva: Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling*, InDret, 2015, pp. 1-32.
- MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio: *Concurso de delitos*, Barcelona, 2018.

- ORTEGA MATESANZ, Alfonso: La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: Estudio de las reglas limitativas de los artículos 76 y 77 CP, Madrid, 2022.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *¿Unidad o pluralidad de hechos en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola acción?*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, 2024, pp. 189-222.
- *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, 2024, pp. 283-488.
- *Sobre el alcance del artículo 65.3 cp. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, en *La responsabilidad en los «delitos especiales: el debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, 2014, pp. 2-57.
- *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2000, pp. 289-321.
- Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de unidad del título de imputación, Madrid, 1991.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique y BASSO, Gonzalo: *La pena: nociones generales*, en Manual de Introducción al Derecho Penal, Madrid, 2019, pp. 161-190.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel: Un nuevo sistema del Derecho penal: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, Bogotá, 1998.
- PORTMORE, Douglas W.: Commonsense Consequentialism, Nueva York, 2011.
- RAWLS, John: *Two concepts of rules*, The Philosophical Review, 1955, pp. 3-32.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel: Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad, Madrid, 2016.
- SANZ MORÁN, Ángel José: El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa, Valladolid, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho penal. Parte General, Madrid, 2025.
- ZAIBERT, Leo: *Just Organic Wholes*, en Just Organic Wholes. The Theory and Practice of Ontology, Londres, 2016, pp. 135-155.
- Rethinking punishment, Cambridge, 2018.

12. LAS EXPULSIONES PENALES DE EXTRANJEROS (ARTS. 89 Y 108 CP) A TRAVÉS DE SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA
Catedrática de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

Conozco al Profesor Enrique Peñaranda desde hace muchos años. Ambos obtuvimos la habilitación nacional para el Cuerpo de Catedráticos de Universidad en nuestra disciplina en 2006, siendo Enrique el candidato más votado en unánime reconocimiento de sus méritos indiscutibles. Recuerdo a Enrique aquel día, profundamente emocionado, y sé que volverá a emocionarse cuando reciba este homenaje que con tanta admiración y cariño le brindamos.

La cercanía geográfica entre nuestras universidades ha favorecido que coincidamos con frecuencia y que hayamos mantenido lo que siempre he sentido como un afecto recíproco y sincero. En los últimos años, uno de los motivos de encuentro ha sido mi participación en el Máster de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid para abordar, precisamente, las expulsiones de los ciudadanos extranjeros; tema sobre el que versa mi contribución, con la que me sumo al merecido reconocimiento de su enorme valía humana y científica.

La cuestión migratoria se ha convertido en central en la discusión política, aunque, como apunta Blanca Garcés, probablemente no se trate tanto de «politización» como de «instrumentalización» de la inmigración para la obtención de réditos políticos. En este sentido, «el objetivo final no es necesariamente transformar la realidad (a partir de una definición del problema en cuestión y de las políticas necesarias para abordarlo), sino conseguir apoyos a una

causa que puede tener propósitos muy distintos al tema instrumentalizado»¹. En este contexto, la cuestión migratoria con frecuencia se focaliza en la comisión delictiva, cimentando en el imaginario colectivo una relación entre inmigración y delincuencia, acentuando la necesidad de expulsar a los extranjeros que cometen delitos y haciendo propuestas la mayoría impracticables y que desconocen el actual marco normativo.

Resulta pertinente, pues, recordar algunos de los aspectos fundamentales de la regulación de las expulsiones de los ciudadanos extranjeros que cometen delitos (arts. 89 y 108 CP). La enorme complejidad del tema y de la regulación se deriva fundamentalmente de dos tipos de tensiones. En primer lugar, la necesidad de respetar las necesidades político-criminales, en el sentido de que un uso excesivo de la expulsión sustitutiva de la pena puede menoscabar funciones propias del Derecho penal. Conviene comenzar recordando que la sustitución de una pena de prisión por la expulsión de España y la prohibición de regreso por un tiempo, no significa que la persona expulsada vaya a cumplir la pena sustituida en el país al que es expulsada. Al contrario, la efectiva ejecución de la expulsión supone la renuncia al cumplimiento de todo o parte de la pena de prisión impuesta, que solo se cumplirá si el extranjero regresa a España antes de transcurrir la prohibición de retorno. Desde esta perspectiva, la expulsión es un cuerpo extraño que genera tensiones en su relación con los principios que rigen el sistema penal y los fines de la pena a la que sustituye. Las tensiones están servidas desde el momento en que un elemento –la extranjería–, que nada tiene que ver ni con el injusto del hecho ni con la reprochabilidad del autor, se erige en elemento determinante de la respuesta penal.

En segundo lugar, hay que atender a los derechos implicados en las expulsiones, que han de ser ponderados de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Ambas tensiones han condicionado el desarrollo legislativo de este tipo de expulsiones –llamémoslas «penales»–, por lo que resulta oportuno un acercamiento a ambas cuestiones a través de la evolución de su regulación, de la que en 2025 se cumplieron cuarenta años².

La expulsión de personas extranjeras como medida que sustituye todo o parte de una pena de prisión, actualmente regulada en el artículo 89 del Código penal, fue introducida por la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, es decir, por la primera ley de extranjería que ha

¹ GARCÉS MASCAREÑAS, 2025, p. 9.

² Por limitaciones de espacio no se podrá reflejar la sobresaliente producción científica sobre el tema. Desde 2015, año de la última reforma importante en la materia, se han publicado, al menos, las siguientes monografías sobre el tema: BOZA MARTÍNEZ, 2016; RECIO JUÁREZ, 2016; ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, 2022; MARTÍNEZ MUÑOZ, 2023; ALASTUEY DOBÓN, 2024; COLOMO IRAOLA, 2024; existiendo también trabajos monográficos muy notables anteriores a 2015.

tenido nuestro ordenamiento jurídico. Pronto se escucharon voces que criticaban que una figura jurídica que interfiere de forma tan intensa en la responsabilidad penal estuviera en una ley administrativa y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal incorporó esta figura a través del artículo 89, que fue posteriormente reformado por las siguientes leyes: Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reformó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; 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. El artículo 89 ha sido modificado, pues, en cinco ocasiones, que han ido añadiendo paulatinamente complejidad y extensión al precepto.

II. POLÍTICA CRIMINAL *VERSUS* POLÍTICA MIGRATORIA

La evolución normativa y jurisprudencial de la figura de la expulsión penal a lo largo de los últimos cuarenta años ha estado marcada por una constante tensión entre dos lógicas difícilmente conciliables: por un lado, el impulso de la política migratoria, orientado a incrementar el número de expulsiones, particularmente de ciudadanos extranjeros que han delinquido y, por otro, la necesidad de preservar las funciones propias del Derecho penal, particularmente su carácter preventivo.

1. **La progresiva ampliación del ámbito de aplicación de la expulsión del artículo 89 CP**

La evolución de la regulación de la expulsión sustitutiva muestra con claridad la voluntad de ensanchar su ámbito de aplicación y de potenciar su uso. Una excepción en esta tendencia expansiva sería la supresión, a partir de la LO 1/2015, de las penas de prisión iguales o inferiores a un año como penas sustituibles, limitando la sustitución a las penas de prisión de superiores al año.

Inicialmente, la LO 7/1985 tan sólo preveía la expulsión sustitutiva para penas iguales o inferiores a prisión menor y no la de penas superiores, posibilidad que fue incorporada por la LO 10/1995 con lo que se amplió de forma

notable las posibilidades de expulsión sustitutiva. Establecía el artículo 89.1 en su versión inicial: «[l]as penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena».

A partir de este momento, el artículo 89 consagra dos regímenes jurídicos diversos de expulsión en función de la gravedad de la pena impuesta. Para el tramo inferior se posibilita la sustitución total, mientras que para el tramo superior solo se admite la sustitución parcial de la condena, haciendo coincidir la expulsión con el cumplimiento de las tres cuartas partes. En aras a una mayor claridad expositiva, me centraré primero en cómo ha evolucionado la expulsión para el tramo inferior de las penas.

1.1 La reforma operada por la LO 11/2003 dio otro paso decisivo en pro de la expulsión. Lo que hasta entonces se configuraba como una decisión discrecional: «el Juez o Tribunal podrá acordar» pasa a configurarse como un mandato: «[l]as penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español...». La posibilidad de no sustituir la pena por la expulsión y optar por su cumplimiento íntegro se prevé pero con carácter excepcional: «salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España». Es decir, el órgano judicial tenía dos opciones: sustituir íntegramente la pena de prisión por la expulsión o, excepcionalmente, optar por su cumplimiento.

La LO 5/2010, respecto a las penas inferiores a seis años, introdujo una tercera posibilidad: el cumplimiento parcial de este tipo de penas y la sustitución por expulsión del resto de la condena «para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido tres cuartas partes de la condena» (art. 89.5).

Y por fin llegamos a la actual versión del artículo 89 CP donde la expulsión penal recibe otro gran impulso, al desaparecer la posibilidad de que el órgano judicial pueda optar por el cumplimiento íntegro de la pena y renunciar a la expulsión penal. La regla general sigue siendo la sustitución total, pero ahora, «[e]xcepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que

no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español». Se introduce, además, una expulsión *ex lege*, pues «[en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional», decisiones que dependen, respectivamente, de la Administración penitenciaria y del Juez de Vigilancia penitenciaria y no del órgano sentenciador, a excepción de lo dispuesto en el artículo 36 CP.

El terreno ganado por las expulsiones sustitutivas en el tramo de penas de menor gravedad durante estos cuarenta años de historia es, sin duda, llamativo.

1.2 Por lo que respecta al tramo de las penas de más gravedad, la evolución normativa igualmente refleja una voluntad de extender su aplicación. Como ya se indicó, la LO 10/1995 introdujo la posibilidad de sustituir las penas de más gravedad (en aquel momento iguales o superiores a seis años de prisión) por la expulsión, pero solo parcialmente, «siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena». Según esto, el órgano judicial podía optar por el cumplimiento íntegro o bien por el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena y la sustitución por expulsión del resto de la pena.

La LO 11/2003 mantiene ambas posibilidades, pero convierte en regla general e imperativa el cumplimiento parcial de la pena y la consecuente expulsión. En atención a motivos de naturaleza político criminal se mantiene la posibilidad del cumplimiento íntegro, pero dejando su carácter de excepción: «salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España». Con alguna modificación, esta relación regla-excepción se mantiene por la LO 5/2010.

Curiosamente, esta relación regla (cumplimiento parcial y expulsión) y excepción (cumplimiento íntegro), desaparece con la reforma operada por la LO 1/2015. Según el nuevo texto del artículo 89.2 CP: «[c]uando la pena impuesta sea de más de cinco años de prisión o varias que excedan dicha duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional».

La claridad de esta regulación dista de ser óptima y se ha planeado incluso si no estaría posibilitando la expulsión tras el cumplimiento íntegro de la pena, lo que debería rechazarse con contundencia, ya no sólo por razones que tienen que ver con la prohibición de *bis in idem*, sino porque la expulsión ex

artículo 89 es una medida sustitutiva, tal y como reza el título de la sección en que se incardina («De la sustitución de las penas privativas de libertad») y nada se puede sustituir si la pena ha sido cumplida en su integridad³.

También ha generado dudas si las penas de más de cinco años podrían ser sustituidas en su integridad, manifestándose negativamente la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado⁴, pues «el supuesto ya atiende a delitos de singular gravedad en los que la pena habrá de cumplirse, en todo o en parte, quedando la discrecionalidad judicial limitada a la determinación de la porción mínima de cumplimiento que se estima necesaria para expresar el reproche que merece el delito o delitos cometidos, antes de proceder a la expulsión del extranjero».

Otro aspecto que llama la atención en la regulación de la expulsión de penas de más de cinco años es el amplio margen de discrecionalidad del órgano judicial en la determinación del tiempo de cumplimiento para la sustitución parcial, que ya fue criticado por el Consejo General del Poder Judicial, que en su Informe al Anteproyecto de LO 1/2015, de 16 de enero de 2013, echaba en falta el no establecimiento de un límite mínimo con fines de prevención general negativa y positiva (p.103).

En conclusión, respecto a las penas de mayor gravedad, en la actualidad las superiores a cinco años, también se observa una ampliación de las posibilidades de expulsión, sin que quede garantizado un tiempo de cumplimiento mínimo.

1.3 Aunque no es posible detenerse en este aspecto, también el ámbito subjetivo de aplicación del precepto ha sido ampliado notablemente. A partir de la reforma operada por la LO 1/2015 cualquier persona extranjera es objeto de la expulsión sustitutiva, dejando de estar reservada a los extranjeros no residentes legalmente, sin que el Preámbulo de la Ley expresara las consideraciones que determinaron tan importante cambio.

2. La cláusula «para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma»

La jurisprudencia desde un inicio advirtió del riesgo de que la renuncia, total o parcial, a la pena derivara en situaciones de impunidad. Las adverten-

³ En este sentido se pronunció la STS 397/2018, de 11 de septiembre, en la que si bien se admite que la redacción del artículo 89.2 CP podría alimentar algún equívoco, se afirma que «la expulsión que maneja el artículo 89 CP no es una adición, un añadido; sino algo que sustituye a la pena: totalmente o en parte. Si hay cumplimiento íntegro no podría hablarse de sustitución, pues nada se dejaría sin efecto» (FJ 21).

⁴ Circular 7/2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015, 17 de noviembre de 2015, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2015-00007> (fecha de consulta: 25 de abril de 2025).

cias se intensificaron a raíz de la reforma del artículo 89 CP operada por la LO 11/2003, que convirtió en regla imperativa («serán sustituidas») lo que antes era una decisión discrecional, permitiendo que el órgano judicial optara por el cumplimiento de la pena solo de forma excepcional. El Tribunal Supremo consideró que este automatismo generaba auténticas situaciones de impunidad al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión de autores de delitos graves. En palabras de la STS 949/2009, de 28 de septiembre: «[e]l automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal (...). No sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena (...), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego (...), derivando en la pérdida de confianza en la intervención estatal».

No obstante las críticas, la LO 11/2003 preveía una vía excepcional para que el órgano judicial, de forma motivada, acordara el cumplimiento de la pena cuando lo exigiera «la naturaleza del delito». Esta fórmula se amplió en la LO 5/2010 y se consolidó con la LO 1/2015, que permite acordar el cumplimiento parcial de penas de hasta cinco años «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma» (art. 89.1 CP). Estos fines también deben valorarse para fijar el tiempo de cumplimiento cuando la pena supera los cinco años.

Desde otro punto de vista, esta «limitación político-criminal», sin duda necesaria, ha sido criticada por su ambigüedad y por el riesgo que representa para la seguridad jurídica, al no establecer la norma criterios objetivos. ¿Qué significa exactamente «restablecer la confianza en la vigencia de la norma»? ¿Cuándo puede afirmarse que la defensa del orden jurídico exige el cumplimiento total o parcial de la pena? Es llamativo el amplio margen decisorio atribuido a los jueces, que puede derivar en resoluciones dispares y contradictorias, generando desigualdad en la aplicación de la ley penal.

Ante esta indeterminación se reaccionó tratando de objetivar criterios. Así, por ejemplo, tras la entrada en vigor de la mencionada cláusula, todas las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid acordaron el 28 de mayo de 2004 que, cuando las penas superan los tres años –y más aún si se acercan a los seis–, no se consideraría razonable la expulsión hasta que se haya cumplido al menos la mitad de la pena, si bien salvaguardando la necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto. Por su parte, la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado propone rechazar la sustitución completa de

la pena, al menos, en casos de violencia o intimidación de especial intensidad, delitos que impliquen vejación, ensañamiento o grave riesgo para la vida o integridad de la víctima, y aquellos que afecten a bienes jurídicos personales de especial valor (libertad, indemnidad sexual, inviolabilidad del domicilio en robos, etc). También se propone excluir supuestos de delincuencia organizada o transnacional y aquellos castigados con prisión permanente revisable. En todo caso, debe recordarse que el artículo 89 no permite excluir *a priori* ningún delito salvo los expresamente enumerados en su apartado 9 –introducido por la LO 8/2000–: delitos previstos en los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis del CP. Fuera de estos, la expulsión es aplicable, siempre atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Así lo recuerda la jurisprudencia (por ejemplo, STS (Sala Segunda) 164/2018, de 6 de abril), que valora elementos como la forma de ejecución del delito, los motivos del autor, el daño causado o su colaboración con la justicia). De la falta de concreción de la fórmula político criminal se deriva, en cualquier caso, la importancia de la motivación, de la exteriorización de las razones por las que, en el caso concreto, se considera necesario el cumplimiento de la pena frente a la expulsión.

III. DERECHOS *VERSUS* POLÍTICA MIGRATORIA. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La historia de estos cuarenta años de expulsión sustitutiva de la pena es también la historia de las tensiones entre la política migratoria y los derechos. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad constituye el contrapeso más relevante a la fuerza expansiva de la expulsión. A partir de la reforma operada por la LO 1/2015, el punto 4 del artículo 89, en su párrafo primero establece que «no procederá la expulsión cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada».

Con anterioridad, los órganos judiciales ya venían realizando una lectura constitucional del precepto, ponderando los derechos implicados. El Tribunal Constitucional, en su temprana Sentencia 242/1994, de 20 de julio, afirmaba la necesidad de que «los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, artículo 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la Ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión» (FJ 6.º). Por su parte, el Tribunal Supremo

siempre tuvo clara la necesidad de «un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas y tratos inhumanos o degradantes en su país de origen» (STS 949/2009, de 28 de septiembre, FJ 2.º; En el mismo sentido, STS 901/2004, de 8 de julio; STS 853/2010, de 15 de octubre, FJ 4.º; STS 738/2013, de 4 de octubre, FJ 11.º; STS 147/2018, de 22 de marzo de 2018, todas ellas de la Sala Segunda, entre otras muchas).

En cualquier caso, la introducción expresa del principio de proporcionalidad por la LO 1/2015 ha de valorarse muy positivamente, no solo por el aumento de la seguridad jurídica que conlleva, al erradicar el automatismo de la expulsión, sino también porque posibilita introducir en la ponderación una serie de intereses y consideraciones sin traducción constitucional.

Procede, aunque sea brevemente, alguna consideración a cómo se ha ido configurando el arraigo como elemento central en el juicio de proporcionalidad frente a la expulsión, entendiendo por éste «la intensidad del establecimiento en nuestro país» (en palabras de la STS (Sala Segunda) 221/2017, de 29 de marzo).

El arraigo familiar ha sido objeto de una abundante jurisprudencia del TEDH, al reconocer que los extranjeros sometidos a un procedimiento de expulsión siguen siendo titulares del derecho a la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Se trata, no obstante, de un derecho no absoluto, que puede ser limitado conforme a lo previsto en el apartado 2 del mismo precepto, cuando la expulsión «sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás». El juicio de proporcionalidad exige una valoración individualizada, atendiendo a una pluralidad de factores, lo que dota a la jurisprudencia del TEDH de un marcado carácter casuístico, aunque se han ido señalando algunas variables a las que atender en la ponderación. Así, por ejemplo, el TEDH, en la Sentencia *Boultif c. Suiza*⁵ establece una serie de criterios para valorar la proporcionalidad de una expulsión: la naturaleza y gravedad del delito, la duración de la estancia en el país, el tiempo transcurrido desde la infracción y la conducta posterior del afectado, la nacionalidad de las personas implicadas, la situación familiar (incluyendo la duración del matrimonio y la autenticidad de la convivencia), el conocimiento del cónyuge sobre el delito al inicio de la relación, la existencia y edad de los hi-

⁵ TEDH, *Boultif c. Suiza*, demanda núm. 54273/00, Sentencia de 2 de agosto de 2001.

jos, así como las dificultades que el expulsado pueda afrontar en su país de origen. Cuando hay menores implicados, adquiere especial relevancia el principio del interés superior del niño⁶.

En el otro lado de la balanza debe situarse la naturaleza y gravedad del delito cometido. Aunque el artículo 89 del Código Penal prevé la expulsión para condenas de entre uno y cinco años de prisión, el juicio de ponderación que establece su apartado 4 exige atender también a las circunstancias concretas del hecho. Así, aspectos como la escasa gravedad del delito o su carácter imprudente pueden justificar que prevalezca el interés del penado en permanecer en España.

En relación con el arraigo familiar, conviene recordar que el Tribunal Constitucional se ha mostrado reticente a incluir en el artículo 18.1 CE el derecho al mantenimiento de la vida familiar en los términos del artículo 8 del CEDH, tal como ha sido interpretado de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, ha negado a la preservación de la vida familiar y al disfrute de la mutua compañía la categoría de derecho fundamental susceptible de amparo. Así lo expresó, por ejemplo, en su Auto 40/2017, de 28 de febrero, que incluye un voto particular discrepante con la doctrina mayoritaria. No obstante, el Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina que vincula el artículo 24.1 CE –en su vertiente de derecho a una resolución motivada– con la protección constitucional de la familia. Como señalan Cuartero Rubio y Sánchez Tomás, «en la medida en que la protección de la familia está constitucionalizada en el artículo 39.1 CE, así como la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y el deber de asistencia de los progenitores (art. 39.3 CE), aunque sea en el marco de los principios rectores de la política social y económica, el deber de motivación judicial adquiere un carácter reforzado»⁷. Esta exigencia implica que la autoridad judicial debe realizar un juicio de proporcionalidad que valore las consecuencias de la medida sobre el afectado y su núcleo familiar, así como su adecuación a la finalidad legal perseguida. Tal juicio debe plasmarse en la resolución, con una exposición lógica y específica de los hechos, las pruebas y su relación con la norma habilitante. En caso contrario, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada (art. 24.1

⁶ Un estudio exhaustivo sobre los límites a la expulsión de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en SOLER GARCÍA, 2019.

⁷ CUARTERO RUBIO y SÁNCHEZ TOMÁS, 2023, pp. 553-574.

CE), especialmente si tal déficit se produce en la sentencia de primera instancia o de revisión (STC 151/2021, de 13 de septiembre)⁸.

Antes de concluir este apartado, conviene recordar que, a diferencia del derecho a la vida privada y familiar –susceptible de ser limitado por razones de orden público o seguridad nacional–, existen derechos inderogables que no admiten excepción alguna, ni siquiera en contextos de expulsión. Es el caso del derecho a la vida y a la integridad física y moral, protegido por el artículo 15 CE y los artículos 2 y 3 del CEDH, que prohíben de forma absoluta la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Estos preceptos recogen el principio internacional de *non refoulement* o no devolución, que impide la expulsión de una persona a un país donde corra un riesgo real de sufrir tales vulneraciones.

En este marco, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la aplicación del artículo 3 CEDH desde la perspectiva del grave deterioro de la salud como consecuencia de una expulsión. Suele citarse la Sentencia Paposhvili c. Bélgica⁹, que extiende la interpretación de este artículo respecto de personas gravemente enfermas. En este caso, el demandante, ciudadano georgiano residente en Bélgica desde 1998 junto a su familia, padecía enfermedades graves y solicitó la regularización de su situación por motivos médicos. Tras ser rechazada su solicitud y ordenada su expulsión, el TEDH concluyó que, de haberse ejecutado sin una adecuada evaluación de los riesgos sanitarios, se habría producido una vulneración no sólo del artículo 8, sino también del artículo 3 del Convenio.

IV. LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD (ART. 108 CP)

La tensión con principios básicos del sistema penal se intensifica cuando la expulsión sustituye no una pena, sino una medida de seguridad (art. 108 CP). Se trata de una regulación sin duda sorprendente, en primer lugar por la

⁸ En aplicación de esta doctrina al artículo 89 CP, cabe mencionar la STC 29/2017, de 27 de febrero, donde los tribunales ordinarios rechazaron la prevalencia del derecho a la vida familiar frente a la expulsión por considerar no acreditadas las circunstancias alegadas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional señaló que la mera afirmación de la falta de prueba documental, por resultar apodíctica, no cumple con las exigencias derivadas del artículo 24.1 CE. Según el FJ 5 de dicha sentencia, los órganos judiciales deben especificar el razonamiento que conecta la actividad probatoria con el relato de hechos, y justificar los criterios jurídicos esenciales que fundamentan su decisión. Como concluyen Cuartero Rubio y Sánchez Tomás, esta resolución marca un avance significativo: ya no se trata sólo de exigir la ponderación de las circunstancias familiares, sino de evaluar la suficiencia y razonabilidad del juicio expresado por los tribunales (*op cit.* p. 562)

⁹ TEDH, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda núm. 41738/10, sentencia de 13 de diciembre de 2016.

amplitud de su ámbito de aplicación, al ser sustituible cualquier medida de seguridad, privativa o no privativa de libertad. No siempre fue así. En la versión original introducida por la LO 10/1995, únicamente podían ser sustituidas por expulsión las medidas de seguridad privativas de libertad. Esta limitación se mantuvo hasta la reforma introducida por la LO 11/2003, que suprimió dicha precisión.

Uno de los principios que rigen las medidas de seguridad es el de proporcionalidad y habida cuenta del contenido afflictivo que puede llegar a tener la expulsión, no parece proporcional que se pueda sustituir cualquier medida de seguridad, sin atender ni a su naturaleza ni a su duración, siendo además, como hemos visto, que tratándose de penas solo son sustituibles las superiores a un año de prisión. En este sentido, la Fiscalía General del Estado en la Circular 7/2015 daba por reproducido lo ya mantenido en la Circular 2/2006: «[p]ese al tenor literal del precepto, que apunta a que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, parece que una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el artículo 89 y del principio de proporcionalidad, aboga por entender que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad (...)».

No es la única incongruencia en relación con lo establecido en el artículo 89 CP. Mientras la expulsión sustitutiva de la pena se aplica ahora a cualquier extranjero, la sustitución de una medida de seguridad solo es posible para los extranjeros no residentes; mientras el artículo 89 permite modular la prohibición de regreso de cinco a diez años, el artículo 108 establece diez años sin posibilidad de graduación. El artículo 108 omite referencia a la proporcionalidad, que fue introducida expresamente en el artículo 89 por la LO 1/2015.

El artículo 108 CP es un precepto sin duda controvertible también por la posibilidad misma de sustituir una medida de seguridad por expulsión. «La medida de seguridad es la consecuencia jurídica aplicable a la persona autora de un delito en quien se aprecie una causa de inimputabilidad (anomalía o alteración psíquica grave, intoxicación plena o síndrome de abstinencia y alteraciones en la percepción desde la infancia) o una imputabilidad disminuida (eximente incompleta o atenuante relativa a las causas anteriores) y siempre que se aprecie peligrosidad criminal (entendida como alta probabilidad de comisión de delitos en el futuro, no como característica)»¹⁰. Pensemos en el ejemplo paradigmático de medida de seguridad: el internamiento

¹⁰ En palabras de ETXEBARRIA ZARRABEITIA et al., 2024, p. 126; precisando que la libertad vigilada postpenitenciaria resulta disruptiva con dicho sistema, en cuanto de trata de una medida de seguridad aplicable a personas plenamente imputables y está desligada en su imposición de la comprobación del fundamento de la peligrosidad (nota 46).

psiquiátrico impuesto a una persona a quien se ha apreciado una eximente completa de anomalía o alteración psíquica grave (art. 20.1 CE). Al no existir reproche penal, no se puede responder al hecho con una pena, no existe culpabilidad en términos penales. Podría decirse entonces que la expulsión es una medida de seguridad, y así la conceptúa el artículo 96.3 CP. Pero las medidas de seguridad, por imperativo constitucional del artículo 25.2 CE han de tener un fin resocializador, que en el internamiento psiquiátrico, por volver al ejemplo manejado, pasa como mínimo por un abordaje terapéutico. La expulsión, ni garantiza la asistencia terapéutica, ni puede conectarse con la idea de resocialización.

Por definición, la expulsión no debería aplicarse para sustituir medidas de internamiento psiquiátrico, por mucho que el artículo 108 CP configure la sustitución como la regla y el cumplimiento de la medida como excepción para los casos en que el órgano judicial «excepcionalmente, y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España». Obviamente, la naturaleza del delito nada tiene que ver con la esencia de la medida de seguridad. En este sentido, resulta incomprensible que la LO 1/2015 no introdujera el principio de proporcionalidad en el artículo 108. A pesar del silencio legal, los órganos judiciales han de realizar una interpretación constitucional del precepto, prestando atención a los derechos humanos afectados. Todo lo que se dijo en el anterior epígrafe respecto a los derechos del extranjero como límite a la expulsión, puede ser traslado a este tipo de expulsión, con el relevante añadido de que las medidas de seguridad tienen como presupuesto situaciones de gran vulnerabilidad, como ocurre con el trastorno mental grave. Desde esta vulnerabilidad ha de valorarse la proporcionalidad de la expulsión, estando afectados derechos que la Constitución Española reconoce a todos, con independencia del estatus migratorio, como «el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: La expulsión penal y administrativa de los extranjeros condenados, Valencia, 2024.
- BOZA MARTÍNEZ, Diego: La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP, Pamplona, 2016.
- COLOMO IRAOLA, Helene: Un estudio crítico sobre la expulsión de personas extranjeras del artículo 89 del Código penal, Madrid, 2024.

- CUARTERO RUBIO, Victoria y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: *El Derecho al respeto a la vida familiar de los inmigrantes en la doctrina constitucional*, en Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI, Valencia, 2023, pp. 553-574.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y OLLERO PE-RÁN, Jorge: Abordaje resocializador de la enfermedad mental en el sistema penal y penitenciario. Reflexiones a partir de la experiencia navarra, Madrid, 2024.
- GARCÉS MASCAREÑAS, Blanca: Introducción. *La politización de la inmigración: lecciones de un análisis comparado*, Revista CIDOB d'Afers Internacionals núm. 140, Septiembre 2025, pp. 7-16.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Carlos Javier: Aproximación crítica a la expulsión de extranjeros. El Derecho penal como herramienta de política migratoria, Pamplona, 2023.
- ODRIOZOLA GURRUTXAGA, Miren: Expulsión penal y expulsión administrativa de personas extranjeras. Análisis del artículo 89 CP y del artículo 57.2 CP, Pamplona, 2022.
- RECIO JUÁREZ, Matías: La expulsión de extranjeros en el proceso penal, Madrid, 2016.
- SOLER GARCÍA, Carolina: Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Pamplona, 2019.

13. MOTIVOS REPROCHABLES, INJUSTO Y CULPABILIDAD

ORIOI MARTÍNEZ SANROMÀ
Profesor Lector
Universitat Oberta de Catalunya

I. INTRODUCCIÓN

La relevancia jurídico-penal de los motivos del autor de un delito constituye un marco de discusión siempre en boga. La existencia del artículo 22.4.^a CP y su paulatina ampliación para dar cabida a determinados sectores de la población dan cuenta de ello. En lo que su fundamentación se refiere, como es sabido, las opciones dogmáticas discurren entre dos posibilidades: la concurrencia de estas motivaciones, o bien reconfigura el significado de la conducta antijurídica, o bien el *quantum* de culpabilidad del sujeto¹. Por lo general, esta última opción suele proyectarse en la idea según la cual determinados motivos permitirían atribuir un mayor desvalor a la actitud interna del autor². En consecuencia, términos como «vileza» o «móvil especialmente despreciable» copan las explicaciones de agravantes como las de los artículos 22.4.^a o 22.3.^a CP desde la perspectiva de la culpabilidad. Por su parte, la réplica a estas ideas es de sobra conocida. La expresa con vehemencia Masip de la Rosa: «con alusiones generales e imprecisas a la “cobardía”, la “vileza” o la “especial reprochabilidad” no traducidas a ningún elemento concreto del tipo, se corre siempre el riesgo de estar enjuiciando la carrera del autor y no su hacer concreto»³. La

¹ Por todos, PERALTA, 2012, pp. 32 ss.

² Por todos, SCHMIDHÄUSER, 1958, pp. 168 ss.

³ MASIP DE LA ROSA, 2017, p. 279.

aproximación a un Derecho penal de la actitud [*Gesinnungsstrafrecht*] que produce el hermanamiento de los motivos con la categoría dogmática de la culpabilidad justificaría, entonces, los esfuerzos teóricos de una buena parte de la doctrina para relanzar el significado de aquellos hacia el injusto⁴. ¿El objetivo? Sustituir la idea de la «mayor reprochabilidad (actitudinal)» por la de la «mayor lesividad (del hecho)»⁵.

Sin embargo, esta dualidad (culpabilidad-actitud interna/injusto-externalidad lesiva) no parece hacerse cargo de una construcción dogmática que, vinculando también los motivos del autor con la categoría de la culpabilidad, aporta argumentos mucho más refinados que se alejan del paradigma (más que sospechoso) del reproche de una actitud interna. Precisamente, el homenajeado en este libro, Enrique Peñaranda Ramos, constituye una de las voces más destacadas de esta posición. Considero que sus ideas ponen en jaque teórico a quienes defienden que los motivos deben vincularse con el hecho antijurídico en tanto que atributos de significado adicionales. Sirvan las siguientes páginas para entablar un diálogo con este autor a cuenta de su tesis sobre el fundamento dogmático de la relevancia jurídico-penal de los motivos de la conducta ilícita. A estos efectos, empiezo esta breve contribución exponiendo las ideas del autor referido (apdo. 2). Continúo presentando dos argumentos (uno de fondo y otro dogmático) con los cuales creo poder superar la fortaleza teórica de la tesis de Peñaranda Ramos (apdo. 3). Cierro con unas breves conclusiones (apdo. 4).

II. LOS MOTIVOS REPROCHABLES COMO FORMAS DE SEÑALAR UNA ACCIÓN CARENTE DE EXCUSA POSIBLE: LA TESIS DE PEÑARANDA RAMOS

En esencia, la idea del homenajeado puede resumirse con la siguiente frase, esgrimida a cuenta del artículo 22.4.^a CP: «cuando un sujeto comete un hecho delictivo por motivos racistas o discriminatorios hacia su víctima no puede distanciarse siquiera mínimamente de ese hecho y su contenido de injusto se imputa personalmente en toda su extensión»⁶. De esta afirmación se derivan dos postulados básicos que, a efectos estrictamente expositivos, conduzco a las etiquetas de (i) argumento de fondo en lo que a la relevancia

⁴ La idea es clara en DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, pp. 152 s.

⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, 2009, p. 63: «un hecho es más reprochable, (...) no porque sea más culpable, sino porque es más lesivo. La motivación (...) del autor debe tener relevancia penal sólo si su concurrencia entraña una mayor lesividad».

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 21.

de los motivos del autor se refiere y (ii) forma de estructurar dogmáticamente dicha fundamentación. Sobre el primero: los motivos del autor operarían como una especie de «causa de disculpa a la inversa»⁷. Así pues, su ausencia presentaría un delito merecedor de menos pena, mientras que su concurrencia exhibiría un delito carente de excusa posible⁸. Sobre la estructuración dogmática de esta idea base: la culpabilidad, como juicio de imputación personal, constituiría un tamiz con respecto al injusto del suceso cuya mayor o menor apertura permitiría «dejar pasar» más o menos «del contenido disvalioso del hecho a la responsabilidad del autor»⁹. La existencia de una especial motivación (para el caso del artículo 22.4.^a CP, de carácter discriminatorio) implicaría un filtro de imputación plenamente abierto que «dejaría pasar» todo el contenido de desaprobación del hecho sobre el sujeto¹⁰. Evidentemente, esta escueta presentación no agota las sutilezas de contenido de cada uno de estos dos postulados. Por ello, continúo desarrollándolos con mayor amplitud. Empezaré por el argumento de fondo.

1. A raíz de un detallado estudio del delito de asesinato, objeto de su ejercicio de cátedra, Peñaranda Ramos se preguntaba por la vigencia y realidad de su condición de «tipo agravado» en contraposición al homicidio como «tipo básico». Una dualidad, asentada en nuestro sistema legal, que el autor achaca «a esa suposición de que en el delito de homicidio se habría agotado ya el margen que para la disposición de la pena establece el injusto de la lesión de la vida humana y de que, por lo tanto, para superar ese límite se requeriría algún fundamento adicional»¹¹. Sin embargo, en opinión de Peñaranda Ramos, si bien esta afirmación podría ser plausible para el caso del ensañamiento¹², distinta consideración debería despertar con respecto a las agravantes de alevosía y precio: «estas dos circunstancias no se orientan a producir ningún estado de cosas disvalioso al margen de la muerte de la víctima (...) en este supuesto no hay más infracción que la que consiste en matar»¹³. Ninguno de los intentos de atribuir un mayor desvalor al hecho homicida por la concurrencia

⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 290 ss. Quienes, siguiendo una idea muy parecida, ubican los motivos en el injusto, hablan de «causa de justificación a la inversa»; por todos, PERALTA, 2012, pp. 151 ss.

⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292. Remarca la idea de que esta tesis «invierte» los términos de la discusión, al reparar, «más que en aquello que aportan los motivos indeseables», en aquello en lo que repercute su ausencia, DOVAL PAIS, RV, 2024, pp. 141 s.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292; más en detalle, DÍAZ LÓPEZ, 2014, pp. 373 ss.

¹¹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 284.

¹² Siguiendo a DOPICO GÓMEZ-ALLER, RDPP, 2000, p. 64; PEÑARANDA RAMOS identifica este plus de desvalor en la degradación de la dignidad humana que implica la concurrencia de esta circunstancia (2014, pp. 283 ss.).

¹³ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 291.

de estas circunstancias agravantes convence al autor¹⁴, lo que le empuja a buscar un fundamento alternativo para ellas. El siguiente fragmento refleja con claridad su posición:

«En mi opinión, la explicación podría ser ésta. Los homicidios se cometen en muy variados contextos de interacción social y reflejan grados de responsabilidad muy distintos. En unos casos, el filtro de la imputación personal es muy tupido porque la acción del sujeto se presenta como comprensible o disculpable (hasta cierto punto) desde su perspectiva parcial en atención al contexto en que se realizó: el filtro deja pasar poco del contenido disvalioso del hecho a la responsabilidad del autor. En otras la situación no permite ninguna disculpa y sobre la responsabilidad del sujeto cae todo ese desvalor. Pero, en principio, cabe suponer que el contexto de la acción se encuentra entre esos extremos y de esa suposición parte la ley al fijar la sanción del homicidio en el artículo 138 CP. La circunstancia de alevosía puede ser de este modo interpretada como el resumen de un conjunto de indicadores de que el contexto en que se realiza la acción de matar, y en particular las relaciones existentes en su caso entre el autor y la víctima, no arrojan una luz más favorable sobre la acción injusta que aquél ha realizado»¹⁵.

De esta forma, el artículo 139 CP subsumiría casos de lesiones contra la vida humana no exculpadas en absoluto. Con ello, la relación entre este precepto y el artículo 138 CP se acercaría, en esencia, a aquellos sistemas que, como el anglosajón, contemplan el asesinato como el paradigma de delito contra la vida. Así pues, en palabras de Peñaranda Ramos, «[l]a consideración del alto valor concedido a la vida humana favorece ciertamente una concepción de la relación homicidio-asesinato en la que éste figure como expresión del caso normal u ordinario de provocación dolosa de la muerte de otro, mientras que la calificación de homicidio quede reservada para los casos en que, por excepción, el hecho de matar a otra persona no merezca tan grave valoración». En extensión a otros ilícitos, lo mismo ocurriría, entonces, con las demás agravantes vinculadas con la especial motivación del autor: para el caso del artículo 22.4.^a CP, su concurrencia permitiría contemplar la comisión de un delito como algo carente de excusa posible, circunstancia a captar penológicamente por el artículo 66.1.3.^a CP (pena del ilícito cometido en su mitad superior)¹⁶.

2. La estructuración dogmática de esta idea de fondo permite trazar una línea de separación entre Peñaranda Ramos y aquellos otros autores que defienden, en lo fundamental, una postura parecida sobre la relevancia de las motivaciones de la acción delictiva, muy especialmente, Müssig y

¹⁴ En relación con la alevosía, extendidamente, PEÑARANDA RAMOS, 275 ss.

¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292.

¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 21.

Peralta¹⁷. Así pues, este último autor vincula los motivos con el injusto en la medida en que el juicio de culpabilidad se agotaría al «evaluar si se garantizó que [el autor] haya podido motivarse conforme a la norma»¹⁸. De esta suerte, el hecho de abarcar los motivos en la culpabilidad constituiría una forma de censurar, «además del hecho y su evitabilidad, el modo de pensar del agente»¹⁹. Por lo tanto, el supuesto efecto de «causa de justificación a la inversa» solo podría predicarse con respecto al injusto: dada la presencia de una especial motivación, este se presentaría como algo totalmente injustificado a imputar personalmente, con posterioridad, a su autor. Para entender el distanciamiento de Peñaranda Ramos con la idea antedicha considero importante presentar la postura de uno de sus discípulos, Juan Alberto Díaz López. Sobre sus consideraciones, favorables a la vinculación de los motivos con la categoría de la culpabilidad, vuelve el homenajeado en obras posteriores a los efectos de precisar dogmáticamente el fundamento esgrimido en su ejercicio de cátedra²⁰.

Ciertamente, en opinión de Díaz López, quien parte de un concepto de culpabilidad *à la Mir Puig*²¹, esta categoría constituiría un tamiz cuyos agujeros filtrarían el contenido de injusto del delito cometido. Allende la mayor o menor gravedad del hecho, determinadas circunstancias permitirían ampliar o disminuir el tamaño de estos agujeros²². Cometer un delito por un motivo virtuoso, p.ej., los empujearía, de tal forma que el contenido de ilícito que caería a través del tamiz sería menor. Por el contrario, la realización de un delito sobre la base de un motivo desaprobado implicaría un ensanchamiento de estos agujeros hasta el punto de que, sobre el autor del acontecimiento, caería la totalidad de su desvalor²³. Repárese en que, con esta idea, lo que se agrava no es el hecho

¹⁷ Para MÜSSIG, 2005, pp. 129 ss., en cualquier delito de homicidio, la persona atacada contribuye mínimamente a la aparición de la agresión antijurídica. La intensidad de esta contribución iría del escalafón más alto al más nimio, hasta alcanzar situaciones de ausencia de implicación por parte de la víctima. Entre estos últimos casos, MÜSSIG señala los supuestos en los que el homicidio se realiza por una motivación discriminatoria. En estos, la víctima lo sería por el simple hecho de evidenciar una serie de características fenotípicas, culturales o ideológicas: su contribución a la existencia del delito no nacería, en lo que alcanzo, de su voluntad, sino de su condición personal. PERALTA, 2012, pp. 199 ss., 311 s., recupera estas ideas indicando que esta «ausencia de motivación» de la víctima con respecto al hecho antijurídico implicaría la total falta de justificación de este último.

¹⁸ PERALTA, *InDret*, 2013, p. 9.

¹⁹ PERALTA, *InDret*, 2013, p. 8.

²⁰ Aunque ya hacía referencia a ello en ese mismo trabajo: PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 273 s., calificando la proyección de los motivos en el ámbito de la antijuridicidad como un «simple desplazamiento conceptual» que vería «como legítima en el ámbito de la fundamentación del ilícito una desvaloración ético-social de la actitud interna del agente que se rechazaba en el plano de la culpabilidad».

²¹ MIR PUIG, 2011, p. 534.

²² DÍAZ LÓPEZ, 2014, pp. 345 ss.

²³ DÍAZ LÓPEZ, 2014, pp. 388 s.

en sí, pues «un instrumento que filtra no puede aumentar lo que está filtrando»²⁴. Por el contrario, el efecto de los motivos reprochables se focaliza en el instrumento tamizador (la imputación personal), provocando que sus mallas «tengan unos huecos de tales dimensiones que no retengan desvalor en ellas al filtrar: que todo el desvalor caiga al fondo del tamiz al ser filtrado»²⁵. En relación con el artículo 22.4.^a CP, «el motivo discriminatorio» origina «una malla con unos huecos de descomunales dimensiones: a través del tamiz, caerá todo el injusto sin que se haya podido filtrar efectivamente nada»²⁶.

El homenajeado en este libro desarrolla su tesis sobre las anteriores premisas. De esta forma, tras una crítica a los conceptos de culpabilidad basados, por un lado, en el reproche a la actitud interna y, por el otro, en su vinculación a determinadas finalidades preventivas, Peñaranda Ramos asume la línea teórica que presenta esta categoría como un juicio de atribución o imputación personal²⁷. Con esta premisa, el autor se hace cargo de la siguiente crítica: si la culpabilidad filtra, ¿cómo se puede incrementar lo filtrado?²⁸. En paralelo con su discípulo y desarrollando dogmáticamente la idea que ya apuntara en su ejercicio de cátedra, Peñaranda Ramos escapa de esta objeción atendiendo a cuestiones de determinación de la pena: todo delito presenta un marco penológico amplio (p.ej., el homicidio, de 10 a 15 años), lo que no implica «necesariamente la imputación de todo el injusto realizado por el sujeto» (para el caso del artículo 138 CP, los 15 años). Si la pena básica (mitad inferior) intenta captar una situación en la que el delito se sitúa entre la comprensión y la ausencia de excusa posible²⁹, la pena máxima (mitad superior) proyecta el extremo opuesto: un delito carente de disculpa alguna. La culpabilidad, a modo de filtro enriquecido con valoraciones sociales más allá de consideraciones mecanicistas vinculadas con la capacidad del sujeto activo para cumplir con el Derecho³⁰, permitiría valorar el mayor o menor distanciamiento del autor del delito con respecto al hecho y su contenido de injusto. De concurrir una determinada motivación, como el caso de la discriminatoria del artículo 22.4.^a CP, el sujeto «no puede distanciarse siquiera mínimamente de ese hecho y su contenido de injusto se le imputa personalmente en toda su extensión»³¹.

²⁴ DÍAZ LÓPEZ, 2014, p. 345.

²⁵ DÍAZ LÓPEZ, 2014, p. 388.

²⁶ DÍAZ LÓPEZ, 2014, p. 388.

²⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 13.

²⁸ La pregunta la plantea DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, p. 153.

²⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292.

³⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 19.

³¹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 21. Igualmente, PANTALEÓN DÍAZ, *La Ley Penal*, 2020, p. 6; LA MISMA, 2021, pp. 26 s.

Repárese en que esta idea implica una ampliación de los requisitos necesarios para construir el filtro que tamizará el desvalor jurídico-penal de un hecho sobre su autor. Estos no se agotarían con la «capacidad de orientarse por razones»³² y el conocimiento de la antijuridicidad, ni tan solo con las cuestiones tradicionalmente enmarcadas bajo el rótulo de la «imputación subjetiva». Ciertamente, en opinión de esta línea de pensamiento, incluso de cometerse el delito de forma dolosa y con plena capacidad de «expresar sentido», seguiría existiendo parte de la desaprobación del suceso sin poderse filtrar a través de los huecos del tamiz. Esto último, porque el marco penológico de cualquier tipo penal parte de la suposición de que determinadas circunstancias (aún sin descubrir) impedirían filtrar todo el desvalor (pena en su mitad inferior). Solo en casos específicos (p.ej., artículo 22.4.^a CP), las dimensiones del tamiz serían lo suficientemente grandes como para que toda esa desaprobación cayera sobre su autor (pena en su mitad superior). Entonces, la concurrencia de estas especiales motivaciones en el sujeto activo implicaría la existencia de una mayor «negación frontal (...) del carácter vinculante del Derecho penal y del valor de los bienes que este considera dignos de protección»³³.

III. UNA RÉPLICA CRÍTICA

Pese a su virtud explicativa, creo disponer de razones para rechazar la tesis de Peñaranda Ramos. A estos efectos, vuelvo a la separación con la que sistematizaba sus ideas: por un lado, el argumento de fondo (apdo. 3.1); por el otro, su estructuración dogmática en atención al papel de la culpabilidad (apdo. 3.2).

1. Sobre la idea de fondo: motivos reprochables y ausencia de disculpa

En mi opinión, la idea por la cual los motivos reprochables proyectarían un hecho delictivo carente de excusa posible, a diferencia de lo que ocurriría de realizarse el tipo básico del delito correspondiente sin esta específica motivación, está contaminada por la discusión en la que se origina: la distinción entre el homicidio y el asesinato. En efecto, el argumento justificativo de fondo se asienta sobre la impresión de que las circunstancias agravantes de alevosía y precio no añaden nada al desvalor contenido en el artículo 138 CP (la muer-

³² SILVA SÁNCHEZ, 2025, 23/78.

³³ PANTALEÓN DÍAZ, 2021, pp. 25 s., 27; LA MISMA, 2022, p. 320.

te de otro). Si esto es así, las mismas no deben visualizarse por lo que aportan, sino por lo que impiden considerar: que esa muerte pueda justificarse o disculparse de alguna manera. No obstante, la cosa cambia si se modifican dos puntos. Primero, la propia premisa según la cual alevosía y precio no añadirían un *plus* de desvalor a la lesión de la vida (1). Segundo, la perspectiva desde la que se observa el problema de las motivaciones del autor: en lugar de un homicidio/asesinato, pongamos sobre la mesa una agresión sexual (2).

1. La búsqueda de un fundamento para las circunstancias agravantes de alevosía y precio ha copado los esfuerzos de gran parte de la doctrina a lo largo del tiempo. Aunque la cuestión es difícil, creo que existen caminos a recorrer que posibilitan contemplarlas como formas de señalar fenómenos delictivos con un mayor desvalor material al que correspondería de limitarse la conducta a la realización del tipo básico. En lo que al artículo 22.3.^a CP se refiere, ya he defendido en otro lugar la necesidad de entender el «precio, recompensa o promesa» como un mecanismo para identificar determinadas dinámicas de contratación delincuencia que permitirían contextualizar el ilícito en un marco profesional. Ello repercutiría en una doble peligrosidad: una mayor exposición del interés preponderante protegido por el tipo, habida cuenta de la profesionalidad de la comisión delictiva; y una consolidación del mercado del crimen subyacente al que cualquier tercero podría acudir para encontrar una vía con la que canalizar fácticamente su resolución delictiva³⁴. Para el caso de la alevosía, y sin ánimo de extenderme en ello, las consideraciones de Masip de la Rosa aportan, en mi opinión, argumentos de peso para identificar un *plus* de desvalor añadido a la muerte de alguien. Así pues, el autor referido considera que, en estos casos, el autor del delito despoja a su víctima del derecho a la legítima defensa que aquel mismo autor tendría la obligación de soportar³⁵. Ello convertiría el comportamiento en algo más grave, «porque al injusto de atacar a la persona de la víctima, se debe además añadir lo injusto de haber infringido el derecho legítimo de ésta a defenderse»³⁶. Pese a su escueta presentación, considero que ambas vías permiten dibujar un escenario en el que tanto alevosía como precio pueden visualizarse como «algo más» que la lesión de la vida de una persona (o, como mínimo, como una lesión más intensa).

2. En términos simples, no encuentro ninguna razón definitiva para concluir que la muerte de alguien por placer se presente «comprensible o disculpable (...) en atención al contexto en que se realizó» y que, en cambio, esa

³⁴ MARTÍNEZ SANROMÀ, *ADPCP*, 2024, pp. 538 ss.

³⁵ MASIP DE LA ROSA, p. 141.

³⁶ MASIP DE LA ROSA, pp. 141 s.

misma muerte impulsada por un motivo discriminatorio no³⁷. Si la mirada se aleja del homicidio y el asesinato, esta impresión se acentúa. Ciertamente, no hay que olvidar que el artículo 22.4.^a CP es de aplicación general, por lo que su campo de acción no está circunscrito a los delitos contra la vida. Cambiemos, entonces, la perspectiva y tomemos como referencia los artículos 178 ss. CP. De acuerdo con que los marcos penológicos de estos delitos no son signo de claridad alguna, pero repárese en la cuestión de fondo: si la lesión de la libertad sexual de la víctima se demuestra incomprensible cuando ha sido estimulada por un motivo discriminatorio (art. 22.4.^a CP), eso quiere decir que una lesión que carezca de esta motivación debe contemplarse como algo «más comprensible». Y si ello es la consecuencia de asumir que la pena aplicable a la realización de un tipo penal sin la concurrencia de agravantes ni atenuantes debe alejarse de la mitad superior³⁸ dado que el tipo parte de la «suposición» de que ese delito se cometerá en un punto intermedio entre lo parcialmente excusable y lo no excusable³⁹, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿qué circunstancia no explicitada puede hacer pensar que una agresión sexual castigada –pongamos como ejemplo– con 5 años de prisión se presenta como algo más disculpable con respecto a su autor que si tuviera la pena máxima?⁴⁰

En efecto, algo relativo al contexto o a la relación entre autor y víctima debería explicar que una parte del desvalor del hecho no quepa por los huecos del tamiz⁴¹. El problema es que estas circunstancias no se revelan. De hacerlo, podría traerse a colación, con Müssig, el comportamiento de la víctima. Pero, si hay razones para descartar su importancia en el ámbito de los delitos contra la vida⁴², con mayor razón se ha de prescindir de su trascendencia en el contexto de una lesión a la libertad sexual. Ciertamente, el menoscabo de esta última

³⁷ Igualmente, desde la perspectiva del precio, PUENTE SEGURA, 1997, p. 495. Véanse también las reflexiones contenidas en el voto particular de la STS 418/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2481).

³⁸ La que correspondería de concurrir una circunstancia agravante (art. 66.1.3.^a CP); sobre ello, PANTALEÓN DÍAZ, *La Ley Penal*, 2020, p. 6.

³⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292. De esta forma, el artículo 22.4.^a CP vendría a «expresar con una formulación positiva un contexto en el que, de antemano, quede descartada la concurrencia de una causa de exclusión o limitación de la culpabilidad» (PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 14).

⁴⁰ Entiéndase: no me refiero a la mayor o menor gravedad del hecho (la lesión de la libertad sexual puede recorrer un amplio abanico en lo que a su intensidad cuantitativa se refiere, a captar por el margen penológico que ofrece el tipo), sino al vínculo de pertenencia que este hecho presenta con su autor.

⁴¹ A ello alude el propio PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292.

⁴² MASIP DE LA ROSA, p. 134, se opone a «la supuesta evidencia de que compartir la responsabilidad respecto a un hecho entre diferentes acciones, conduce necesariamente a la menor gravedad de las acciones involucradas» pues «[c]ompartir la responsabilidad no significa partirla y repartirla, dando lugar a responsabilidades más pequeñas». Además, si la razón por la cual la víctima contribuye al delito es por la existencia de una supuesta «obligación de protegerse», alcanzaríamos «la conclusión poco deseable de que el artículo 22.1 se habría redactado en perjuicio de la víctima, en lugar de a su favor» (p. 136), lo que es extensible, entiendo, a la circunstancia del artículo 22.4.^a CP interpretada según esta visión.

difícilmente puede contemplarse como algo comprensible dada la concurrencia de una circunstancia distinta a aquella que, debidamente explicitada como culminación de un proceso (político y normativo) de individualización limitada de la responsabilidad (p.ej., la anomalía o alteración psíquica, el trastorno mental transitorio o un estado de intoxicación)⁴³, afecte a la capacidad del sujeto activo de regirse por la norma de conducta. Solo entonces podrá decirse que este se encuentra más distanciado de su injusto y aplicar, en consecuencia, las reglas de determinación de la pena emanada de los artículos 66.1.1.^a (mitad inferior) y 66.1.2.^a (pena inferior en grado de darse una atenuante muy cualificada) CP. A falta de alguna de estas particularidades personales, no creo que haya motivos para negar una relación de pertenencia plena entre el sujeto y su injusto. No obstante, ello implica cuestionarse por el papel de la culpabilidad en todo este proceso, a lo que le dedicaré el siguiente apartado.

2. Sobre su estructuración dogmática: la culpabilidad como tamiz del injusto

La culpabilidad como categoría dogmática constituye un *topos* de la discusión jurídico-penal cuyo agotamiento superaría con creces las limitaciones de esta breve contribución. Sea como fuere, los planteamientos normológicos de corte *bindigniano* que he defendido en otras publicaciones⁴⁴ dificultan que pueda entablar un diálogo fructífero con Peñaranda Ramos a cuenta de aquella. Ciertamente, si el injusto es infracción de una norma de conducta, este tiene que ser por definición culpable⁴⁵. Entonces, en la categoría de la antinormatividad (entendida como «*antijuridicidad culpable de la conducta*»⁴⁶), «la culpabilidad se integra en el juicio de desaprobación de la conducta y *no es precisa* una categoría independiente donde analizarla»⁴⁷. De ello se deriva una concepción sintética del injusto que prácticamente anula la posibilidad de distinguir entre el «juicio *despersonalizado* de desaprobación *sobre el hecho*» y «la posibilidad de *imputación* de ese hecho desvalorado *a su autor*»⁴⁸. Sin

⁴³ Sobre ello, PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, pp. 252 ss.

⁴⁴ MARTÍNEZ SANROMÀ, 2023, pp. 258 ss.

⁴⁵ Por todos, ROBLES PLANAS, 2021, pp. 85 ss., 91 ss.

⁴⁶ ROBLES PLANAS, 2021, p. 85.

⁴⁷ ROBLES PLANAS, 2021, p. 88.

⁴⁸ La distinción la explicita MIR PUIG, 2011, p. 539 (con cursivas en el original). Véase, en todo caso, un intento de estructurar la antinormatividad en ROBLES PLANAS, 2021, pp. 85 ss., alejándose expresamente de la posibilidad de distinguir nítidamente estos dos juicios en forma de (sub)categorías semi-autónomas.

embargo, creo que es correcto asumir con Silva Sánchez que, más allá de la aptitud conceptual del modelo, «la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad debe ser mantenida por una razón tanto lógica como axiológica», de tal forma que en la primera categoría se valora si existe una lesión relevante del interés que subyace a la norma a través de una conducta *ex ante* desaprobada y, en la segunda, «la dimensión de antinormatividad del hecho, esto es, de enfrentamiento con la norma de conducta»⁴⁹. Más allá de las razones esgrimidas, hay un motivo de peso (eminentemente pedagógico) para suscribir estas palabras. Y ello, por otro lado, nos obliga a preguntarnos por la propia capacidad de rendimiento (analítico, sistemático y didáctico) de la teoría de las normas⁵⁰.

En todo caso, asumo que la culpabilidad es la forma jurídica básica de atribuir responsabilidad, entendida esta como la «capacidad del sujeto de atender al interrogante que otro le formula acerca del porqué de un acontecimiento»⁵¹. Con todo, la culpabilidad implica preguntarse por si un *hecho desaprobado* es personalmente imputable o no a un *sujeto*. Sobre esta premisa, es válido afirmar dos cosas. Primera: este proceso de imputación personal «no añade al injusto penal ningún *objeto específico de desvalor* que contribuya a *fundar* la pena»⁵². Segunda: la culpabilidad puede ser entendida como una forma de «filtrar» el contenido de desaprobación del hecho ilícito al sujeto que lo ha realizado o, si se prefiere, de determinar el «mayor o menor distanciamiento» del autor con respecto al suceso desaprobado⁵³. De esta forma, si la culpabilidad constituye una demanda de explicación por un hecho jurídico-penalmente desvalorado, el autor «puede desde presentar la perturbación como un accidente inevitable, hasta describirla como un acto de oposición frontal al ordenamiento jurídico, pasando por todos los niveles intermedios»⁵⁴. La primera respuesta implicará la ausencia de culpabilidad, y estará fundamentada en todas aquellas circunstancias (constitutivas y situacionales) que impidan al sujeto «expresar sentido» a través de su capacidad de cumplir con el Derecho en una situación en la que pueda exigirse dicha conducta⁵⁵. La segunda respuesta posible implicará el extremo opuesto: «la vigencia de la norma queda especialmente puesta en tela de juicio cuando la única explicación que el autor puede proporcionar de su comportamiento equivale a una declaración de que el De-

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, 8/133.

⁵⁰ Véase PEÑARANDA RAMOS, *RPDPJP*, 2001, pp. 437 ss.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, 23/1, lo que implica que «aquello por cuya producción exige [el Derecho] una respuesta es un hecho penalmente antijurídico y, para poder hablar de responsabilidad, es preciso que el suceso no resulte plenamente explicable en términos empíricos».

⁵² MIR PUIG, 2011, p. 534.

⁵³ DÍAZ LÓPEZ, 2014, p. 345.

⁵⁴ PANTALEÓN DÍAZ, 2022, p. 315.

⁵⁵ ROBLES PLANAS, 2021, pp. 88, 93.

recho por el que la sociedad se rige no lo vincula; explicación que, a su vez, no permite distanciar en lo más mínimo al autor de la perturbación típicamente abarcada, que le resulta plenamente atribuible como hecho propio»⁵⁶.

Como indicaba en el anterior apartado, tanto el homenajeado como sus discípulos asumen que esta segunda respuesta la ofrecerá aquel autor que haya cometido el delito, no solo con capacidad de imputación y *dolus malus*, sino también con base en determinados motivos reprochables (para el caso del artículo 22.4.^a CP, de carácter discriminatorio)⁵⁷. Y ello tiene una repercusión básica: las especiales motivacionales del autor no formarían parte de la desaprobación del hecho, sino de aquel conjunto de elementos (imputabilidad, dolo, conocimiento de la antijuridicidad) que permitirían atribuir esa desaprobación a ese mismo autor. A mi parecer, la piedra de toque que empuja a estos autores a rechazar la posibilidad de reconducir los motivos al hecho ilícito como fragmentos de su contenido de desvalor es la asunción (fuerte) de que el artículo 22.4.^a CP opta por el denominado *animus model*⁵⁸. Entonces, lo importante no serían los efectos del hecho realizado, sino la especial motivación del sujeto activo en tanto que estado psicológico que contribuiría a engrosar los requisitos necesarios para afirmar la existencia de una culpabilidad plena en tanto que toma de posición personal frente al Derecho (de concurrir esta motivación, el sujeto expresaría una enemistad total). La asunción que comentaba se centra, en opinión de los autores referidos, en el uso por parte del Código penal de la palabra «motivos» y la cláusula de raigambre subjetivista «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta». Frente a estos dos pilares, esgrimo dos objeciones.

En primer lugar, los «motivos» pueden reinterpretarse como las razones para la acción que permiten visualizar el hecho realizado como un correlato de significado concreto (si sé por qué Z ha abofeteado a Y, mi percepción sobre el hecho cambia)⁵⁹. De esta forma, en palabras de Silva Sánchez, «los motivos y móviles por los que actúa un agente, en tanto que trascienden al mundo exterior, pasan a constituir un elemento básico de la interrelación humana (...) eso ya no pertenece al fuero interno, sino al contenido expresivo de la conducta que se realiza, esto es, a la comunicación»⁶⁰. De conformidad con una parte

⁵⁶ PANTALEÓN DÍAZ, 2022, p. 316.

⁵⁷ Parto en lo que sigue (y a efectos meramente expositivos) de la idea, defendida por estos autores, que el dolo y la imprudencia constituyen elementos de la culpabilidad.

⁵⁸ Por todos, PANTALEÓN DÍAZ, 2022, p. 316.

⁵⁹ AGUADO AGUILAR, 2005, pp. 277, remarcando su importancia en el proceso psicosocial de atribución de sentido o explicación del comportamiento de las personas. También, AUDI, 1993, p. 145: «Si no sabemos por qué razón ha actuado una persona, no podemos entender plenamente a dicha persona».

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2025, 10/77.

importante de la doctrina, creo que es plausible vincular el significado adicional que añaden estos motivos al suceso delictivo básico (p.ej., la muerte de una persona ex artículo 138 CP) con la expresión de una amenaza condicional a los integrantes del colectivo al que pertenece la persona agredida⁶¹, lo que implica serias repercusiones a nivel de bienestar y seguridad colectiva. Sobre esta premisa, entiendo que el hecho exhibirá esta connotación discriminatoria cuando presente de cara a terceros aquellas circunstancias fácticas que presupongan esta dimensión de sentido agregada⁶², lo que no necesariamente debe coincidir con el motivo real de su autor⁶³. En conclusión, el uso de la palabra «motivos» no implica prescindir de cualquier referencia a los efectos (discriminatorios) que pudiera tener la conducta y, con ello, no impide aproximar el artículo 22.4.^a CP al denominado *discriminatory selection model*.

En segundo lugar, la cláusula «con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta» no conlleva necesariamente centrar la atención en las motivaciones reales del autor. Los efectos de puesta en peligro potencial de la vida, bienestar y seguridad de los miembros de un colectivo pueden producirse aunque la víctima concreta a través de la cual se expresa esa peligrosidad no forme parte del grupo particular amenazado. De esta forma, la cláusula mencionada, que permite abarcar tanto los casos de *error in persona* y como los de discriminación «por asociación»⁶⁴, no impide que una agresión a un sujeto que no pertenece al colectivo discriminado exprese, en términos simbólico-comunicativos, una negación de las condiciones de respeto y seguridad de ese mismo grupo. Esto último, bien porque el agresor cree que la víctima forma parte del grupo y así lo expresa en su hecho (se mata a un sujeto al grito de «¡muere, hereje!» con la creencia errónea de que este pertenece a un específico grupo religioso), bien porque esa víctima está relacionada (por parentesco, asociación o afiliación) con ese grupo y el suceso implica el peligro potencial que se pretende eludir (se mata a un activista defensor de los derechos de un colectivo históricamente discriminado —al que no pertenece— manifestando públicamente una animadversión hacia el grupo)⁶⁵.

⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2004, pp. 152 ss.

⁶² Al respecto, como indica GUARDIOLA GARCÍA, *RDPC*, 2022, p. 136, «que la circunstancia atienda a elementos subjetivos no equivale a decir que remite al subconsciente del autor, ni que cualquier categorización de la víctima que esté detrás de la motivación delictiva permite construir un delito discriminatorio».

⁶³ Véase MOLINA FERNÁNDEZ, 2021, p. 842 ss.

⁶⁴ Por todos, DOVAL PAIS, *RV*, 2023, pp. 133 s.

⁶⁵ Sobre los indicios que deben concurrir para atribuir este significado discriminatorio, véase GUARDIOLA GARCÍA, *RDPC*, 2022, pp. 133 ss.

En el momento en el que se concluye que los motivos pueden reubicarse en el hecho antijurídico como componentes de significado adicional, es posible prescindir de ellos en el juicio de imputación personal a los efectos de cuantificar el grado de enemistad expresado por el autor. Con esto claro, si bien un actuar imprudente o hallarse en un estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas permitirán distanciar (en mayor o menor medida) al sujeto del injusto, no creo que haya razones para afirmar que el desvalor del hecho le pertenezca al agente en mayor medida (= no haya posibilidad alguna de distanciarse de este) dada la concurrencia de una circunstancia adicional a la de haber realizado el suceso con capacidad para cumplir con el Derecho en una situación en la que pueda exigirse dicha conducta y, además, con *dolus malus*. Consiguientemente, cuando a un sujeto se le castiga por la concurrencia de un «motivo especial», no se le impone más pena porque no haya contenido de injusto a filtrar, pues la malla del tamiz y sus huecos presentan la misma magnitud que si este motivo no concurriera. Lo que cambia es el hecho que se está filtrando: uno de más grave que merece y necesita más pena por expresar, además de una lesión del interés protegido por el tipo básico (sea la vida o la libertad sexual), una negación de las condiciones de respeto y seguridad de un grupo históricamente discriminado.

IV. CONCLUSIONES

Cualquier aproximación dogmática a las especiales motivaciones del autor de un delito obliga a tomar en consideración la tesis de Peñaranda Ramos. Ciertamente, si la ubicación de aquellos en la culpabilidad se critica por ser encarnación de un Derecho penal de la actitud interna, algo hay que decir frente a una postura que defiende esta misma ubicación sin siquiera acercarse a esa peligrosa orilla. Sirva esta contribución para dos cosas. La primera, para intentar ofrecer argumentos con los que enfrentar dialógicamente las ideas del homenajeado y reivindicar la vigencia dogmática de la ubicación de los motivos del autor en el injusto en tanto que circunstancias accidentales de significado. La segunda y más importante, para agradecer la sosegada y tranquilizadora voz del receptor de este libro el día de la lectura de mi tesis doctoral y su más que cálida acogida en la Universidad Autónoma de Madrid (junto con todos sus compañeros y compañeras). Per molts anys més, Enriquer.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO AGUILAR, Luis: Emoción, efecto y motivación, Madrid, 2005.
- AUDI, Robert: *Action, Intention and Reason*, Nueva York, 1993.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP, Cizur Menor, 2014.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LVII, 2004, pp. 152-176.
- *La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995*, Revista de derecho y proceso penal, núm. 4, 2000, pp. 61-91.
- DOVAL PAIS, Antonio: *Víctima del delito y víctima de la discriminación. La relevancia de la víctima en la circunstancia agravante del artículo 22.4.^a del Código Penal*, Revista de Victimología, núm. 18, 2024, pp. 141-161.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier: *La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 28, 2022, pp. 117-154.
- MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol: *La agravante de «precio, recompensa y promesa». Una interpretación restrictiva del artículo 22.3.^a CP*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LXXVII, 2024, pp. 519-565.
- *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, Barcelona, 2023.
- MASIP DE LA ROSA, Luis Iván: *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, tesis inédita, 2017.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Barcelona, 2011.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Desigualdades penales y violencia de género*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, núm. 13, 2009, pp. 57-88.
- *Antijuridicidad y sistema del delito*, 3.^a ed., Buenos Aires-Montevideo, 2021.
- MÜSSIG, Bern: *Mord und Totschlag. Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts*, Colonia, 2005.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta: *¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia (1)*, *La Ley Penal*, núm. 147, 2020, pp. 1-10.
- *Discriminación económica en el artículo 22.4.^a CP: aporofobia ¿y plutofobia?*, en *Reflexiones académicas sobre los delitos de odio*, Madrid, 2021, pp. 22-43.
- *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Madrid, 2022.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Delitos de odios y Derecho Penal de la Culpabilidad*, en Díaz López (coord.), *Reflexiones académicas sobre los delitos de odio*, Madrid, 2021, pp. 7-21.
- *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal*, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 2, 2001, pp. 401-442.

- Estudios sobre el delito de asesinato, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- PERALTA, José Milton: *Homicidios por odio como delitos de sometimiento (Sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odios)*, InDret. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 4, 2013, p. 1-27.
- Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Madrid, 2012.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso, Madrid, 2021.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo: Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, Madrid, 1997.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: Teoría de las normas y sistema del delito, Barcelona, 2021.
- SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen, 1958.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Derecho Penal. Parte General, Navarra, 2025.

14. LA AMNISTÍA VISTA POR EL ABOGADO GENERAL SPIELMANN: TRES PREGUNTAS CONTRAFÁCTICAS

CÁNDIDO PAZ-ARES*
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Amnistía se halla pendiente del veredicto del TJUE. Entretanto, en el ámbito europeo, se han producido dos pronunciamientos relevantes y no concordantes. Uno son las «Observaciones Escritas» de la Comisión Europea dirigidas al TJUE en relación con las cuestiones prejudiciales interpuestas por el Tribunal de Cuentas (asunto C-523/24), de fecha 9 de diciembre de 2024, y otro las «Conclusiones» del Abogado General (AG) Spielmann sobre las cuestiones presentadas por la Audiencia Nacional, de fecha 13 de noviembre de 2025 (asunto C-666/24)¹.

Sin perjuicio de alguna referencia colateral a las Observaciones de la Comisión, estas páginas se centran en las Conclusiones del AG y en su evaluación comparativa con los argumentos hechos valer por el Tribunal Consti-

* El presente trabajo rinde tributo de amistad y aprecio intelectual a Enrique Peñaranda con motivo de su jubilación. Agradezco a Isabel Aldanondo, Sebastián Albella, Jesús Alfaro, Manuel Aragón, Manuel Atienza, Nuria Bermejo, Pedro Cruz, Pablo De Lora, Javier Díez-Hochleitner, Víctor Ferreres, Fernando Gómez-Pomar, Liborio Hierro, Francisco Laporta, Marta Lorente, Rafael Núñez-Lagos, Fernando Pantaleón, Carlos Paredes, Jesús Remón, Alfonso Ruiz Miguel, Daniel Sarmiento y Miguel Virgós las molestias que se han tomado leyendo el papel y formulando observaciones. La versión que se publica aquí está ali-gerada respecto de la que vio la luz en *InDret* 1, 2026, pp. 467-500.

¹ Con la misma fecha han visto la luz también las Conclusiones del AG Spielmann en relación con las cuestiones prejudiciales suscitadas por el Tribunal de Cuentas (asunto C-523/24). Estas segundas Conclusiones, de carácter más limitado, quedan sin embargo fuera del foco del presente trabajo (marginalmente se citarán como «Conclusiones II»).

tucional en su sentencia de 26 de junio de 2025 (STC 137/2025). No se busca en ellas un examen analítico de los problemas que suscitan las consultas prejudiciales desde el punto de vista del derecho derivado. Su único propósito –más teórico que exegético– es calibrar las razones de fondo que conducen al AG a afirmar *la conformidad general* de la Ley de Amnistía con el derecho primario de la Unión y, específicamente, con las exigencias del estado de derecho (art. 2 TUE).

Las razones en cuestión –unas simplemente afirmadas, otras algo más desarrolladas– son básicamente tres: (i) *inexistencia de autoamnistía propiamente dicha*: los diputados nacionalistas que votaron la ley no resultaron personalmente beneficiados por ella; (ii) *regularidad mecánica del procedimiento legislativo*: la tramitación de la ley se ajustó a cauces y requerimientos formales previstos en el ordenamiento parlamentario; y (iii) *suficiencia de la finalidad declarada*: la expresa apelación de la ley a la reconciliación purga la amnistía de cualquier tara achacable a la motivación del legislador. Se trata de razones concomitantes con las que han llevado al TC a rechazar la inconstitucionalidad *in totum* de la Ley de Amnistía, si bien estas últimas –importa subrayarlo desde el principio– aparecen formuladas en términos notablemente más radicales.

El denominador común de todas ellas reside, si se me permite expresarlo así, en la *prioridad atribuida a la semántica sobre la pragmática* a la hora de determinar el significado de los enunciados legales. No discuto esa prioridad. Es llano que el texto tiene prioridad sobre el contexto en el entendimiento e interpretación de las leyes, e incluso que esto debe encarecerse cuando se trata de revisar su conformidad con arreglo a reglas y principios superiores, pertenezcan estos al derecho europeo o a la constitución nacional. Lo que discuto, para expresarlo *à la Rawls*, es el carácter *lexicográfico* que tanto el AG (más aparente que realmente) como el TC (más real que aparentemente) asignan a la prioridad en cuestión, un carácter que impide nivelar o ponderar los distintos factores hermenéuticos: aquellos situados anteriormente –los semánticos– tienen un valor absoluto, por así decirlo, con respecto a los que le siguen –los pragmáticos–, y se mantienen sin excepción².

La hipótesis que defiende es simple: la prioridad del texto no puede traducirse en la exclusión del contexto³. El juez constitucional, sea el juez

² Cfr. RAWLS, 1979, pp. 62-63.

³ Ni siquiera lo pretenden los más estrictos defensores de la concepción semántica del lenguaje jurídico (v., por ej., LAPORTA, 2007, p. 177). Aclaro en todo caso que me he tomado alguna licencia al contraponer semántica y pragmática en nuestra discusión, pues parto, primero, de un entendimiento muy amplio de la pragmática, no circunscrito a las implicaturas conversacionales o lingüísticas clásicas; segundo, de una cierta correspondencia entre semántica y «legalismo» o, si se prefiere, *ruleness* o «regleidad» constitucional (y, por contraposición, de pragmática y «principalismo»); y tercero, de la nece-

europeo o el juez doméstico, no puede cerrar los ojos a la realidad. El error del AG –y, de forma más acentuada, el del TC– reside precisamente ahí, en acorazar el texto gramatical de la ley frente al contexto intencional del legislador. El principio democrático impone ciertamente una alta dosis de deferencia con el texto: la *contención judicial* es necesaria para evitar la suplantación contramayoritaria de la voluntad de la nación representada. Pero al propio tiempo exige no hacer completa abstracción del contexto: hay que evitar esa otra forma de corrupción o erosión de la democracia que ha dado en llamarse *legalismo autocrático*, al menos cuando se manifiesta más allá de toda duda razonable. Esta es una preocupación fundamental en este papel.

La expresión «legalismo autocrático» ha sido acuñada recientemente para designar prácticas políticas caracterizadas por valerse de mecanismos jurídicos previstos en un ordenamiento con credenciales democráticas para fines poco democráticos⁴. Encubren ataques de mayor o menor intensidad al orden constitucional haciendo uso precisamente de métodos o cauces habilitados formalmente por dicho orden, como ocurre en particular con la amnistía⁵. Los procesos de autocratización o desdemocratización a los que sirven las prácticas de marras constituyen una preocupación creciente de las instituciones europeas, que conviene subrayar en un momento en que la compatibilidad de la Ley de Amnistía con el derecho de la Unión aguarda la decisión del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. No debe olvidarse que una de las misiones principales de la Unión Europea es velar por la integridad de la democracia y del estado de derecho en los Estados miembros y que las estrategias de legalismo o formalismo autocrático solo pueden combatirse eficazmente mediante el análisis pragmático o contextual de los propósitos perseguidos por el legislador sobre el que se asientan los controles de la desviación de poder o arbitrariedad del legislador.

Sentado lo anterior, entro ya en materia. Mi propósito es someter los tres argumentos semánticos del AG –inexistencia de autoamnistía, regularidad del procedimiento legislativo y suficiencia o autosuficiencia de la finalidad declarada– a la prueba del aguijón pragmático. Me serviré para ello de otras tantas preguntas contrafácticas, con las que espero estresar el razonamiento del AG –y, de paso, el del TC– y enfrentarlo a sus propias contradicciones.

sidad de diferenciar dos sentidos o dimensiones en la «autonomía semántica» de las leyes (sobre estos últimos aspectos, v. *infra* § IV).

⁴ Sobre este concepto v. SCHEPPELE, 2018, p. 548 y nt. 7. El ensayo constituye una buena introducción a las olas más recientes de desdemocratización.

⁵ No hace falta decir que, en mi opinión, la amnistía tiene cabida formal en nuestra Constitución (v. PAZ-ARES, 2024, cap. II); en este punto no difiero de las conclusiones de la STC 137/2025 (FFJJ 3 y 4).

II. ¿INEXISTENCIA DE AUTOAMNISTÍA?

La primera pregunta contrafáctica puede formularse así:

¿habría entendido el AG que la amnistía aprobada por el legislador español no habría podido calificarse de «autoamnistía» ni siquiera en el supuesto de que la medida hubiese favorecido directamente en sus personas a los siete diputados de Junts o de ERC?

La pregunta se refiere, sobra aclararlo, a un escenario hipotético en el que los propios diputados nacionalistas, cuyos votos resultaron decisivos para la aprobación de la ley, hubieran resultado ellos mismos eximidos de las penas de cárcel y obligaciones de resarcimiento de las arcas públicas que alternativamente habrían tenido que sufrir si hubiesen cometido o participado personalmente en la comisión de los delitos de sedición y malversación del *procés*. Doy por sentado que en un escenario así el AG habría considerado la amnistía como una «autoamnistía» de libro y, consiguientemente, habría suscrito a pies juntillas el criterio de la Comisión⁶. La evidencia de un conflicto de interés de tal claridad e intensidad le habría obligado a ampliar el concepto estricto —o «bananero»— de autoamnistía sobre el que funda su argumento para dar cabida en él al supuesto contrafáctico que propongo para la discusión. Nótese que el AG reserva el concepto para las amnistías concedidas *in extremis*, «en vísperas de una transición política» y mediante «un acto unilateral impuesto por un *poder autoritario*», cuyo paradigma ilustra en nota con algunos casos de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos⁷. El argumento del TC es de factura similar:

«Por principio, una ley debatida y aprobada por el parlamento de un Estado democrático de derecho que contempla la extinción de la responsabilidad penal por amnistía no puede calificarse de autoamnistía, propia de sistemas políticos autoritarios o de estados en transición, dictadas o autorizadas por quienes se benefician de tal inmunidad» (STC 137/2025, FJ 10.2 *in fine*)⁸.

⁶ El criterio de la Comisión es conocido: «No parece que la LOA [Ley Orgánica de Amnistía] responda efectivamente a un objetivo de interés general reconocido por la Unión. De entrada, la LOA parece constituir una autoamnistía [...] porque los votos de sus beneficiarios han sido fundamentales para su aprobación en el parlamento español» (Observaciones, § 94). En pro de la calificación de la amnistía como «autoamnistía», la Comisión añade un segundo argumento tanto o más poderoso que el anterior, al que me referiré más tarde (v. *infra* § IV, nt. 21 y texto correspondiente).

⁷ V. Conclusiones, §§ 92 y 91 y nt. 60. En esta sección se aborda únicamente la crítica de dos de los argumentos aducidos por el AG para rechazar la objeción de la «autoamnistía»; la de los otros dos se emprende a su debido tiempo (v. *infra*, respectivamente, §§ III y VI b), especialmente en nt. 58 y texto correspondiente).

⁸ La presuposición implícita en el argumento —el carácter angelical de los diputados de un parlamento «democrático»— es objeto de la mordaz ironía de GIMBERNAT, *El Español*, 17-X-2025.

Ahora bien, aun admitiendo la necesidad de ampliar el concepto de «autoamnistía» más allá del estereotipo «bananero», es muy probable que el AG siguiese sin aceptar, en relación con el caso real, la opinión de la Comisión. Insistiría en que el supuesto contrafáctico propuesto no prueba nada dada su lejanía con el real. De hecho, su principal argumento contra la existencia de autoamnistía en la Ley de Amnistía es que:

«las personas que se benefician [de ella] no son miembros o representantes del Gobierno o del poder legislativo que [la promueve o aprueba], de modo que no existe un vínculo directo entre el ejercicio del poder político y el beneficio de la medida» (Conclusiones, § 95).

El argumento, como se aprecia a simple vista, es de clara hechura semántica. Es cierto que, en el caso real, los parlamentarios de Junts o ERC no son beneficiarios *directos y en persona* de la medida de gracia, pero eso es cabalmente lo que hay que valorar. La cuestión que suscita la pregunta contrafáctica es si importa el carácter directo y personal del beneficio, si importa tanto. Y francamente, creo que no. ¿Acaso no sería exactamente lo mismo si, en lugar de ser ellos los beneficiarios directos de la medida, lo hubieran sido sus padres o sus hijos? Conjeturo que, enfrentado a este nuevo contrafáctico, el AG convendría en la equiparación.

Pues bien, la cuestión intrigante es por qué no ha considerado necesario extender la equiparación en el caso real, en el que la vinculación de los siete diputados de Junts o de ERC con los principales beneficiarios de la amnistía (específicamente, con el Sr. Puigdemont, Presidente de Junts y el Sr. Junqueras, Presidente de ERC), aun siendo de distinta naturaleza, es igualmente —o suficientemente— estrecha. No hace falta insistir en la jerarquía interna y férrea disciplina de voto que rige el funcionamiento de nuestros partidos. Bastará aquí con recordar una norma del ordenamiento parlamentario español, generalmente pasada por alto en la discusión, para advertir que el conflicto de interés relevante no se ciñe al que tenga el parlamentario en su propia persona, sino que alcanza también al de sus «personas vinculadas» y, entre ellas, a la que sea capaz de ejercer una influencia significativa sobre él:

«Existirá conflicto de interés [cuando el parlamentario] tenga un interés personal, tanto directo o propio, como indirecto a través de otra persona singularizada, que pueda influir de manera inadecuada en el cumplimiento de sus deberes; de tal forma que pueda poner en duda su objetividad e independencia, o que implique que como parlamentario no persiga la consecución del interés general» (art. 3.1 CCCG o Código de Conducta de las Cortes Generales).

¿Cabe dudar de la condición de «persona singularizada» de Puigdemont o de Junqueras y de su intervención decisiva en el proceso de negociación y «personalización» de la Ley de Amnistía finalmente aprobada por las Cortes? No creo que nadie lo dude⁹. La idea de «autoamnistía» no puede por ello rechazarse de una manera tan expeditiva. En lugar de coger el toro por los cuernos y enfrentarse con la problemática de las personas vinculadas como fuente de conflicto de interés, el AG ignora el tema o pasa sobre él de puntillas. De su argumento resulta claro en todo caso que, de haber asumido la existencia de un conflicto de interés relevante, habría calificado la amnistía como autoamnistía censurable bajo los principios del derecho europeo. No pienso lo mismo del TC, cuyo argumento semántico alcanza ribetes de un formalismo absolutamente extravagante. Llega a excluir la autoamnistía por no encajar en la literalidad del artículo 102.3 CE¹⁰.

De lo anterior colijo que, en el caso del AG, el carácter lexicográfico o absoluto de la prioridad de la semántica sobre la pragmática es más aparente que real. Si hubiese podido considerar todas las circunstancias concurrentes y hubiera advertido que los diputados nacionalistas estaban en una situación de genuino conflicto de interés, sus Conclusiones probablemente no habrían sido iguales. Me atrevo incluso a conjeturar que habría juzgado ilegítima la finalidad de la ley, como antes lo había hecho la Comisión, con fundamento directo en la cláusula general de estado de derecho del artículo 2 TUE. No puedo decir lo mismo del TC¹¹ y, en general, de aquellos comentaristas que apuran el argumento semántico y la tesis legalista hasta sus últimas consecuencias. Me refiero a quienes, pese a admitir –como no podía ser de otra forma– que hay un conflicto de interés en sentido propio y, por ende, «autoamnistía», consideran, a mi modo de ver un tanto escandalosamente, que el conflicto resulta irrelevante o trivial en el control de constitucionalidad de las leyes por referirse este a una circunstancia extratextual o de contexto. Es ilustrativa, por ejemplo, la posición del Prof. García Albero:

«Admit[i]mos que en otros ámbitos fuera del parlamentario, dicho contexto convertiría la decisión, sin más, en arbitraria, por incurrir los decisores en manifiesto conflicto de intereses (intercambio de votos –investidura– a cambio de la extinción

⁹ Sobre el proceso de ajuste de la ley a la medida exacta de las necesidades personales de Puigdemont que fueron presentándose durante el procedimiento legislativo con motivo de diversas actuaciones judiciales me permito reenviar a PAZ-ARES, 2024, pp. 98-106.

¹⁰ V. STC 137/2025, FJ 10.2.

¹¹ V. STC 137/2025, FJ 11.2 (niega valor normativo directo a la cláusula del estado de derecho del artículo 1.1 CE). Hallándose en pruebas este trabajo se ha publicado la STJUE 21-IV-2026, asunto C-769/22, cuya importancia no puede desconocerse. Es la primera vez que el Tribunal de Luxemburgo admite la infracción de uno de los valores de la Unión –en este caso el valor “Estado de Derecho”– como fundamento de una infracción autónoma del derecho primario.

de responsabilidades penales, administrativas, contables e incluso civiles de algunos decisores: rectius, de personas vinculadas con los decisores formales, esto es, los auténticos decisores materiales). Por definición, las decisiones adoptadas en el parlamento son el fruto de la confrontación y articulación de intereses previos explícitos y conocidos “[...] Toda corrupción, como vengo sosteniendo hace tiempo, puede ser construida a partir de la teoría del conflicto de intereses, pero la excepción se encuentra en las leyes, sin que quepa excluir los casos más graves”» 12.

El argumento es indudablemente coherente con la tesis semántica, pero esta circunstancia no lo salva de la objeción, bastante más severa, del legalismo autocrático. La última frase del fragmento transcrito resulta alarmante. ¿No sería acaso motivo de vergüenza jurídica que la justicia constitucional llegase a validar una ley de amnistía como la que se pretendió aprobar en Rumania en el año 2019, un ejemplo señero de autoritarismo de baja intensidad? Volveré más tarde sobre este caso tan aleccionador (v. *infra* § VI c) *in fine*).

III. ¿REGULARIDAD DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO?

La segunda pregunta contrafáctica generaliza la primera:

¿habría estimado el AG que el *iter* legislativo que ha conducido a la aprobación de la Ley de Amnistía ha sido tan ortodoxo e inobjetable como supone si hubiera tenido conocimiento preciso, detallado y debidamente documentado de las anomalías procesales que lo pavimentaron?

Mi impresión es nuevamente que no. Es probable que la cuestión prejudicial de la que traen causa las Conclusiones no haya incidido sobre estos temas y que, en consecuencia, las anomalías aludidas le hayan pasado inadvertidas al AG¹³. Precisamente por ello tiene aún interés formular la pregunta. Para alguien familiarizado con lo sucedido, la inexactitud de la premisa de que arranca la argumentación del AG es llamativa:

«[la Ley de Amnistía] es fruto de un procedimiento parlamentario regular tramitado en el seno de un sistema democrático pluralista» (Conclusiones, § 92).

Si la regularidad la entendemos pragmáticamente, considerando no solo el texto de las opciones y cauces procesalmente disponibles, sino también el con-

¹² GARCÍA ALBERO, 2024, pp. 118-119

¹³ Aunque versan sobre una cuestión prejudicial distinta, las Observaciones de la Comisión sobre este aspecto podrían haber puesto al AG sobre aviso. No obstante, en su descargo diré que son tan escuetas y genéricas (v. COMISIÓN, 2024, § 95), que no era fácil reparar en la verdadera magnitud del problema denunciado.

texto y las finalidades perseguidas con una determinada planificación del *modus legiferandi*, la tramitación de la Ley de Amnistía tendría que situarse en las antípodas de una tramitación regular. La democracia se define como «poder en público». Bobbio empleaba esta expresión sintética para aludir a todos aquellos expedientes institucionales que obligan a los gobernantes a tomar sus decisiones a la luz del sol, a dar razón de ellas (de las suyas verdaderas y no de otras contruidas *ad hoc*) y a soportar su contrastación en el marco de un proceso abierto¹⁴.

A la vista de esta definición, la tramitación de la Ley de Amnistía es un compendio de las peores prácticas que uno puede imaginar en un sistema democrático: conversaciones «ginebrinas» fuera de la luz y taquígrafos del parlamento, opción por el trámite de urgencia en la cuestión más inidónea para él, ausencia de la debida consulta pública así como de cualquier expediente de implicación de los interesados, omisión deliberada de la memoria de impacto, exclusión de otros informes normalmente preceptivos (Consejo General del Poder Judicial, Ministerio Fiscal, etc.), gestión del trámite de «aprobación» de las enmiendas fuera de las Cortes, las cuales no debían «tocar una coma» de lo negociado extramuros, inopinada sustitución del secretario general del Congreso por persona de la confianza del Gobierno justo en la hora en que el procedimiento echaba a andar, etc., etc., a todo lo cual debe añadirse la irregularidad procesal del conflicto de interés señalada más arriba (v. *supra* § II)¹⁵.

Las citadas no son más que algunas instancias en un largo prontuario de agresiones claras –todas se fundan en hechos palpables y tangibles– al buen gobierno parlamentario y al buen gobierno en general. De ellas se desprende, con escaso margen para la equivocación, una decidida voluntad de remover los mecanismos institucionales y procesales que permiten hacer a los gobiernos y parlamentos verdaderamente responsables y verdaderamente dignos del nombre de autogobierno. Su objetivo –como dicen los politólogos al describir las prácticas más típicas de autocratismo de baja intensidad– consiste en «to sabotage accountability [...] by means of secrecy, disinformation and disabling voice»¹⁶.

Algunas de las malas prácticas evocadas han tratado de justificarse con el argumento de que el origen de la amnistía fue una proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista y no un proyecto de ley del Gobierno. Pretexto o excusa de mal pagador. Nada habría impedido tramitar la proposición de ley cumplimentando «voluntariamente» o «analógicamente» las consabidas exigencias de transpa-

¹⁴ Cfr. BOBBIO, 1999, p. 339.; son las cargas asociadas a la idea (equivalente) de «razón pública» en Rawls (v., por ej., RAWLS, 2002, pp. 129-135).

¹⁵ Me ocupo de todas ellas con cierto detalle en PAZ-ARES, 2024, pp. 197-218.

¹⁶ GLASIUS, 2018, p. 517.

rencia, implicación, información y deliberación. No debe olvidarse, además, que la iniciativa se adoptó y la propuesta se preparó por el propio Gobierno, valiéndose de los medios de la Administración que dirige. Nada habría impedido tampoco tramitar formalmente la iniciativa como lo que sustancialmente siempre fue, un proyecto de ley, aunque para ello hubiera que esperar a la investidura del Gobierno. Resulta irritante que se apele a las limitaciones de un Gobierno en funciones para excusar un proceder tan irregular como es poner en marcha un programa de investidura antes de que esta se haya formalizado. El famoso «pago por adelantado» es otra anomalía destacable del proceso. Una evidencia más de cuál fue la verdadera finalidad de la amnistía (pero sobre esto volveremos luego: v. *infra* § 4), incluso de la escasa confianza que había puertas adentro sobre el comportamiento apalabrado de los diputados y, en definitiva, del legislador. De ahí la ironía de un antiguo Presidente del TC al tildar al legislador de «hombre de honor», como Marco Antonio llamó a Bruto en el drama de Shakespeare¹⁷.

Las consideraciones a que da pie la segunda pregunta contrafáctica apuntan a otro *punctum dolens* en las Conclusiones del AG. Uno puede conjeturar que, de haber cobrado conciencia de la envergadura de las anomalías registradas en el procedimiento legislativo, incluida la autoamnistía, más que suficientes para refutar la presunción de que el ejecutivo y las fuerzas parlamentarias que lo sustentan actuaron de buena fe en favor del interés público, este habría emprendido su labor bajo el *principio metodológico de la sospecha*¹⁸. Tales circunstancias no pueden más que rebajar el grado de la deferencia debida al legislador¹⁹. Sería un sarcasmo que quien está llamado a velar por los principios del estado de derecho y la legalidad europea no mirase con la mayor preocupación la picaresca y marrullería parlamentarias exhibidas en el despacho de la Ley de Amnistía, comenzando por la treta o ardid de la proposición de ley tantas veces denunciada por Bruselas en el capítulo español de sus informes sobre la *rule of law* en los Estados miembros.

Y hablando de sarcasmos, no me resisto a recordar que el programa con que el Partido Socialista concurrió a las últimas elecciones autonómicas, celebradas unos meses antes de tramitarse la proposición de ley de amnistía, contenía el compromiso de que solo utilizaría la fórmula de la proposición de ley con las mismas garantías de transparencia e integridad exigidos a los proyectos de ley y, concretamente, sin prescindir del «dictamen de los correspondientes órganos consultivos». Dicho y al día siguiente no hecho.

¹⁷ P. CRUZ VILLALÓN, El País, 20-VI-2025, p. 13.

¹⁸ Es oportuno remitir aquí al texto de uno de nuestros constitucionalistas más incisivos: v. FERRERES, 2021, cap. VI, pp. 203 ss.

¹⁹ La Comisión cita algunas de las irregularidades en el procedimiento como indicio de que la amnistía no obedece a un objetivo de interés general de la Unión (v., por ej., Observaciones, § 95).

IV. ¿AUTOSUFICIENCIA DE LA FINALIDAD DECLARADA?

Llego así a la tercera y última pregunta, la más importante:

¿qué habría pensado el AG si la ley se hubiese titulado *Ley Orgánica de Amnistía para la investidura del Gobierno de España* y su exposición de motivos hubiese explicado con detalle la bondad de la iniciativa para hacer posible el desarrollo del programa progresista de la coalición gubernamental?

Tampoco aquí tengo dudas. No creo que el AG hubiese compartido la opinión de quienes, con base en el pluralismo político (arts. 1.1 y 6 CE) y la naturaleza «no militante» de nuestra democracia, conjeturan que «la simple oportunidad de formar una mayoría parlamentaria de investidura vale como fundamento constitucional para una ley de amnistía»²⁰. El AG habría estimado sin vacilar, al igual que antes lo había hecho la Comisión, que en un supuesto así la finalidad de la ley es ilegítima por no obedecer a una razón suficiente de «interés general» reconocido por la Unión o –en el ámbito interno– por la Constitución²¹. Presumo que además habría condenado la amnistía como práctica autoritaria de baja intensidad. La fatiga de derechos fundamentales y principios básicos del estado de derecho que inevitablemente trae consigo no puede justificarse con la finalidad de armar un «gobierno progresista» o de blindarlo en el poder para «evitar que venga la derecha y la ultraderecha». Bien mirada, esta finalidad se da de bruces con las ideas del pluralismo político y la democracia no militante. Utilizo las expresiones entrecomilladas porque con ellas arrancó en nuestro país el proceso político de la amnistía²². De la pulsión autoritaria latente se han hecho eco muchos comentaristas, no todos con la eficacia del escritor Javier Cercas:

«que la izquierda sea moralmente superior a la derecha [...] es la idea más venenosa de cuantas circulan por el mercado político español, sobre todo para la propia izquierda; [...] si la izquierda se desentiende de la democracia (o si su com-

²⁰ V., por ej., SAIZ ARNAIZ, 2024, p. 97, con más referencias; v. también, en la misma línea, pese a considerar la amnistía moralmente detestable, HIERRO, 2026, ap. 4.2.

²¹ Recuérdese que la Comisión excluye de raíz la posibilidad misma de utilizar la amnistía para lograr la investidura. Es otra derivada del argumento de la «autoamnistía»: «si hay respaldo para considerar que las autoamnistías en las que quien ostenta el poder político pretenden blindarse garantizándose su inmunidad jurídica son contrarias al principio de Estado de Derecho, parece que el mismo criterio habría que aplicar cuando quien está en el Gobierno garantiza la impunidad de sus socios a cambio del apoyo parlamentario» (Observaciones, § 94); para una mayor elaboración de este argumento, v. PAZ-ARES, 2024, pp. 78-86.

²² La referencia más elocuente se registra más adelante (v. *infra* texto y nt. 50).

promiso con ella se vuelve evanescente o retórico), deja de ser izquierda: la democracia es la condición de posibilidad de la izquierda»²³.

La posición del AG es clara: una amnistía política solo puede justificarse por un objetivo de *reconciliación*²⁴. La búsqueda de cualquier otro y, en particular, el de *gobernación* –posibilitar la investidura para llevar a cabo el programa progresista de la coalición evitando el riesgo de alternancia política–, necesariamente determinaría la descalificación del acto de aprobación, bien por entrañar una discriminación no justificada, contraria a los artículos 20 y 21 CDFUE²⁵, bien por representar un abuso o desviación de poder, incompatible con los principios europeos del estado de derecho (arts. 2 TUE) o –para decirlo con nomenclatura doméstica– un acto de «arbitrariedad de los poderes públicos», incompatible con las exigencias de nuestra Constitución (art. 9.3 CE)²⁶. Esto último ha sido reconocido incluso por el TC:

«[s]i del análisis riguroso de la ley resulta la ausencia de otra finalidad que no fuere la pura transacción partidista [de la investidura], la ley será arbitraria» (STC 137/2025, FJ 7.2 b).

En definitiva, si la ley se hubiese llamado *Ley Orgánica de Amnistía para la investidura del Gobierno de España*, habría sido rechazada sin mayor miramiento tanto por el AG como por el TC. El *quid* o la gracia de esta conclusión estriba en la perplejidad a que aboca. Todos sabemos con certeza que la gobernación o investidura fue, en el mundo real, la auténtica finalidad de la Ley de Amnistía²⁷. ¿Cómo es posible entonces que no se dude en descalificar la medida cuando su «finalidad oficial» es la investidura y que, en cambio, la desca-

²³ CERCAS, El País 1-VII-2025, p. 11

²⁴ Conclusiones, § 90.

²⁵ Conclusiones, §§ 124-127.

²⁶ Me he referido a la finalidad de posibilitar la investidura, pero también podría haberlo hecho a la de rectificar una decisión judicial. Es inútil por ello añadir que la pregunta contrafáctica podría haberse planteado igualmente en estos otros términos: ¿qué hubiese pensado el AG si la ley se hubiese llamado *Ley Orgánica de Amnistía para la desjudicialización del conflicto político de Cataluña* y su exposición de motivos hubiese justificado la iniciativa apelando a la necesidad de evitar que los jueces impongan su criterio en la calificación de los actos del *procés* como delitos. Para facilitar la exposición aludiré solo a la gobernación o investidura, aunque cuando hable de ellas normalmente deberá entenderse implícita también una alusión a la desjudicialización. No en vano fue ese el intercambio sustanciado entre las formaciones políticas que pactaron la investidura: unos querían asegurarse el gobierno del país y, a cambio de ello, otros requerían desjudicializar el conflicto político, es decir, descriminalizar lo que, según su lenguaje, habrían indebidamente «criminalizado» los jueces (volveré luego sobre este extremo: v. *infra* § VI b).

²⁷ Incluso sus promotores lo han reconocido sin recato, al menos en el momento inicial, como acabamos de recordar (v. *supra* nt. 22; v. también *infra* nt. 50). Más tarde, cuando cayeron en la cuenta de que tenían que actuar estratégicamente, regularon. Este giro es muy revelador, según he explicado con algún detalle en otra parte (v. PAZ-ARES, 2024, pp. 212-218).

lificación se rechaza, por el solo hecho de no declararse o consignarse como finalidad oficial, cuando todo indica que aquella fue su «finalidad real»? Esto es algo chocante cuando menos. Algo que hay que explicar, pues en la esfera laica no resulta fácil aceptar que la ley se reduzca a un mero conjunto de palabras completamente abstraídas o independizadas de las circunstancias y propósitos que las motivaron.

La cuestión nos sitúa ante un rompecabezas de la teoría del derecho, que no me gustaría banalizar con una presentación maniquea. La verdad es que el AG no elabora nada sobre el particular. Uno podría preguntarse entonces si hace suya la tesis de la suficiencia o *autosuficiencia de la finalidad declarada* del TC, conforme a la cual la única finalidad jurídicamente relevante –de ahí precisamente su «autosuficiencia»– es la «finalidad oficial», la que proclaman o se desprende de las palabras de la ley. Mi impresión es que la respuesta del Abogado General a esta pregunta sería, una vez más, negativa. En ningún momento de sus Conclusiones presupone el AG la irrelevancia de la «finalidad real» ni relega esta a la esfera de los motivos particulares de los parlamentarios; antes al contrario, como veremos pronto, remarca su importancia (v. *infra* § VI). Su fidelidad a la doctrina del TJUE e incluso del TEDH, le impediría además abrazar la tesis exclusivamente semántica del TC y desaprovechar los resquicios que deja la jurisprudencia de sendos tribunales europeos para la lectura pragmática. Porque de lo que no hay duda –lo veremos también muy pronto– es de que esos resquicios existen, otra cosa es que no resulte fácil establecer su alcance (v. *infra* § V).

Siendo así, necesariamente se impone reconocer algún límite a la *autonomía semántica de la finalidad declarada*, concepto bajo el cual aludo a la independencia u opacidad de la finalidad oficial o declarada respecto de la finalidad real. El concepto es un remedo del de *autonomía semántica de la norma establecida*, con el cual acostumbra a designarse la independencia u opacidad de la formulación de la norma –es decir, del texto a través de la cual se expresa– respecto de su justificación subyacente²⁸. La «autonomía semántica» sirve en el primer caso para enjuiciar la validez de las normas y en el segundo, para determinar su alcance o ámbito de aplicación. Sostengo que la autonomía semántica de la finalidad declarada es, al igual que la autonomía semántica de la norma establecida, una autonomía relativa, no absoluta, es decir, una autonomía derrotable²⁹. «Autonomía semántica» no implica, así pues, «estanqueidad semántica». Aquí reside el meollo de mi argumento.

²⁸ La obra de referencia es SCHAUER, 2004, pp. 113 ss.

²⁹ De ahí que se hable de «positivismo presuntivo» (cfr. SCHAUER, 2004, pp. 266-269).

El objetivo de los tres apartados que siguen es desgranarlo. En el primero muestro que la tesis de la autosuficiencia –o estanqueidad semántica– de la finalidad declarada es incompatible con la doctrina del TJUE e incluso con nuestra propia Constitución (v. *infra* § V). En el segundo, compruebo que, a diferencia de lo que sucede con el TC, el AG en verdad parte de la premisa de que la relevancia de la finalidad oficial o declarada está supeditada a su autenticidad –es decir, a su condición de motivo determinante o preponderante de la acción del legislador– y que, justo por esta razón, su argumento es inconsecuente (v. *infra* § VI). Y en el tercero, traigo a colación la doctrina del *propósito ulterior* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), bajo cuya luz se hace directamente inteligible todo lo anterior y, en definitiva, la ilegitimidad de la Ley de Amnistía tanto en el plano del derecho europeo como en el del derecho constitucional español, debidamente interpretado este (v. *infra* § VII). En estos tres puntos reside el grueso del trabajo, que se cierra luego con una breve consideración sobre el legalismo autocrático (v. *infra* § VIII).

V. ESTANQUEIDAD SEMÁNTICA DEL TC: CRÍTICA

El primer paso del razonamiento anunciado consiste en presentar la tesis semántica en toda su radicalidad. Nada mejor a tal efecto que repasar la sentencia sobre la amnistía del Tribunal Constitucional, en la que el paradigma queda perfectamente dibujado. El TC parte del presupuesto de que, en el ámbito del poder legislativo, carece de sentido hablar de una finalidad *real* del legislador distinta u opuesta a su finalidad *oficial*. La única finalidad relevante es la declarada en el texto de la ley (o inferida de este en vía interpretativa). Ello es así –viene a decírsenos– porque la ley es un producto objetivado, es el texto resultante, no el contexto causante:

«si la Ley de amnistía responde a un interés particular inidóneo para justificar, desde la óptica del artículo 9.3 CE, el ejercicio legítimo de la potestad legislativa es algo que este tribunal solo puede determinar ejerciendo escrupulosamente su jurisdicción, a través de un examen jurídico del texto normativo que es objeto de enjuiciamiento» (STC 137/2025, FJ 7.2 a).

En otras palabras, la ley no tiene otro fin que el que «*la propia ley enuncia como propio*»³⁰: «no cabe confundir las motivaciones últimas que

³⁰ VELASCO, 2025, p. 511.

puedan subyacer a un determinado acto de legislación (más allá de lo que declare [...] el preámbulo) con las normas en él establecidas» (STC 137/2025, FJ 3.2.1). «Los motivos o intenciones de quienes l[o] promovieron» constituyen «una cuestión ajena a lo jurídico» (FJ 6.3). La «voluntad del legislador no puede confundirse con la de cada parlamentario que concurre, con su voto, a la formación de la voluntad de la Cámara» (FJ 7.2 b) y, por tanto, «las intenciones de los parlamentarios que han votado a favor de la ley [...] no constituyen objeto de nuestro control» (FJ 7.3.1). El «debate procesal que se desarrolla en esta sede [...] tiene por objeto normas, no intenciones» (FJ 11.4 in fine), etc. El error no está tanto en lo que dice el TC, sino –como digo– en la radicalidad con que lo dice. La legislación es ciertamente un proceso de objetivación, pero un proceso de objetivación no puede confundirse con un proceso de cristalización capaz de convertir la «autonomía semántica» en verdadera estanqueidad, la prioridad de la finalidad oficial sobre la real en prioridad lexicográfica o –lo que es lo mismo– la presunción de coincidencia de la finalidad oficial y la finalidad real en presunción *iuris et de iure*.

Ahí –en la inadmisión de la prueba en contrario– radica el nervio del asunto. Pues el hecho de que por lo general haya que dar prioridad a la vertiente semántica del significado –a lo que se desprende del texto de la ley, incluso de su exposición de motivos– no significa que haya de descartarse su vertiente pragmática, lo que se deduce del contexto «extralingüístico» en que nace la ley, al menos cuando tal significado emerge con *indisputable claridad*. La fisiología ordinaria no debe servir de excusa para desconocer la patología extraordinaria. La «autonomía semántica», no solo la convencional, también la aquí aludida, es siempre relativa. En consecuencia, si excepcionalmente puede probarse que la finalidad real o contextual es ilegítima y que dicha finalidad ha trascendido de alguna forma al proceso legislativo, habrá que concluir que afecta a la validez de la ley. La concepción de la ley como un simple conjunto de palabras no puede llevarse al extremo. Las leyes han de verse también como expresión de intenciones colectivas y como artefactos dotados de un propósito o finalidad. Aunque intención y finalidad y razón justificativa son tres cosas distintas, se funden con frecuencia en la idea de que el trabajo del juez es entender el sentido y dar sentido a la ley, más que seguir servilmente sus palabras.

Podemos convenir en la dificultad empírica de probar las intenciones del legislador, no en su imposibilidad conceptual, que es lo que en última instancia postula un TC partido por la mitad (seis votos contra cuatro) cuando afirma de manera apodíctica que no cabe «levantar el velo» ni «esperar de este Tribunal

un ejercicio de realismo político [...] para indagar y valorar hechos políticos subyacentes que explicarían, en última instancia, las intenciones de los parlamentarios que han votado a favor» (STC 137/2025, FJ 7.2 b). Nuestra opinión es muy resuelta: el formalismo jurídico no puede sustituir completamente, so pena de degradar la dimensión material del estado de derecho, al realismo político. La averiguación de las intenciones del legislador constituye una cuestión epistémica y, como tal, puede ser elucidada mediante los procedimientos ordinarios para descubrir y establecer los hechos³¹. Esto forma parte hoy en día del acervo adquirido, especialmente por obra de la jurisprudencia del TEDH (v. *infra* VII *in fine*).

Dicho más exactamente, la dificultad epistémica de escrutar los estados mentales de los diputados no puede blandirse como argumento para descartar la posibilidad de imputar una intención a un grupo. Es posible elaborar una idea de agencia colectiva, que no presuponga «entes colectivos», sino entramados complejos de reglas de imputación³². De hecho, en la vida ordinaria no encontramos impedimento alguno en atribuir intenciones a grupos, organizaciones o instituciones, sea por medio de *intenciones representativas* (identificamos ciertos individuos cuyas intenciones cuentan como intenciones del grupo), sea por medio de *intenciones compartidas* (como sucede en nuestro caso, en el que no resulta difícil suponer que muchas personas tengan las mismas intenciones)³³. Esa imputación ha de ser posible especialmente allí donde la disciplina de voto partidista opera con mano de hierro y las circunstancias permiten presumir la comunión de todos o casi todos los diputados con los objetivos reales.

Hay que tener en cuenta además que no tiene sentido prescindir radicalmente de las intenciones de quienes participan en el proceso legislativo. Si asumiéramos que las leyes que hacen los diputados no representan sus intenciones, tendríamos que asumir que el hecho de que estas sean estúpidas o sabias, parciales o imparciales, interesadas o desinteresadas, *self-serving or public-spirited*, resulta indiferente, lo cual es irracional. Una premisa así solo resultaría aceptable si pudiéramos confiar en algún mecanismo tipo «mano invisible» que asegure la bondad o deseabilidad de las leyes con independencia de las creencias e intenciones de los diputados, pero ese mecanismo smithiano o hayekiano difícilmente puede operar en parlamentos dominados por partidos³⁴. La dificultad epistémica por tanto es solo eso, una dificultad, que puede ser superada con procedimientos probatorios más o menos sofisticados, o más o menos exigentes.

³¹ MARMOR, 2001, p. 220.

³² Cfr. BAYÓN, 2017, p. 71.

³³ Cfr. MARMOR, 2001, pp. 206-212.

³⁴ Cfr. RAZ, 2009, p. 275.

La dificultad epistémica no ha supuesto desde luego un obstáculo insalvable en la jurisprudencia europea. Cuando hace falta esta sabe perfectamente cómo pasar del modo «semántico» al modo «pragmático»³⁵. Para ilustrarlo bastará con recordar un solo episodio, el más simple quizá, de la tortuosa reforma judicial en Polonia³⁶. Me refiero a la aprobación por el parlamento de ese país de la ley por la que se rebajó a 65 años la edad de jubilación de los magistrados. Pese a que la finalidad oficialmente proclamada fue la de armonizar la edad de jubilación con la del resto de trabajadores y fomentar una estructura de antigüedad más equilibrada en la judicatura, el TJUE no tuvo inconveniente en considerar que la realmente perseguida fue propiciar la remoción de su cargo de los magistrados más incómodos del Tribunal Supremo y, sobre esa base, resolver que la ley suponía una amenaza para la separación de poderes³⁷. Tan claro lo vio que dictó una medida cautelar ordenando la suspensión de la aplicación de la reforma bajo la conminación de multas coercitivas de un millón de euros diarios.

Puede decirse, así pues, que el Tribunal europeo ignoró el contenido asertivo del texto legislativo mientras atendió al contenido comunicado en el contexto, del que infirió que el propósito dominante de la reforma era controlar el Tribunal Supremo con el resultado inevitable de minar la independencia judicial, uno de los principios básicos del estado de derecho (arts. 2 y 19 TUE). Los argumentos aducidos fueron de diversa índole, pero se basaron en evidencias circunstanciales, en la escasa idoneidad de las medidas emprendidas y en la no necesidad de hacerlas retroactivas de inmediato para conseguir el fin buscado de la armonización de la edad de jubilación, algo similar a lo que, a mi modo de ver, debió haber sucedido –y no sucedió– con la Ley de Amnistía

³⁵ El TC cree haber orillado este escollo mostrando la escasa pertinencia de las sentencias del TJUE alegadas por los recurrentes en el caso de la amnistía (v. STC 137/2025, FJ 7.3.1). No obstante, tal vez porque es consciente de la mayor receptividad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (e incluso del TEDH) al argumento pragmático, especialmente en materias sensibles del estado de derecho, se ha sentido en la necesidad de curarse en salud puntualizando de antemano que, en todo caso, los pronunciamientos europeos «no pueden constituir canon autónomo de enjuiciamiento constitucional» (v. STC 137/2025, FJ 7.3.1). Sobre decir que la puntualización no es exacta o no lo es del todo: el principio de interpretación conforme al derecho europeo también obliga al juez constitucional.

³⁶ La última sentencia y más general es la STJUE 5-VI-2023, asunto C-204/21, §§ 91-110 y 112; v. también STJUE 2-III-21, asunto C-824/18; STJUE 15-VII-2021, asunto C-719/19, § 157; etc. Estas controversias y otras ya anteriores (v. STJUE 6-XI-2012) se inscriben en un escenario marcado en los últimos años por el protagonismo del Tribunal de Justicia en defensa del estado de derecho y por el progresivo afinamiento y refinamiento de las armas jurídicas de respuesta a la regresión democrática de diversos países, singularmente, de Polonia y Hungría.

³⁷ V. STJUE 24-VI-2019, asunto C-619/18, especialmente §§ 80-97.

en España³⁸. En suma, lo que vino a decir el TJUE es que, si bien la finalidad oficial era legítima, el contexto real hizo desvanecerse su credibilidad:

«[el contexto] permite albergar dudas en cuanto a que la reforma acometida tuviera realmente por objeto armonizar la edad de jubilación de esos jueces con la aplicable al conjunto de los trabajadores y optimizar la estructura por edades de los miembros de dicho Tribunal con responsabilidades directivas» (STJUE 24-VI-2019, § 84).

De este modo, el Tribunal de Justicia rechaza de plano el axioma de la estanqueidad sobre el que se construye la sentencia doméstica de la amnistía («*Una cosa es [...] el fin de la ley y otra la intención última de los autores*»: STC 137/2025, FJ 7.2 b). A partir de ese rechazo, su conclusión no podía ser más que esta:

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) a los jueces de ese Tribunal en ejercicio no está justificada por un objetivo legítimo. Por lo tanto, dicha aplicación viola el principio de inamovilidad del juez, inherente a su independencia (STJUE 24-VI-2019, § 96) / De ello se sigue que la primera imputación de la Comisión, basada en la infracción [del principio de independencia judicial] del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, debe ser estimada» (STJUE 24-VI-2019, § 97).

La lógica que inspira al Tribunal es similar o cercana a la que preside el artículo 18 CEDH, es decir, la lógica de *la desviación de poder*: una medida formalmente legítima puede ser incompatible con el estado de derecho si, por su diseño y contexto, permite alcanzar fines incompatibles con la independencia judicial. Sostiene incluso que no hace falta probar intención subjetiva ni conspiración; basta el riesgo estructural. El fantasma del deterioro institucional asociado al legalismo autocrático recorre, no sin dramatismo, la STJUE 24-VI-2019.

Por lo demás, la idea de estanqueidad semántica y la prioridad puramente lexicográfica a que conduce resultan insostenibles desde el punto de vista estrictamente positivo. *Analíticamente equivalen a anular el control de arbitrariedad sancionado por el artículo 9.3 CE in fine*³⁹. Pues asumiendo como hipótesis metodológica que ningún legislador en sus cabales —como ningún

³⁸ Son relevantes a este propósito las consideraciones que dimanarían del principio de proporcionalidad (v. PAZ-ARES, 2024, pp. 106-138).

³⁹ Sobre el sentido de la cláusula en el constitucionalismo doméstico y foráneo (el caso suizo es de interés), v., por todos, RAMÓN FERNÁNDEZ, 2016, pp. 83 ss.

reo en los suyos— confiesa en público lo que es poco confesable, la conversión de la declaración del legislador en dogma de fe inexpugnable conduce a excluir de antemano la posibilidad de verificar si ha actuado o puede haber actuado con una intención aviesa o torcida y, con ella, la posibilidad misma del control de desviación de poder del legislativo. La única manera de garantizar un contenido mínimo a la cláusula positiva de interdicción de la arbitrariedad es configurando la prioridad del texto sobre el contexto como una prioridad no absoluta, como una prioridad o presunción cualificada o muy cualificada si se quiere, pero relativa o *iuris tantum*, refutable acreditando más allá de toda duda razonable que la finalidad primordial no coincide con la declarada. Esta exigente condición no se discute: de la fortaleza cualificada de la prioridad o presunción depende críticamente el funcionamiento ordinario de una democracia parlamentaria.

El propio TC es consciente de que ha podido ir demasiado lejos en su defensa de la prioridad lexicográfica y de su particular teoría de la estanqueidad semántica. Tanto que no se le ocurre otra cosa para salvar su razonamiento que terminarlo con esta nueva pirueta dialéctica:

«Todo lo anterior no significa, sin embargo, que haya de validarse sin más toda explicación expresa aportada por el legislador. Lo importante, cabe insistir en ello, es el análisis jurídico [lo que aquí se ha llamado análisis semántico] de la ley impugnada. Si el legislador pretende alcanzar con ella una finalidad espuria es, en definitiva, algo que este tribunal solo puede determinar legítimamente analizando el objeto normativo sobre el que versa su enjuiciamiento, y no a través de un juicio de intenciones políticas» (STC 137/2025, FJ 7.2 c); en términos parecidos ya se había expresado en el FJ 7.2 a).

Recomiendo al lector que vuelva a leer el paso transcrito con mayor pausa. Advertirá que el intento de salvación ensayado por el TC no puede correr mejor suerte que el del Barón de Münchhausen. La contradicción profunda de su argumento —el Tribunal trata de nadar y guardar la ropa a la vez— aflora con claridad. Es pragmáticamente inconsistente afirmar la disponibilidad del Tribunal a controlar la finalidad espuria del legislador y, al propio tiempo, sostener que el carácter espurio de la finalidad solo puede acreditarse con el texto de la ley. Es tanto como fiar cualquier condena a la confesión del reo⁴⁰. Com-

⁴⁰ Imagínese que el parlamento de la Comunidad Autónoma de Murcia dicta una ley prohibiendo el uso de instalaciones deportivas para usos religiosos a propuesta de Vox y a la vista del conocido antecedente del Ayuntamiento de Jumilla. Del contexto podría inferirse sin dificultad que la finalidad declarada (reservar las instalaciones deportivas solo para usos de esta naturaleza) oculta un atentado contra la libertad religiosa de los musulmanes y el principio de igualdad como con razón esta vez sostuvo el Gobierno

probaremos además que, incluso asumiendo su criterio, en nuestro caso debe llegarse a la conclusión contraria, pues hay datos tanto en la exposición de motivos como en el articulado de la Ley de Amnistía en el que el propio legislador se delata (v. *infra* § VI b) *in fine*).

VI. APERTURA PRAGMÁTICA DEL AG: AUTENTICIDAD DE LA FINALIDAD

El siguiente paso de nuestro razonamiento tiene por objeto mostrar que, aunque lo parezca, el AG no comete el mismo error que el TC. Su planteamiento deja más espacio a la pragmática. Una lectura detenida de sus Conclusiones permite constatar, en efecto, que la eficacia legitimadora de la finalidad declarada queda supeditada a la prueba de su autenticidad empírica⁴¹. El AG se toma la molestia de repasar la jurisprudencia del TEDH sobre amnistías justo con el propósito de destacar la necesidad de que el objetivo reconciliatorio sea, como indica el sentido común, el auténtico objetivo perseguido por el legislador o al menos, en el caso de que existan varios, el objetivo principal. En el espacio de menos de una página, insiste hasta en cuatro ocasiones en la exigencia de que la amnistía «se inscriba en un marco creíble de justicia transicional»; responda a «un verdadero proceso de reconciliación nacional»⁴²; «se enmarque en un verdadero proceso de atribución de justicia que asocie reparación para las víctimas y, en su caso, reconciliación»⁴³; y se adopte «en un contexto real de reconciliación política y social»⁴⁴. La insistencia es fácil de comprender dado el riesgo inherente a este instrumento de gracia de ser adulterado o empleado con fines bastardos en el marco de estrategias políticas de dudosa calidad democrática.

Es cierto sin embargo que, después de tanto insistir en la autenticidad, concluye –algo precipitadamente, algo decepcionantemente y sin el menor atisbo de análisis crítico de la verosimilitud de tal finalidad de reconciliación– que:

«así parece suceder en el presente caso, como sugiere la propia finalidad de la [Ley], expresada en su título oficial: Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de

(v., por ej., El País 11-VIII-2025; «El Gobierno impugna el veto de PP y Vox a las celebraciones islámicas en Jumilla»). Agradezco a Víctor Ferreres haber llamado mi atención sobre este ejemplo tan ilustrativo.

⁴¹ *Rectius*, a la no refutación de la presunción de autenticidad que la ampara.

⁴² Conclusiones, § 82.

⁴³ *Ibid.*, § 84.

⁴⁴ *Ibid.*, § 90.

amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña» (Conclusiones, § 90; insiste en lo mismo al descartar una discriminación por razones ideológicas en los §§ 126-128).

Justamente aquí nos percatamos de la levedad de su análisis tanto en el plano jurídico como en el fáctico. En el plano jurídico, uno echa de menos que el examen de la jurisprudencia del TEDH no se haya extendido a su doctrina sobre la desviación de poder a la luz del artículo 18 CEDH, todo menos que impertinente en este caso como veremos más tarde (v. *infra* § VII). Y en el plano fáctico, a uno le cuesta entender que el AG no haya dudado de la autenticidad o credibilidad del objetivo declarado a la vista de los antecedentes notorios de la amnistía, de los cuales en este momento será suficiente con destacar dos.

a) Uno reside en la circunstancia misma de la *mayoría raspada* con que fue aprobada la ley. En este punto, a diferencia de lo que hizo la Comisión⁴⁵, el AG no le sacó al Informe de la Comisión de Venecia todo el rendimiento que podía haberle sacado. El AG coincide con los expertos del Consejo de Europa en afirmar que una amnistía política solo puede justificarse por un propósito de reconciliación⁴⁶. Sin embargo, se separa de ellos cuando ignora o pasa por alto el hecho, de significado cuando menos sospechoso, de que la ley haya sido aprobada por una mayoría simple tan ajustada.

Es archisabido que la Comisión de Venecia sostuvo que la amnistía debía ser aprobada por una mayoría amplia, holgada o cualificada. Esa exigencia no era expresión de un desiderátum desprovisto de relevancia jurídica (¿qué duda cabe de que lo mejor es que cualquier ley se apruebe con el mayor consenso posible!), según han sugerido algunos analistas. Una interpretación tan ligera del mensaje veneciano no resulta convincente. No puede perderse de vista que el mensaje se inserta en un informe sobre la viabilidad jurídica de la medida desde la óptica del estado de derecho (no sobre su conveniencia política); que los autores del informe son juristas de elevada cualificación, de los que no cabe esperar que den puntadas sin hilo; y, sobre todo, que la referencia a la mayoría cualificada adquiere en el informe fuerza por así decir «vertebradora». No se trata de una simple alusión marginal o de un comentario hecho de soslayo. La pretensión de que la ley fuese aprobada por «una mayoría cualificada apropiada» fue insistente y recurrente. En un texto relativamente breve, sobrio y muy medido, se repite hasta en seis ocasiones⁴⁷. ¿A qué se debe tanta insistencia?

⁴⁵ Observaciones, 2024, § 95.

⁴⁶ COMISIÓN DE VENECIA, 2024, §§ 78 y 80.

⁴⁷ Cfr. COMISIÓN DE VENECIA, 2024, §§ 62, 75, 78, 80, 122 *in fine* y 128.

¿Cómo puede explicarse? A mi juicio, solo de una manera: como exigencia estructural de cualquier amnistía política o, si se prefiere, como condición *sine qua non* de que concurre el objetivo que la justifica. *La reconciliación carece de credibilidad sin una mayoría holgada*⁴⁸.

Cuando se anunció la Ley de Amnistía, un titular de *The Economist* (9-XI-2023) resumió inmejorablemente la situación: «Spain's prime minister secures his job, at high cost. An amnesty for separatists may calm some Catalans, but it infuriates other Spaniards». La furia o ira desatada por la decisión no pasó inadvertida a los expertos del Consejo de Europa, que observaron los efectos perturbadores de la amnistía por doquier: en medios académicos, profesionales, políticos, etc., y en la propia sociedad civil, cuyas manifestaciones masivas contra la medida no debieron echarse en saco roto. A los datos inventariados y reelaborados por la Comisión de Venecia, ella misma añade las prospecciones de opinión y recuerda, por ejemplo, que –según *Metroscopia*– el 70 % de la población encuestada estaba en contra de la amnistía frente a un 26 % a favor⁴⁹. Vistas las «feroces críticas» suscitadas y el «profundo y virulento» enfrentamiento causado por la amnistía en todos los estratos (son siempre palabras y juicios de la Comisión de Venecia), su conclusión fue que el objetivo mismo de reconciliación perseguido con ella estaba en peligro. Y fue precisamente para evitar «sus muy divisivos efectos en la sociedad» la razón por la que los expertos encarecieron la aprobación de la ley por «una mayoría cualificada apropiada».

La premisa implícita en todo su análisis es *la existencia de una correlación directa necesaria entre credibilidad de la reconciliación y amplitud del consenso*. En el fondo, la Comisión de Venecia se malicia de que la invocación de la reconciliación es una impostura. Ahí veo yo el nervio de su informe: una mayoría exigua o raspada o pelada –y la consiguiente fractura de la representación política que lleva en dos mitades irreconciliables– resulta ella misma divisiva. Mayoría raspada y reconciliación representan, así pues, una *contra-dictio in adiecto*.

b) El otro antecedente que debió haber llevado al AG a poner en duda la autenticidad o credibilidad del propósito de reconciliación proclamado es el hecho cierto de que la Ley de Amnistía se fragua como *condición de la inves-*

⁴⁸ La mayoría holgada debe interpretarse en sentido amplio, que comprende tanto una mayoría afirmativa amplia, cuanto una mayoría más restringida pero sin oposición relevante (son oportunas al propósito las observaciones de AGUADO, 2024, pp. 83-85). La inexistencia de oposición relevante indica que la mayoría no es divisiva.

⁴⁹ V. COMISIÓN DE VENECIA, 2024, §§ 32 y 98. Aunque no cita dicho informe, el AG se hace eco del «debate profundo y virulento» causado por la amnistía en las instituciones, la clase política y la sociedad españolas (Conclusiones II, § 4).

tidura del Gobierno entre los partidos políticos de la coalición. No confundo motivos y fines. Únicamente constato que, a menudo, unos y otros se superponen. Lograr la investidura no fue por lo demás un simple motivo de quienes buscaban mantenerse en el poder, también incorporaba una finalidad determinada –solo que insuficiente para justificar una amnistía, según vimos antes (v. *supra* § IV)–, cual era posibilitar el desarrollo de un «programa de progreso». El Presidente Sánchez no pudo expresarlo con mayor claridad cuando, a la vista de los resultados electorales, puso en marcha el proceso:

«en nombre de España, en el interés de España, en defensa de la convivencia entre españoles, defendiendo hoy la amnistía en Cataluña [...] porque esta es la única vía posible para que haya un Gobierno en España y no dar a Feijóo y Abascal una segunda oportunidad de formar un gobierno que nos haga retroceder décadas en sólo unos años»⁵⁰.

Añádase a ello que en vísperas de las elecciones ninguno de los partidos integrantes de la coalición de investidura consideraba idónea la amnistía para la reconciliación. Los que la rechazaban (básicamente el PSOE), porque entendían que podía envenenar la convivencia: su entendimiento era que la política de concordia había llegado al límite del precipicio con los indultos y la reforma penal y que dar un paso más significaría salirse o despeñarse fuera de la zona de equilibrio con riesgo cierto y grave de ahondar en la división en lugar de propiciar la reconciliación (como luego confirmaría la Comisión de Venecia⁵¹). Y los que la reclamaban (especialmente Junts y ERC, pero también Sumar y Podemos, etc.), porque consideraban que era necesaria, no para promover la reconciliación (de la que los nacionalistas abominaban), sino por una razón radicalmente distinta –y radicalmente incompatible con el principio de separación de poderes–, cual era la de deshacer la injusticia que estimaban cometida por los tribunales en la aplicación del Código Penal a los catalanes insurrectos y, en definitiva, para rectificar o casar la sentencia del *procés* del Tribunal Supremo y las que imaginaban serían su secuela en relación a otros procesados. En eso consiste precisamente la famosa «desjudicialización»⁵². ¿No hay acaso razones para dudar de la autenticidad de la finalidad declarada en el texto de la ley cuando el contexto –todo lo que decían unos y otros públicamente el día antes y algunos dejaron después registrado en el

⁵⁰ De estas palabras del Presidente ante el Comité Federal de su partido se hizo eco toda la prensa (v., por ej., El País 29-X-2023, pp. 22-23). Hay muchos otros testimonios similares que podrían traerse a colación (v. PAZ-ARES, 2024, pp. 79-80 y 85-86).

⁵¹ No puede compartirse por ello la opinión de aquellos comentaristas que especulan con la posibilidad de que, en realidad, la amnistía no fuese incoherente con la política previa del PSOE (v., por ej., López Guerra, 2024, p. 25). Ignoran la lección de Paracelso: *sola dosis facit venenum*. Menos aún la de quienes aventuran que la oposición del PSOE a la amnistía durante la campaña electoral fue una simple «mentira piadosa» (SÁNCHEZ CUENCA, El País, 16-V-2024, p. 13).

⁵² Este punto, objeto de desarrollo detallado en mi libro (v. PAZ-ARES, 2024, pp. 86-97), sería retomado de forma incisiva después por MESTRE, 2024, pp. 175 ss.

diario de sesiones del Congreso y del Senado— indica de forma apabullante que ninguno de los partidos que la promueven y acuerdan creía en la reconciliación?

La reconciliación fue un pretexto. El verdadero objetivo de la amnistía fue la gobernación (la investidura). La explicación de la amnistía como fruto de la negociación de un programa común por parte de los partidos integrantes de la coalición de investidura es ciertamente exacta. Lo que no es exacta es la visión de esa negociación como *business as usual*, en la que la amnistía se hace aparecer como una concesión más hecha por una parte a favor de otra para obtener su apoyo, como si fuera la cesión de los trenes de cercanías a la Generalitat de Cataluña o un ajuste exigido por la contraparte en la política de vivienda. Ahí está el error. La amnistía, como remedio excepcional, no se presta para servir como moneda de cambio en una transacción política. El propio AG subraya esta idea en diversos momentos. Uno es cuando recuerda el peligro que le es connatural «en los períodos de turbulencias políticas», a saber: que «*las fuerzas políticas recurr[a]n a la amnistía como medio de extender y consolidar el poder*»⁵³. Otro, cuando precisa su especialidad teleológica:

«[s]olo una amnistía estrictamente delimitada y que se enmarque en un verdadero proceso de atribución de justicia, que asocie reparación para las víctimas y, en su caso, reconciliación puede considerarse compatible con las obligaciones positivas que recaen sobre los estados parte del CEDH» (Conclusiones, § 84).

Pero, en este caso, la amnistía porta consigo además un pecado original que amplifica o acentúa su ilegitimidad desde el ángulo tanto de los principios europeos del estado de derecho como de la Constitución española. No me refiero ya al hecho del intercambio de favores que colorea el acuerdo de autoamnistía, como recalca la Comisión⁵⁴, sino a la finalidad con que, según queda dicho, fue originalmente concebida por sus promotores: la *desjudicialización* (la rectificación judicial), incompatible con la separación de poderes y la reserva de jurisdicción (art. 117.1 y 3 CE). Una finalidad así no puede ser alterada o borrada sobrevenidamente con un simple cambio de nombre; no más diciendo que lo que antes era rectificación judicial ahora es reconciliación. La desjudicialización no se blanquea con una simple apelación a la reconciliación y el interés

⁵³ Conclusiones, § 2, nt. 6.

⁵⁴ Observaciones, 2024, § 94.

general, aunque se repita seis veces en la exposición de motivos⁵⁵. La irritación producida en el poder judicial por la amnistía no trae causa de su supuesta oposición a una genuina política de concordia, sino de la interferencia del legislador en su labor, una interferencia que ha percibido como desautorización de su calificación del *procés* como delito grave de sedición y confirmación de la acusación difundida con vehemencia por los independentistas, que han tildado las sentencias del Tribunal Supremo de «persecución política».

Por todo ello, quien haya seguido de cerca el proceso no puede menos que leer con sorpresa juicios como este: «no es posible apreciar en la Ley de amnistía la finalidad de crítica o censura al Poder Judicial que los recurrentes le atribuyen»; sin que de la descriminalización de las conductas «quepa derivar valoración legislativa alguna acerca de la actividad jurisdiccional que los órganos judiciales hubieran realizado en el pasado respecto de las conductas que devienen amnistiables» (STC 137/2025, FJ 11.4). Es difícil sustraerse a la sensación de oquedad que producen estas palabras. Pese a todo el esmero puesto en la redacción defensiva de la ley, la idea de desjudicialización ha acabado asomando en ella incluso *expressis verbis*. Hay dos datos especialmente elocuentes. Uno es aquel paso de la exposición de motivos en el que leemos que las Cortes Generales aprueban la amnistía como vía «para abordar desde la política un conflicto político» (Preámbulo, ap. II, 5.º párrafo *in fine*). La frase completa suena a algo más que a *excusatio non petita*; es directamente delatora⁵⁶. No habla de delitos, sino de conflicto político; no habla de ilegalidades y desobediencia al derecho; solo habla de política: todo es política y en política –como observó irónicamente un comentarista– no deben intervenir los jueces⁵⁷. En última instancia, la idea de desjudicialización no puede desgajarse del concepto de «*lawfare*» pregonado por los independentistas, un concepto que acabaría aflorando, como es notorio, en el propio *Acuerdo político PSOE-Junts para la investidura*, hecho público el 9 de noviembre de 2023.

El otro dato, aún más delator, está en la propia definición del ámbito objetivo de la amnistía, del que el artículo 1.1 LA excluye prácticamente todos los actos delictivos cometidos por quienes se opusieron al *procés* y la secesión (la única excepción son las «actuaciones policiales» previstas en las letra e) y hechos conexos de la letra f). Esta exclusión, en la que insistieron las fuerzas nacionalistas durante la tramitación legislativa, solo puede explicarse como confirmación de que la verdadera finalidad de la ley era «desjudicializar» los actos de afirmación de la independencia y secesión, en cuya calificación delictiva por parte de los jueces los independentistas veían, como se indicó, «persecución política. Lo cu-

⁵⁵ En este punto, pido al lector que se haga la pregunta contrafáctica alternativa planteada en su momento (v. supra nt. 26).

⁵⁶ Cita completa: «De esta manera, al asumir las Cortes Generales esta decisión de política legislativa no solo no invaden otros espacios, sino que, muy al contrario, y en uso de sus competencias, asumen la mejor vía de las posibles para abordar, desde la política, un conflicto político».

⁵⁷ DE CARRERAS, 2024, p. 7.

rioso del caso es que el TC, en vez de interpretar esta asimetría en el tratamiento de partidarios y opositores a la secesión como evidencia positiva de que la desjudicialización formó parte de la finalidad real de la ley, la interpreta –asumiendo una vez más el carácter axiomático de la finalidad oficial– como una simple inconsistencia con la idea de reconciliación, a la que ciñe su intervención correctora (v. STC 137/2025, FJ 8.3.4). De este modo especioso, el Tribunal elude tener que anular toda la ley con base en la ilegitimidad constitucional de su propósito real. Valorando la inconsistencia como una simple infracción del principio de igualdad (art. 14 CE), le basta con declarar inconstitucional («por omisión») el artículo 1.1 LA. La única consecuencia de este enfoque defensivo consiste en extender, contra la voluntad constatable del legislador histórico, los beneficios de la amnistía a los opositores al *procés* (STC 137/2025, FJ, 8.3.5).

No discuto la lógica de la cirugía menor en el marco general de comprensión o precomprensión de la ley asumido por el TC⁵⁸. Lo que discuto –y objeto– es que el Tribunal no haya tirado de ese hilo precisamente para poner en entredicho, con un argumento estrictamente textual, aquel marco general de comprensión y, a partir de ahí, acometer una operación de cirugía mayor. En este aspecto, el razonamiento del Abogado General resulta metodológicamente menos objetable. La razón ahora alegada por este para rechazar la existencia de «autoamnistía» (es decir, la ilegitimidad general de la amnistía) no falla normativamente. Falla solo fácticamente, lo cual constituye un error más disculpable dadas las limitaciones de cognición inherentes al procedimiento prejudicial en que interviene. El AG carecía de datos para cuestionar que la amnistía «*opera impersonalmente*», por eso lo afirma. En otros términos, el AG probablemente no pudo reparar en que el artículo 1.1 LA estaba llamado a operar asimétricamente, beneficiando solo a los que participaron en el *procés* para «*proteger a un régimen político* [léase, al Gobierno independentista de la Generalitat y las fuerzas que lo sustentaron] o a sus representantes frente a posibles actuaciones judiciales» en lugar de operar simétricamente en beneficio de todos (también de quienes delinquieron con actuaciones en contra del *procés*, con el fin de «*dar respuesta a una situación excepcional con un objetivo declarado de normalización*» o reconciliación⁵⁹). La observación es todo menos irrelevante. Permite conjeturar que si el AG hubiese reparado en la asimetría denunciada –como en cambio hizo el TC–, no se habría contentado con modificar puntualmente la ley en el sentido aditivo propuesto por el TC. La lógica de su razonamiento le habría conducido a anularla o declararla inaplicable en su integridad por constituir toda ella una «autoamnistía» contraria al principio de estado de derecho.

Resalto estos aspectos porque revisten mucha importancia desde el punto de la Unión Europea. El TJUE ha asumido desde hace tiempo que todos los tribunales nacionales, en la medida en que están llamados a aplicar el derecho eu-

⁵⁸ Si no me equivoco, este tipo de cirugía salvatoria de la ley fue propuesta en su día por SAIZ ARNAIZ, 2024, pp. 106-115.

⁵⁹ Los entrecomillados son palabras del AG (v. Conclusiones § 94; v. también § 126).

ropeo, deben ser protegidos frente a cualquier medida estatal, legislativa o ejecutiva, que pueda menoscabar la efectividad de la independencia judicial y la tutela judicial efectiva consagradas en los artículos 19 TUE y 47 CDFUE para el poder judicial de la Unión⁶⁰. La experiencia ha puesto de manifiesto además que la eficacia de la defensa del estado de derecho no reside tanto en los «mecanismos políticos» (art. 7 TUE), como en los «mecanismos judiciales», sea a través de la interposición ante el TJUE de recursos de incumplimiento, sea a través de la presentación de cuestiones prejudiciales, como ocurre en este caso.

c) De haber tenido presentes las dos circunstancias anteriores y haberlas trenzado debidamente es muy probable que el AG hubiera visto en la amnistía un elevado *riesgo estructural para el estado de derecho* (separación de poderes, tutela judicial efectiva, igualdad, etc.) de la misma forma que el TJUE vio en la reforma polaca de la jubilación un riesgo estructural para la independencia judicial. Digo esto porque, aun cuando el AG no ha prestado la debida atención a las señales de alarma encendidas, el aspecto o verdad más esencial de su mensaje sigue ahí y no puede perderse de vista: la amnistía no puede tomarse a la ligera: no cabe recurrir a ella por meras razones de oportunidad política; debe responder a un «auténtico» objetivo de reconciliación nacional.

A estas alturas huelga añadir que la autenticidad implica una mínima conexión entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación del legislador. La estanqueidad o separación radical entre fines de la ley y motivos del legislador mantenida por el TC tiene difícil acomodo no solo dentro de la concepción europea del estado de derecho y la literalidad de nuestro orden constitucional (art. 9.3 CE)⁶¹, sino también –y este es el punto que ahora interesa destacar– dentro de la propia jurisprudencia del TC. Pues, en efecto, en resoluciones anteriores tiene proclamado, con tanta prudencia como precisión, la necesidad de superar el análisis meramente semántico. El hecho de que el juicio de constitucionalidad de la ley no pueda convertirse en «un juicio de intenciones políticas» –leemos en una de ellas–

«no significa que deba desplegarse exclusivamente en el plano meramente formal, prescindiendo del contexto en el que se ha dictado el precepto cuestionado que resulta esencial para valorar si dicha finalidad [constitucionalmente legítima]

⁶⁰ V., en nuestra literatura, para una primera aproximación, MAGALDI, 2022, pp. 135 ss. con referencia a la jurisprudencia europea desde la STJUE 27-II-2018, asunto C-64/16 (caso ASJP o de la Associação Sindical dos Juízes Portugueses).

⁶¹ Este último punto, ya anticipado, es destacado por doquier en la doctrina. Sirva como botón de muestra, precisamente en relación a la amnistía, FERNÁNDEZ FARRERES, 2024, pp. 191 ss.; más indicaciones en PAZ-ARES, 2024, pp. 224-236.

concorre realmente o no» (así, literalmente, STC 122/2016; en la misma vena, aunque más orientada al análisis de la idoneidad y necesidad en el juicio de proporcionalidad, v. STC 203/2013⁶²).

La consecuencia inmediata de este canon de revisión es manifiesta: no puede estarse únicamente al *resultado* (al texto de la ley); hay que estar también al *proceso* que lo ha producido (al contexto de su elaboración), lo que irremediablemente lleva a escrutar los objetivos perseguidos por quienes han promovido la iniciativa y participado en su elaboración. Y no hay otra forma de hacerlo que infiriendo intenciones de ese proceso, justamente lo que niega la sentencia de la amnistía (como adelantamos, su consigna en este punto es radical: «las intenciones de los parlamentarios que han votado a favor de la ley [...] no constituyen objeto de nuestro control»⁶³). De haber obrado conforme a su doctrina anterior, el Tribunal tendría que haber reconocido que la finalidad que animó a la mayoría de los diputados a aprobar la amnistía fue la investidura del Gobierno (de la que además dependían la continuidad de la legislatura y de sus escaños) y, si se quiere, la posibilidad asociada de llevar a efecto su «programa de progreso», y que esa finalidad trascendió de la esfera subjetiva de cada diputado a la esfera objetiva de la ley precisamente porque se convirtió en *el motivo común y determinante* de su proceder⁶⁴.

Consciente de la contradicción doctrinal en que incurre, el Tribunal Constitucional se esfuerza por soslayarla en la sentencia de la amnistía. Otra pirueta en el aire, a mi modo de ver⁶⁵. Lo que viene a decírsenos ahora es que el canon de autenticidad y la revisión contextual o pragmática que entraña no

⁶² No es cosa de entrar ahora en el juicio de proporcionalidad, supuesto que pueda distinguirse claramente del juicio de razonabilidad o no arbitrariedad (sobre ello me permito remitir a PAZ-ARES, 2024, pp. 48 ss, y 106 ss.). Reitero en todo caso la resistencia de la STC 137/2025 a entrar a valorar la amnistía desde la óptica de la proporcionalidad.

⁶³ STC 137/2025, FJ 7.3.1.

⁶⁴ Para justificar la doctrina de la STC 137/2025, Paco Velasco enfatiza la distinción entre «el fin objetivo de la ley y los motivos de los parlamentarios». «El fin de la ley es objetivo y compartido. Los motivos o intenciones de los parlamentarios son subjetivos e individuales. Y así como el fin objetivo de la ley permite un juicio de constitucionalidad, los motivos e intenciones de los parlamentarios no son asequibles para el control de la ley» (VELASCO, 2025, p. 511). El error de nuestro querido compañero no es conceptual (la distinción está muy bien), sino fáctico (la subsunción en ella de los hechos no está tan bien). Todo el mundo sabe que las razones compartidas y determinantes de los diputados socialistas (primero del Presidente del Gobierno, luego del Comité Federal del PSOE, después del Grupo Parlamentario Socialista y luego de sus integrantes) para votar a favor de la Ley de Amnistía no han sido las que aparecen en el Preámbulo o, cuando menos, no han sido solo ni principalmente esas. Todos los parlamentarios fueron conscientes del intercambio subyacente y, desde ese momento, los motivos e intenciones dejan de ser subjetivos e individuales para objetivarse o «causalizarse» como finalidad del legislador (cfr. PAZ-ARES, 2024, pp. 152-157 y *supra* V, nt. 33 y texto correspondiente).

⁶⁵ Por eso me parece una ingenuidad pensar que el TC realmente «se atiene a la doctrina constitucional precedente», como sostiene VELASCO, 2025, p. 503; v. también pp. 507-508.

se aplica a la Ley de Amnistía. El argumento esgrimido al efecto es que el canon en cuestión fue establecido en relación con una ley singular autoaplicativa y de destinatario único, y de que a tal clase especial de leyes debe ceñirse su aplicación. Y es cierto que, efectivamente, las sentencias invocadas (de 2016 y 2013) tenían por objeto leyes de esa clase o índole⁶⁶. Mi pregunta, sin embargo, es si dicha circunstancia importa, si importa tanto una vez que el TC ha admitido las leyes singulares y las leyes-medida.

El canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad no debería depender de la estructura de la ley –de que una ley sea autoaplicativa o no, de que se sustancie en una «decisión administrativa» o de otra índole, de que sus destinatarios sean muchos o pocos–, sino de su función. Debería depender en especial de la legitimidad de su finalidad, no de la simplemente declarada, sino de la auténtica, de la que ha movido a quienes han protagonizado su producción. Y si es así, parece poco relevante que la ley sea singular (como lo eran las de 2013 y 2016) o de supuesto de hecho único (como lo es la de amnistía) o de supuesto de hecho general. Si, como se pretende machaconamente en la STC 137/2025, las intenciones realmente son «una cuestión ajena a lo jurídico», si la «voluntad del legislador no puede confundirse con la de los parlamentarios», la estructura –singular o general– de la ley se torna indiferente. En uno y otro y otro caso, habría que proceder de la misma manera, circunscribiéndose al texto e ignorando el contexto («*Este tribunal juzga la ley y al contenido de la ley se atiene*»⁶⁷). ¿O es que acaso una ley singular no es una ley? ¿O es que acaso, si el engranaje parlamentario no se ha visto afectado y los diputados que aprueban la ley singular desconocen completamente el motivo injusto del proponente y la aprueban convencidos de su objetivo de interés público, la ley puede anularse también sin más? ¿No es acaso necesario que haya un contexto en el que al menos pueda imputarse a los diputados haber seguido una política de avestruz o en el que las instrucciones del proponente hayan salido de su esfera estrictamente privada?⁶⁸.

El caso de la amnistía rumana de 2019, finalmente abortada, proporciona un ejemplo elocuente. Con el objetivo de amnistiar a una serie de aliados políticos (condenados por fraude y corrupción con penas de hasta cinco años), el gobierno rumano y el bloque de partidos que lo apoyaba propuso a las cámaras la aprobación de una

⁶⁶ Aunque esas circunstancias no siempre se colegía del texto de la ley; desde luego no se colegía en la STC 122/2016.

⁶⁷ STC 137/2025, FJ 7.2 b).

⁶⁸ La existencia de disciplina de voto introduce algún factor de simplificación o flexibilización en la exigencia del carácter común y determinante del motivo para devenir objeto de censura en el recurso de inconstitucionalidad de la ley a través del canon de interdicción de la arbitrariedad.

ley de amnistía, que en el papel –esta fue la finalidad oficial que se consignó en el proyecto de ley– obedecía a la necesidad de reducir el hacinamiento de las cárceles y la congestión de los juzgados, un momento, en principio, perfectamente válido para justificar una amnistía; una parte de las que se han aprobado en Italia, por ejemplo, tenían esta finalidad. La ley, en efecto, beneficiaba a todos los condenados y procesados por delitos menores, calificación dentro de la que entraban todos los reos sujetos a una pena igual o inferior a cinco años de cárcel. La evidencia contextual de que el objetivo oculto del legislador era beneficiar a los políticos condenados o procesados del propio partido y de que eliminar la congestión penitenciaria y judicial era un mero pretexto alimentó protestas en el país, a las que siguió una enorme presión de las instituciones europeas para que el proyecto fuese abandonado⁶⁹. La puntilla la puso la amonestación a las autoridades rumanas hecha por el entonces Presidente de la Comisión Europea Jean Claude Juncker durante una rueda de prensa celebrada en Bucarest el día 11 de enero de 2019. Bastaron estas medidas palabras suyas: «De otorgarse la amnistía, como prevén algunos en este país, sería un paso atrás en el Estado de Derecho»⁷⁰. «Divinas palabras», así las calificó Araceli Mangas⁷¹. Salvaron del oprobio o indignidad a una amnistía amañada para los socios corruptos del Gobierno.

Traigo a colación este caso para proponer al lector un nuevo experimento mental. Le pido que imagine cuál habría sido la respuesta del TC si una amnistía así se hubiese aprobado en España y la evidencia contextual del motivo corrupto fuese tan líquida y clara como lo fue en Rumanía. Yo no tengo duda de que, a pesar de su insistencia en la estanqueidad semántica, nuestros magistrados habrían declarado la inconstitucionalidad de la ley al amparo del principio de interdicción de la arbitrariedad, directamente o a través del juicio de proporcionalidad. Francamente, me resulta difícil pensar que en un caso así, el Tribunal se resistiera a «levantar el velo» so pretexto de la «autosuficiencia de la finalidad oficial». En última instancia, el contenido de la cláusula doméstica de estado de derecho (art. 1.1 CE) no difiere del contenido de la cláusula europea (art. 2 TUE), como reconoce el propio TC en la sentencia de la amnistía (STC 137/2025, FJ 1.2.2 c) [ii]).

Observo finalmente que la inconsistencia de la tesis semántica del TC no se produce solo externamente, es decir entre la sentencia de la amnistía y la doctrina proclamada por el Tribunal en sentencias anteriores. Bien miradas las cosas, se produce asimismo internamente, dentro de la propia sentencia de la amnistía, allí donde se supedita la legitimidad de la medida al *requisito de ex-*

⁶⁹ La presión provino de todas las instituciones europeas –el Parlamento, la Comisión, el Consejo– y se articuló a través de amenazas de distinta índole: no levantamiento del Mecanismo de Cooperación y Verificación (MCV), riesgo de parón o bloqueo de los fondos europeos, posible activación del artículo 7 TUE, etc.

⁷⁰ V. la noticia de ZALAN, Euobserver, 11-I-2019: «EU commission president Jean Claude Juncker on Friday (11 January) warned the Romanian government not to press ahead with a planned law that would grant amnesty for corruption offences, undermining such EU “essentials”, such as rule of law».

⁷¹ MANGAS, 2024, p. 259.

*cepcionalidad*⁷². La exigencia de este requisito no resulta en absoluto congruente con la radicalidad semántica de su doctrina, en la que lo único relevante es el texto de la ley. De hecho, por este motivo, ha merecido la crítica de los autores más decididamente partidarios de las tesis semánticas⁷³. Interpreto esta anomalía teórica de la sentencia como una concesión encubierta a la tesis pragmática, como un ajuste o paliativo que el TC se ha visto forzado a introducir para cubrirse frente a las graves consecuencias a que se expone su planteamiento de base o partida. Solo así, por ejemplo, podría pararle los pies a un intento tan obsceno como el de la amnistía rumana apenas comentada. La pena es que no se haya aplicado el cuento en el caso de la amnistía española.

Dicho esto, estoy plenamente de acuerdo con la doctrina de la excepcionalidad proclamada por el Tribunal. La amnistía política ha de superar un test de excepcionalidad agravada: «es excepcional dentro de la propia excepción de la medida. Por ello no basta con que esté justificada, sino que ha de estar excepcionalmente justificada»⁷⁴. La *justificación excepcional* no significa solo o no significa tanto que el supuesto –la enfermedad– que la motiva sea excepcional en términos de recurrencia y gravedad (como lo ha sido el *procés*), sino sobre todo que la solución –el remedio– sea excepcional en términos de eficacia. Decir que el remedio está excepcionalmente justificado quiere decir que no hay duda de que está indicado o, si se prefiere, *de que está indicado más allá de toda duda razonable*, lo cual nos devuelve a la casilla de partida (v. *supra* § VI a). Es necesario por tanto un consenso amplio acerca de su conveniencia y/o la adopción de garantías necesarias para lograrlo (por ejemplo, condicionar la efectividad de la medida al arrepentimiento e implementación de medidas mínimas de justicia restaurativa, como respetuosamente solicitaron los expertos del Consejo de Europa⁷⁵). Solo contrapartidas de esta índole podrían conferir un mínimo de credibilidad a una amnistía adoptada con unos fines en los que ninguno de los grupos que la adoptaron creían o confiaban el día anterior⁷⁶.

Mi hipotético interlocutor argüirá que la argumentación anterior queda desarmada por la evidencia empírica. Los hechos posteriores habrían demostrado que el objetivo de la reconciliación se ha materializado. Permítaseme poner en duda las premisas de esta posible réplica. No tanto la menor (que postula la irrelevancia del análisis *ex post* a la hora de enjuiciar la validez de un acto o una norma), cuanto la mayor, que acepta o da por sentado el efecto reconciliador de la amnis-

⁷² STC 137/2025, FFJJ 2.2 y 6.2. Es cierto que la sentencia de la amnistía tira de un apunte de la STC 147/1986, pero el desarrollo del argumento le corresponde plenamente a ella.

⁷³ Destacadamente de VELASCO, 2025, pp. 503 y 512-514.

⁷⁴ Son palabras de CRUZ VILLALÓN, 2024, p. 59.

⁷⁵ COMISIÓN DE VENEZIA, 2024, § 127.

⁷⁶ Hace hincapié en este punto, con razón, AGUADO, 2024, pp. 75-77.

tía. Mi impresión es más bien la contraria. La amnistía ha sido probablemente el factor que más ha contribuido a agravar la polarización afectiva y, por ende, la convivencia en la sociedad desde la promulgación de la Constitución, la medida más divisiva de los últimos cincuenta años. La mejora de la situación social y política en Cataluña no sirve de contraprueba. Es cierto que la agitación que siguió a la sentencia del *procés* se ha calmado. No podía ser de otra forma desde el momento en que consiguió su objetivo —una amnistía para neutralizarla— sin necesidad siquiera de que sus beneficiarios tuviesen que reconocer su falta y comprometerse a no repetirla. Está por ver, sin embargo, si el bálsamo ha llegado para durar, sobre todo a medio y largo plazo, en un escenario de alternancia política. El verdadero test se agazapa detrás de esta pregunta: ¿es razonable pensar que en un contexto en que las fuerzas de derechas accediesen al Gobierno de la nación y la Generalitat volviese a manos de los independentistas no habrá riesgo de nuevas turbulencias constitucionales? ¿es verosímil creerlo cuando la amnistía se ha concedido sin supeditarla a la renuncia previa a la «unilateralidad» ni a ningún tipo de justicia restaurativa? ¿Cabe descartar de antemano que en un escenario así vuelva a Cataluña la agitación social, la confrontación política y, eventualmente, la subversión del orden constitucional? La percepción de quien escribe no es optimista. Sin una efectiva «renuncia a la unilateralidad», la amnistía, más que garantizar la estabilidad del orden constitucional y la concordia, se convierte en estímulo para quebrantarlo en el futuro. No hay que llamarse a engaño sobre la dirección de la causalidad. La relativa paz social lograda en Cataluña: ¿ha sido efecto de la disuasión penal o de las medidas de gracias concedidas (indultos y luego amnistía)? ¿se ha debido a la eficacia ordenadora y expresiva del derecho o a la relajación o mitigación de su dureza? Los historiadores de nuestro siglo XIX y primera mitad del XX concuerdan en una cosa, y es que fue precisamente la expectativa consuetudinariamente reforzada *ex ante* de obtener una amnistía lo que multiplicó *ex post* la incidencia de los pronunciamientos militares.

VII. ARBITRARIEDAD Y DOCTRINA DEL «PROPÓSITO ULTERIOR»

Llegamos así al final del recorrido con una idea clara: la excepcional legitimidad de la amnistía del *procés* desde el punto de vista de la jurisprudencia europea está supeditada a la indubitada autenticidad de la finalidad de reconciliación que proclama. Nuestro hipotético detractor observará que el hecho de que la Ley de Amnistía haya perseguido determinadas finalidades (la investidura y la desjudicialización) no excluye por sí mismo que haya podido perseguir otras distintas y, específicamente, la reconciliación. No tengo ningún inconveniente en aceptar la observación. No niego que la mayoría de los diputados que votaron a favor de la amnistía desearan, *además*, la reconcilia-

ción, incluso que apostaran por ella⁷⁷. Tampoco niego que los diputados polacos que aprobaron la rebaja de la edad de jubilación quisieran igualmente –como señalaba su exposición de motivos– armonizar la edad de jubilación de los jueces con la del resto de trabajadores y empleados públicos y optimizar la antigüedad de la plantilla judicial o que los proponentes de la amnistía rumana buscaran también la descongestión de cárceles y juzgados.

La precisión es relevante para enfilarse el último paso de nuestro razonamiento y encarrilarlo en la doctrina europea sobre la desviación de poder. La mirada ha de dirigirse ahora al Convenio Europeo de Derechos Humanos por varios motivos: porque las normas domésticas que protegen los derechos fundamentales afectados o fatigados por la amnistía (igualdad, tutela judicial efectiva, etc.) deben interpretarse conforme al Convenio en cuestión (v. artículo 10.2 CE), porque la Ley de Amnistía ha considerado retóricamente necesario o conveniente insistir en que se acoge a él en su Preámbulo (v. ap. III, 4.º párrafo) y, sobre todo, porque ha sido el propio AG Spielmann quien ha invocado la jurisprudencia del TEDH para justificar que la amnistía debía basarse en un propósito auténtico de reconciliación (v. *supra* § VI *ab initio*). Nuestra queja es que el AG no haya extendido la invocación a esa otra jurisprudencia del TEDH, tan interesante o más a nuestros efectos, en la que se consagra, a la luz del artículo 18 CEDH, una doctrina cada vez más perfilada sobre el *propósito ulterior*, una jurisprudencia que el AG debería conocer bien, no en vano fue Presidente del TEDH.

La doctrina del «propósito ulterior» postula la existencia de abuso o desviación de poder –arbitrariedad en términos domésticos– cuando una medida estatal que restringe derechos fundamentales con un fin aparente o formalmente legítimo se utiliza, en realidad, para una finalidad diferente y no tan santa. Es una doctrina que invita por tanto a «levantar el velo» de la finalidad declarada, justo aquello contra lo que se ha cerrado en banda el TC⁷⁸. El *leading case* en la materia es la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo en la controversia *Merabishvili c. Georgia* (STEDH 28-XI-2017). La sentencia es importante a nuestros efectos por tres razones principales:

Primera: porque clarifica la *posibilidad de coexistencia de fines legítimos e ilegítimos*. Un derecho o libertad se restringe a veces con una finalidad no prevista o no legítima con arreglo al Convenio, pero con más frecuencia –precisa el

⁷⁷ Otra cosa es que fueran algo más escépticos acerca de sus probabilidades de éxito, que es en última instancia el denotado del famoso lema «hacer de la necesidad virtud».

⁷⁸ Cfr. STC 137/2025, FJ 7.2 b) y *supra* § 5 *ab initio*.

Tribunal— se restringe con una finalidad no prevista o no legítima y, a la vez, con otra prevista o legítima, que es justamente la que *ad arguendo* hemos asumido como hipótesis de trabajo: en la aprobación de la Ley de Amnistía pueden haber coexistido la finalidad (legítima) de la reconciliación y las finalidades (no legítimas) de la investidura y la desjudicialización. Lo interesante de *Merabishvili* es que el TEDH configura la hipótesis de la pluralidad de fines o propósitos como hipótesis susceptible de control a través del expediente de la desviación de poder del artículo 18 CEDH. No puede aceptarse por tanto la premisa de nuestro TC, el cual solo estaría dispuesto a admitir el control de arbitrariedad —y esta sería ya una gran concesión— en aquellos casos en que los motivos o fines ilegítimos sean la «única causa explicativa del acto del legislador»⁷⁹.

Segunda: porque establece el criterio de la *causalidad determinante o preponderante* a la hora de examinar la compatibilidad de la medida con el CEDH. En caso de pluralidad de finalidades, la cuestión consiste en dilucidar «si el propósito declarado invariablemente borra o elimina el propósito ulterior, si la mera presencia del propósito ulterior contraviene el artículo 18, o si hay una respuesta intermedia»⁸⁰. Como no podía menos, el Tribunal de Estrasburgo reconoce que

«[h]ay una diferencia considerable entre los casos en que el propósito prescrito [es decir, legítimo] era el que realmente las autoridades actuaban, aunque también querían obtener alguna otra ventaja, y los casos en que el propósito prescrito, en realidad, si bien estaba presente, era simplemente una cobertura que permitía a las autoridades lograr un propósito extraño, que era el objetivo primordial de sus esfuerzos. Sostener que la presencia de cualquier otro fin por sí misma contraviene el artículo 18 no haría justicia a esa diferencia fundamental, y sería incompatible con el objeto y el propósito del artículo 18, que es prohibir el abuso de poder» (STEDH 28-XI-2017, § 303).

La conclusión es simple: coexistiendo varios propósitos, la decisión de si ha habido desviación de poder —y, por tanto, infracción del artículo 18 CEDH— ha de tomarse ponderando el que ha tenido más peso causal, el que ha sido determinante o simplemente preponderante en la decisión.

Por consiguiente, el Tribunal Europeo considera que una restricción puede ser compatible con la disposición sustantiva del Convenio que la autoriza, ya que persigue un objetivo admisible en virtud de dicha disposición, *pero aun así infringe el artículo 18 porque se refería principalmente a otro fin que no está*

⁷⁹ STC 137/2025, FJ 7.2 a).

⁸⁰ STEDH 28-XI-2017, § 292.

prescrito en el Convenio; en otras palabras, si ese otro propósito era predominante. A la inversa, si la finalidad principal era la finalidad prescrita, la restricción no es contraria al artículo 18, aunque también persiga otra finalidad (STEDH 28-XI-2017, § 305) ⁸¹.

El examen de los antecedentes pone de relieve que este papel corresponde a la finalidad de gobernación (la investidura) para unos y a la de desjudicialización (la rectificación judicial) para otros o, dicho de otra manera, al intercambio de aquella por esta. La pregunta definitiva al respecto, la que pone el dedo en la llaga, es muy simple: ¿habría habido amnistía si no hubiese sido precisa para la investidura, como hubiera sucedido, por ejemplo, si el Partido Socialista hubiese obtenido mayoría absoluta en las elecciones? No creo que haya una sola persona en España que dude sobre el sentido –negativo– de la respuesta.

Tercera: porque, aun cuando establece un estándar de prueba muy exigente, admite ampliamente *la prueba indiciaria*. Esta es otra innovación fundamental de la doctrina *Merabishvili*, que da el golpe de gracia a las tesis puramente semánticas ejemplificadas por la sentencia del TC ⁸². El Tribunal de Estrasburgo considera, en efecto, que la preponderancia del propósito ulterior –y, por ende, la desviación de poder–, si bien han de acreditarse «más allá de cualquier duda razonable», no necesita inferirse directa o indirectamente del texto de la ley. Basta con que pueda probarse mediante inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o similares presunciones de hecho ⁸³. Y no es el caso de mostrar ahora cuán fácil es el cometido en el supuesto de la Ley de Amnistía a la vista de la evidencia contextual existente. Es un hecho público tan notorio que prácticamente está dispensado de prueba ⁸⁴. El propio TC acababa reconociéndolo en la sentencia sobre la amnistía:

«Este tribunal no desconoce [...] las particulares circunstancias en las que fue aprobada la Ley de amnistía, así como la vinculación expresa que ha existido

⁸¹ Nótese el contraste de este criterio con el del TC, que limita el control de arbitrariedad al caso extremo de que la ley carezca de «*toda explicación racional*» y, consiguientemente, lo niega si del preámbulo puede deducirse que tiene alguna explicación racional, aunque sea solo «una poca» o sea secundaria (STC 137/2025, FJ 7.2.a).

⁸² Es oportuno señalar que, en *Merabishvili*, el Tribunal reconoce expresamente que está obrando un cambio de criterio u *overruling*. Recuerda al efecto que hasta el momento venía exigiendo una «*prueba directa e incontrovertible*» de la finalidad ilegítima, lo que prácticamente privaba de efectos el control de desviación de poder. Normalmente los Estados no confiesan sus intenciones menos santas, no se dejan coger con las «manos en la masa» (v. STEDH 28-XI-2017, § 260). Sobre la importancia histórica de este cambio de criterio, v., últimamente, con más referencias, FINNERTY, 2023, pp. 447 ss.

⁸³ STEDH 28-XI-2017, § 314.

⁸⁴ V. PAZ-ARES, 2024, pp. 232-236 con más referencias. Como se ha señalado, no hay «*que realizar ningún esfuerzo para “levantar el velo” y descubrir la auténtica finalidad de la ley, que no [está], ni mucho menos, “oculta”*» (ARAGÓN, 2026, ap. 2.1).

entre la aprobación de esa ley y la investidura de un candidato a la Presidencia del Gobierno. [...] Este tribunal ni avala ni censura ese proceder, pues no es su cometido institucional. Su misión es analizar la ley impugnada y, en función del contenido de esta, determinar si existe un fin constitucionalmente legítimo y, en lo que a la arbitrariedad interesa, una razón justificativa de interés general» (STC 137/2025, FJ 7.2).

Mi conclusión, a la vista de lo anterior, es que la *doctrina del propósito ulterior* está llamada o debería estar llamada a jugar un papel relevante en las decisiones del TJUE sobre la amnistía. Espero no equivocarme en el diagnóstico ni en el pronóstico. No en balde su jurisprudencia en materia de abuso o desviación de poder es equivalente a la emanada del TEDH en relación con el artículo 18 CEDH⁸⁵ y a la que, en relación con el artículo 9.3 CE, se hallaba apuntada en la STC 122/2016 (en cierto modo también en la STC 203/2013) y, a mi modo de ver, debió haberse seguido también en la STC 137/2025 para fijar el alcance de la cláusula de interdicción de la arbitrariedad⁸⁶. Los tres son expedientes de factura semejante: todos se dirigen contra la instrumentalización política de medidas formalmente legítimas, todos operan como límite estructural a un autoritarismo de baja graduación y todos vinculan a su efectiva implementación la calidad del estado de derecho, cuya medida la da precisamente el grado de control de la arbitrariedad⁸⁷.

VIII. CONSIDERACIÓN FINAL

Las tres preguntas contrafácticas de las que me he valido para organizar esta reflexión revelan la existencia de una cierta ligereza en el análisis del AG Spielmann y, al propio tiempo, abonan la necesidad de una reacción enérgica por parte de las autoridades judiciales europeas en defensa de la integridad del estado de derecho como garantía de la primacía del derecho de la Unión y del principio de confianza mutua. Las tres preguntas fuerzan ciertamente la hipótesis objeto de examen, pero de eso es justamente de lo que se trataba para ganar claridad en el análisis. Confío en que las respuestas obtenidas mediante el test de estrés practicado ayuden a comprender el formidable atropello del orden

⁸⁵ Como botón de muestra sirva la STJUE 16-IV-2013, asuntos C-274/11 y C-295/11, § 33

⁸⁶ En este punto deben compartirse los votos particulares a la STC 137/2025 de C. Tolosa Tribeño (§§ 20-22 y 275-280 y 303-309); C. Espejel (ap. II.6), E. Arnaldo (ap. VI) y R. Enríquez Sancho (ap. 3).

⁸⁷ «*Opposition to the exercise of arbitrary power is the value animating the rule of law*». Esta es la tesis central e hilo conductor del reciente libro de Gerald Postema sobre el estado de derecho (v. POSTEMA, 2022, p. 17).

constitucional –doméstico y europeo– que se esconde tras la amnistía del *procés*. Su magnitud se constata poniendo en línea las tres objeciones resultantes –realidad de la autoamnistía, irregularidad del procedimiento legislativo y oquedad de la finalidad declarada– y observando cómo interaccionan o se refuerzan mutuamente entre sí. Pues más que sumar el desmedro, lo multiplican.

Nada nuevo bajo el sol. La estrategia seguida por nuestro legislador, tratando de ocultar la ilegitimidad material de esta amnistía en concreto bajo la legalidad formal de la amnistía en abstracto, responde perfectamente, a mi modo de ver, al patrón estratégico del legalismo autocrático, que unas veces se manifiesta de forma grosera y otras de forma sutil. El lector juzgará cuál es el caso. Este retrato robot del legalista autocrático quizá le sirva de rasero o referencia para hacerse su propia composición de lugar:

«Instead of operating in the world of liberalism, then, autocratic legalists operate in the world of legalism. Liberal, democratic constitutionalism as a normative political theory is committed to the protection of rights, to checked power, to the defense of the rule of law, and to liberal values of toleration, pluralism, and equality. By contrast, legalism's requirements are simply formal: law meets a positivist standard for enactment as a technical matter when it follows the rules laid down, regardless of the content or value commitments of those laws. Laws that meet the test of legalism are enacted according to law; laws that meet the test of constitutionalism must substantively comply with the principles of a liberal legal order. When legality undermines constitutionalism, it is because the values of the new laws have superseded the values of constitutionalism rather than the other way around, as constitutionalism itself requires. The cure for laws that violate constitutional values is to nullify them as unconstitutional, which is one reason why some of the autocratic legalists begin their power grabs by disabling constitutional courts»⁸⁸.

Termino invocando otra vez la doctrina del «propósito ulterior». No es una casualidad que, en su discurso de 25 de enero de 2019 en Estrasburgo, el Presidente del TEDH Guido Raimondi hiciera notar que la aplicación creciente del artículo 18 CEDH es un indicador del declive del estado de derecho y la democracia, cuya causa se asocia a líderes políticos más preocupados por medrar ellos que por proteger o fortalecer las instituciones fundamentales del sistema democrático («[e]llos ven el sistema judicial, la prensa y la oposición como “enemigos del pueblo”»⁸⁹). No es una casualidad porque la extensión de las prácticas del legalismo autocrático solo puede combatirse eficazmente mediante técnicas de

⁸⁸ SCHEPPELE, 2018, pp. 562-563

⁸⁹ La cita de Raimondi la recojo de KAHN, 2022, p. 129-130, nt. 50., al que remito para una mayor elaboración de la idea de que las violaciones del artículo 18 funcionan como barómetro del regreso o retroceso del Estado hacia formas de autoritarismo (*Ibid.*, p. 142).

control basadas en la desviación de poder y la arbitrariedad. En nuestro país no son pocos los analistas que consideran la Ley de Amnistía como epítome del «deterioro que está sufriendo nuestra democracia constitucional»⁹⁰. La pregunta es si la sentencia de la amnistía y, tras ella, la opinión del AG se encaminan —reflexiva o irreflexivamente— en la misma dirección y, en lugar de someter la política al derecho, no han acabado permitiendo o facilitando que el derecho se someta a la política. No es otra la sombra que se cierne sobre este caso.

BIBLIOGRAFÍA⁹¹

- AG o Abogado General: Conclusiones o *Conclusiones del Abogado General Sr. Dean Spielmann, presentadas el 13 de noviembre de 2025, Asunto C-666/24* [relativas a la consulta prejudicial de la Audiencia Nacional], Luxemburgo 2025.
- AG o Abogado General: Conclusiones II o *Conclusiones del Abogado General Sr. Dean Spielmann, presentadas el 13 de noviembre de 2025, Asunto C-523/24* [relativas a la consulta prejudicial del Tribunal de Cuentas], Luxemburgo 2025.
- AGUADO RENEDO, César: *La amnistía en el sistema español: cuestión de interpretación y control constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 131, 2024, pp. 49 ss.
- ARAGÓN REYES, Manuel: *El debate constitucional sobre la amnistía*, en La Constitución como forma de la democracia. Libro homenaje a Paloma Biglino, Madrid, 2024, pp. 303 ss.
- (2024-b): *Amnistía y democracia constitucional. La Constitución como límite*, en La amnistía: el caballo de Troya de la democracia, Barcelona 2024, pp. 131 ss.
- *Comentario a la STC 137/2025 sobre la amnistía*, trabajo de próxima publicación (2026), que he podido consultar por gentileza del autor.
- BAYÓN MOHINO, Juan Carlos: *El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del derecho: dos visiones*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. especial: Homenaje a F. Laporta y Libroio Hierro, 2017, pp. 67 ss.
- COMISIÓN EUROPEA O COMISIÓN: *Observaciones escritas al Tribunal de Justicia, presentadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de justicia de la Unión Europea*, Asunto C-523/24, Bruselas 9 de diciembre de 2024.
- COMISIÓN DE VENECIA: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Spain, Opinion of the Rule of Law Requirements of Amnesties, with Particular reference to the parliamentary Bill ‘on the Organic Law on Amnesty for the Institutional, Political and Social Normalisation of Catalonia*,

⁹⁰ Así, por ej., ARAGÓN, 2024-b, pp. 136-139.

⁹¹ Los artículos publicados en la prensa se citan íntegramente en el texto o en las notas a pie de página.

- adopted by the Venice Commission at its 138th Plenary Session (Venice, 15-16 March 2024), on the Basis of Comments by M. Cartabia, Ph. Dimitrov, R. Kienner, M. Kuijer y J. L. Vargas, Strasbourg, 2024.
- CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, Pablo: *La amnistía ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Revista de Estudios Políticos, núm. 208, 2025, pp. 171 ss.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: *Primeras consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley de amnistía*, El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho, 108-109, 2024, pp. 56 ss.
- DE CARRERAS, Francesc: *Cuando sólo la política determina el (mal) derecho*, en La amnistía: el caballo de Troya de la democracia, Barcelona, 2024, pp. 61 ss.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu: Amnistía. Una ley para olvidar, Sevilla 2024.
- EKINS, Richard: The Nature of Legislative Intent, Oxford, 2011.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *Amnistía y arbitrariedad del legislador*, en La amnistía: el caballo de Troya de la democracia, Barcelona, 2024, pp. 191 ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico, Madrid, 2016.
- FERRERES COMELLA, Víctor: Justicia constitucional y democracia, 3.^a ed., Madrid 2021.
- FINNERTY, James: *When is State's "Hidden Agenda" Proven?: The Role of the Merasbishvili's Three-Legged Evidentiary Test in the Article 18 Strasbourg Case Law*, European Convention on Human Rights Law Review, núm. 4, 2023, pp. 447 ss.
- *How Should the European Court of Human Rights Remedy violations of Article 18 ECHR?: The Case for Remedial Realignment*, European Convention on Human Rights Law Review, núm. 3, 2024, pp. 11 ss.
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel: *La ley de amnistía: análisis de su posible impacto en los derechos fundamentales*, en La ley de amnistía. Cuestiones constitucionales, Madrid, 2024, pp. 117 ss.
- GLASIUS, Marlies: *What Authoritarianism Is ... and Is Not: A Practice Perspective*, International Affairs, núm. 94, 2018, pp. 515 ss.
- HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Luis: *La discutible potestad de perdonar. Del indulto a la amnistía*, trabajo de próxima publicación, que he podido consultar por gentileza del autor.
- KAHN, Jeffrey: *The «Anti-Deference» Device: Article 18 of the European Convention on Human Rights*, Journal of Transnational Law, núm. 31, 2021-2022, pp. 117 ss.
- LAPORTA, Francisco: El imperio de la ley. Una visión actual, Madrid, 2007.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: *La amnistía y su proyección constitucional*, en La ley de amnistía. Cuestiones constitucionales, Madrid, 2024, pp. 15 ss.
- MAGALDI, Nuria: *La construcción de un poder judicial europeo y las garantías de su independencia*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 125, 2022, pp. 127 ss.

- MARMOR, Andrei: Interpretación y teoría del derecho, trad. esp. M. Mendoza, Barcelona 2001.
- *The Pragmatics of Legal Language*, Ratio Iuris, núm. 21, 2008, pp. 423 ss.
- *Philosophy of Law*, Princeton, 2011.
- MESTRE, J. F.: *Amnistía mediante ley singular que impide la ejecución de sentencias firmes*, en *La amnistía: el caballo de Troya de la democracia*, Barcelona, 2024, pp. 175 ss.
- PAZ-ARES, Cándido: *Las falacias de la amnistía*, Granada 2024.
- POSTEMA, Gerald J.: *Law's Rule. The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford, 2022.
- RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, México-Madrid, 1979, segunda reimpresión 1993.
- *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona-Buenos Aires, 2002.
- RAZ, Joseph: *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, 2009. El capítulo citado de este libro es el 11 (pp. 265 ss.) y fue publicado originariamente bajo el título *Intention in Interpretation* en *The Autonomy of Law*, Oxford, 1996, pp. 249 ss.).
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Arbitrariedad del legislador y ámbito objetivo de aplicación de la Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*, en *La ley de amnistía. Cuestiones constitucionales*, Madrid, 2024, pp. 95 ss.
- SARMIENTO, Daniel: *El derecho de la Unión europea*, 4.^a ed., Madrid, 2022.
- SCHAUER, Frederick: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, 2004.
- SCHEPPELE, Kim Lane: *Autocratic Legalism*, *University of Chicago Law Review*, núm. 85, 2018, pp. 545 ss.
- SPIELMANN, Dean: *The Rule of Law Principle in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, en *The Rule of Law in Europe. Recent Challenges and Judicial Responses*, Cham, 2021, pp. 3 ss.
- TUSHNET, Mark: *Constitutional Hardball*, *John Marshall Law Review*, núm. 37, 2004, pp. 523 ss.
- VELASCO CABALLERO, Francisco: *Interpretación constitucional y ley de amnistía*, *Indret*, núm. 4, 2025, pp. 496 ss.

15. ARREPENTIMIENTO Y ATENUACIÓN DE LA PENA

CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Catedrático de Derecho penal

Universidad CEU Cardenal Herrera-CEU Universities

I. INTRODUCCIÓN

El Profesor Enrique Peñaranda Ramos se ha referido a la «culpabilidad como centro de imputación»¹, que puede atribuirse al sujeto «si –y en la medida en que– este no pueda distanciarse de su comisión por el carácter anómalo de los procesos mentales cognitivos y afectivos implicados en la comisión del delito, por el desconocimiento de las características y significado del hecho constitutivo del mismo o por la anormalidad de las circunstancias o el contexto en que se cometió»². Aunque la reflexión se sitúa en el debate sobre la agravación de la pena por motivos discriminatorios del artículo 22.4 CP³, la propuesta tiene una proyección evidentemente mucho más amplia: por ejemplo, las circunstancias atenuantes, fundadas en una menor culpabilidad, deberían explicarse como contextos en los que es posible afirmar un distanciamiento del autor respecto del hecho cometido⁴. Como, por otra parte, Peñaranda Ramos niega

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 19.

² PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 20-21.

³ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 10, en relación con DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 208 ss.

⁴ Como se ha de ver, la perspectiva del distanciamiento del autor, en el sentido de Peñaranda Ramos, como en el que expondré, supone vinculación con aspectos subjetivos en sentido amplio (referidos al sujeto: no necesariamente internos), porque es el autor quien subjetivamente se distancia (aunque no necesariamente por su voluntad, como sucede en el caso de una alteración mental). Es, por tanto, diferente de la visión del «distanciamiento del autor con respecto al hecho cometido en su día» al que alude Silva Sánchez y en el que integra el transcurso del tiempo y la prescripción, la *poæna naturalis* o la especial

relevancia a la actitud interna del autor en la agravación de la pena⁵, al menos como reproche moral⁶, cabe plantear una cuestión sobre la afirmación precedente respecto a las circunstancias atenuantes: ¿existe distanciamiento del autor respecto del hecho sobre la base de una actitud moral a la que se reconoce una valoración positiva? O lo que es lo mismo: aunque el *demeritum* moral no se acepte como relevante ¿puede admitirse un efecto *pro reo* del *meritum* moral?

Al menos por la analogía entre la teoría de la imputación moral y la teoría de la imputación en el delito⁷, puede afirmarse que el razonamiento práctico del derecho penal constituye un campo en el que las teorías morales, «deontológicas» o «consecuencialistas», libran una prolongada e inconclusa batalla⁸. Una muestra de ello es, a mi parecer, la discusión en torno al arrepentimiento y la posible atenuación de la pena que podría implicar, y es razonable que sea así: el arrepentimiento, como la culpabilidad, son «estaciones necesarias en la vía de la vida moral»⁹. Pero, como el arrepentimiento implica una actitud interna del agente, no puede ignorarse la dificultad notoria en juzgar sobre su autenticidad y su credibilidad¹⁰. Por eso, el derecho siempre buscó formas de acreditarlo, que incluso codificó, y éste es el caso de la confesión o la reparación, que, por otra parte, son, como el mismo arrepentimiento, sucesos ulteriores al propio hecho juzgado. En estas líneas quisiera examinar el proceso por el que estas formas de exteriorización han sustituido a su misma causa, y hasta qué punto esta sustitución tiene una legitimación racional.

sensibilidad a la forma de castigo (SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 2041-2043): en estos casos se distancia al autor, y no es el autor quien se distancia.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 11 ss. En principio, no sólo a la agravación de la pena, en la diferenciación entre culpabilidad como reproche de la actitud interna; culpabilidad como necesidad de prevención; y culpabilidad como atribución o imputación de responsabilidad (siguiendo aquí a PERALTA, 2012, pp. 175 ss.). A mi juicio, la atribución de responsabilidad es la adscripción de una actitud moralmente reprochable, pero detenerme ahora en esta discrepancia –aun consciente de que no es irrelevante– impediría dedicar mi atención a la interesante visión de la culpabilidad que, a mi juicio, defiende Peñaranda.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 10-11, aunque sí existirían móviles inaceptables para el ordenamiento jurídico, como la ausencia de una razón mínimamente atendible para cometerlo, en la línea señalada por DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 380 ss. Cuando yo me refiero al fundamento moral, aludo a la razonabilidad práctica en el sentido de FINNIS, 2011, p. 15, mientras que Peñaranda alude a la valoración moral individual (por eso ve «un grave peligro para la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos que los jueces pudiesen vincular arbitrariamente a los motivos que personalmente tengan por más detestables cualquier incremento de esa responsabilidad», loc. cit. p. 11). La confirmación de que, en este punto, la diferencia no afecta a los principios, resulta de la coincidencia en la fundamentación de la circunstancia agravante del artículo 22.4.^a CP: el especial desprecio por el derecho que implica la motivación que supone negar la dignidad de otro (PÉREZ DEL VALLE, 2024, p. 250) es lo que la hace «inaceptable para el orden jurídico».

⁷ PEREZ DEL VALLE, 2026, pp. 89 ss.

⁸ TASIOLAS, Phil., 2006, p. 279.

⁹ WUNDERLE, Archiv für Religionspsychologie, 1921, p. 39. La frase textual –pues Wunderle examina la cuestión en la perspectiva de la psicología de la religión– dice así: «Culpabilidad, arrepentimiento, conversión, de hecho son –prácticamente se podría decir así– estaciones necesarias en la vía de la vida moral y religiosa».

¹⁰ TASIOLAS, Phil., 2006, p. 306.

II. «OPCIÓN PRAGMÁTICA» VERSUS FUNDAMENTO MORAL

La convicción de que el arrepentimiento espontáneo —que se preveía como impulso de la atenuación de conductas posteriores al delito el CP 1973— tenía un fundamento moral, ha afectado a la interpretación del significado de cualquier hecho posterior al delito que la ley traduce como un factor favorable a su autor. La STS 204/2025 de 4 marzo (ponente: Llarena Conde) resume, de forma sistemática y muy clara, la línea marcada por la jurisprudencia de las últimas décadas: «el actual Código Penal ha sustituido así el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso del arrepentimiento espontáneo que se recogía en la atenuante equivalente de códigos anteriores, por una mayor objetivación en su apreciación y por una opción pragmática asentada en razones de política-criminal». De modo particular, el TS subraya la significación de la colaboración con la justicia en la aplicación de la circunstancia atenuante de la confesión como expresión de la relevancia de la política criminal de esa decisión y, sobre todo, admite que tanto la regulación legal como la interpretación de la jurisprudencia corresponden a una «opción pragmática». El pragmatismo es entendido, por tanto, como «objetivación», y la «objetivación» como desvinculación de cualquier valoración moral en la atenuación de la pena.

Como se ha visto, el TS vincula explícitamente esta «opción pragmática» al CP 1995, que, al descartar que en la confesión o en la reparación se actuara «por impulsos de arrepentimiento espontáneo» (art. 9.9.^a CP 1973), habría abandonado el fundamento moral de la atenuación de la pena. El cambio que supone el CP-1995 es evidente, aunque lo cierto es que la alusión al arrepentimiento en la codificación fue fluctuante en la historia. El artículo 107 CP-1822 mencionaba expresamente el arrepentimiento, entre las «circunstancias que disminuyen el grado del delito»: «el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir ó remediar el daño causado por él, ó socorrer ó desagraviar al ofendido»; y también inmediatamente después, «el presentarse voluntariamente á las autoridades después de cometido el delito, ó confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el autor por otras pruebas». Sin embargo, ni el CP-1848 ni el CP-1870 hacían referencia al arrepentimiento, a la confesión o a la reparación entre las circunstancias atenuantes (en ambos casos contenidas en el artículo 9), y sólo el CP-1928 (art. 64.6.^a y 7.^a) incluyó, entre las circunstancias atenuantes, la confesión n la «presentación inmediata ante las autoridades» y la reparación «espontánea» e «inmediata» de la lesión o el daño (...) con propio sacrificio personal o económico», aunque

dejaba la aplicación de ambas al «prudente arbitrio» del tribunal, que debía «apreciar en cada caso el valor de los actos a que se refieren»¹¹.

En sentido estricto, el regreso al «arrepentimiento espontáneo» procede del CP-1932 (art. 9.8.^a), aunque aquí se modificaban los términos del CP-1822: el arrepentimiento espontáneo era la causa («por impulsos de arrepentimiento espontáneo») de la conducta posterior al hecho que atenuaba la pena: «reparar o disminuir los efectos del delito»; «dar satisfacción al ofendido»; o «confesar a las Autoridades la infracción antes de conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial». El CP-1944 (art. 9.9.^a), cuyo texto se mantuvo en el Texto refundido de 1973 y hasta la entrada en vigor del CP-1995, reprodujo los mismos términos con alguna modificación en el orden de las palabras, que ampliaba la exigencia del desconocimiento de la apertura del procedimiento judicial también a la reparación¹².

La doctrina anterior a 1995, con algunas excepciones, había sido crítica con la jurisprudencia tradicional¹³, que mantenía, como exigencia de la atenuación de la pena, un «elemento anímico, consistente en la constrictión (sic: en realidad, contrición) y aflicción que ha de tener el sujeto activo por haber cometido un delito» (STS 1 diciembre 1987, ponente: Morenilla Rodríguez) o STS 21 junio 1990 (ponente: Vivas Marzal). He citado las que fueron últimas sentencias en esta dirección, que se mantuvo, al menos desde 1987, en convivencia con la línea mayoritaria –coincidente ya con la línea «objetivadora» de la doctrina dominante– que hacía recaer el peso de la atenuación sobre la «voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del ordenamiento jurídico» (STS 7 noviembre 1988, ponente: Barbero Santos, en referencia a la anterior STS 20 febrero 1987, del mismo ponente)¹⁴. De hecho, incluso cuan-

¹¹ El texto sigue el que contiene el artículo 33.7.^a y 8.^a CP, también en la remisión al arbitrio del juez en su aplicación, del Proyecto Silvela de 1884 (Proyecto de Código penal). Por otra parte, la confesión y la reparación sí aparecen, antes del CP-1928, en un texto legal: el artículo 10.8.^a y 9.^a del Código penal para la zona de influencia española en Marruecos de 1914, con «una regulación sorprendentemente objetiva» (MOZOTA FATAS, ADPCP, 1989, p. 142). La explicación de la inclusión se encuentra también en el Proyecto Silvela, cuyas propuestas incorporaba en muchos aspectos el CP para Marruecos, y que, por esa razón, se consideraba técnicamente superior al CP entonces vigente en el territorio español (ALVARADO PLANAS, 2021, pp. 236 ss.).

¹² MOZOTA FATAS, ADPCP-1989, p. 143.

¹³ Muy pronto, tras la promulgación del CP-1944, en favor de una interpretación «objetivadora», FERRER SAMA, 1948, p. 317; en momentos inmediatamente anteriores a la modificación en ese sentido de la jurisprudencia, MIR PUIG, 1984, p. 564; inmediatamente después, propone una modificación objetivadora del texto de la ley, CALDERÓN SUSÍN, 1990, p. 321.

¹⁴ La sentencia indica lo siguiente: «El pesar del autor por haber obrado mal, su contrición, tiene un excepcional valor ético, pero, es evidente, que en el ámbito jurídico hoy no es ya exigible». La STS 20 febrero 1987, a la que cita, indica de forma explícita: «vinculado históricamente a concepciones religiosas –el valor ético o moral del arrepentimiento–, es evidente que, como sostiene hoy la doctrina más cualificada, no exige en nuestros días, en el ámbito del Derecho, el pesar del autor por haber obrado mal»; por

do aquella tesis de defensa del «elemento anímico de contrición» era dominante, algunas sentencias daban señales de un cambio de rumbo¹⁵. Desde la citada STS 7 noviembre 1988, se añadía una fundamentación dogmática y se interpretaban los «impulsos de arrepentimiento espontáneo» como «disminución de la culpabilidad demostrada por el reconocimiento del orden jurídico y la decisión de aceptar las consecuencias por éste previstas para el delito» (STS 1 marzo 1991, ponente: Bacigalupo Zapater), subrayando la indiferencia del «valor ético de los móviles», con «un fundamento político-criminal y no de carácter ético» (STS 27 marzo 1993, ponente: Bacigalupo Zapater).

La STS 30 septiembre 1987 (ponente: Barbero Santos), que confirmaba esta línea, y que precedía lo que, en muy poco tiempo y como he indicado antes, se convirtió en una tendencia mayoritaria, ya hacía referencia al «fundamento en la menor culpabilidad del autor». Esto aparece reiterado en diferentes sentencias, y se expresa finalmente en la ya citada STS 27 marzo 1993 –sobre la base de las SSTs 20 febrero 1987 y 7 noviembre 1988, ya citadas, y en la STS 13 diciembre 1988– con una reflexión que declara como compatibles los fines político-criminales, con la explicación de la culpabilidad: «esta consideración político-criminal no excluye el carácter de atenuante de la culpabilidad del arrepentimiento, dado que éste surge del acto posterior de reconocimiento por el autor del ordenamiento jurídico previamente vulnerado», porque se «cancela al menos una parte de la culpabilidad, dado que el *actus contrarius* de reconocimiento de validez de la norma vulnerada tiene una dirección constructiva desde el punto de vista social». Más allá del debate doctrinal en torno a esta cuestión¹⁶, resulta claro que la jurisprudencia no quiso desprenderse del fundamento en la culpabilidad, que hace compatible de forma explícita con los fines político-criminales. Sin duda, existe una relación directa con una visión de la culpabilidad diferente de la que, hasta entonces, mantenía la jurisprudencia; pero, también, con el origen y la raíz de la atenuación en la idea de arrepentimiento.

eso, «basta la sustitución de la voluntad antijurídica por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del orden jurídico expresados en la reparación o disminución de los efectos del delito, en la satisfacción al ofendido o en la confesión a las autoridades de la infracción».

¹⁵ Por ejemplo, la STS 19 abril 1985 (ponente: de Vega Ruiz): «auténtica aflicción, nacida sin ninguna clase de condicionamientos, tendente a la restauración jurídica del orden social perturbado, lo que, no siendo ya posible, permite valorar en su justa medida ese sentimiento de pesar, pesadumbre, contrición, reconocimiento de haber, obrado mal o temor del castigo, cualificador en suma de la, de todas formas, condenable acción». La medida del «sentimiento de pesar» es valorada, como se ve, en función de la tendencia del comportamiento del autor «a la restauración jurídica del orden social perturbado».

¹⁶ La fundamentación dogmática en la culpabilidad en relación con hechos postdelictivos, era –y es– objeto de debate doctrinal, como es sabido. En un sentido crítico en general, y especialmente con el pretendido efecto en la culpabilidad del *actus contrarius*, SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 2032 ss., especialmente en nota al pie 150 (p. 2033-2034).

III. EL ARREPENTIMIENTO PERSONAL Y SU DIMENSIÓN SOCIAL

1. Arrepentimiento como acto intelectual heterónomo

Esta relación con la culpabilidad del mismo arrepentimiento, pero también de la confesión y con la reparación, tiene que ver con un concepto determinado de culpabilidad; pero requiere resolver una cuestión previa: a qué se hace referencia cuando se habla del arrepentimiento. La jurisprudencia anterior a la visión «objetivadora» sí deja traslucir la idea de que el arrepentimiento, «en la medida en que es un sentimiento –y, por lo tanto, un fenómeno episódico–, comporta un dolor anímico, una angustia de conciencia, una conciencia de culpa; un componente que en las lenguas romances se expresa mediante derivados del término *morsus*»; esto es: remordimiento¹⁷.

Pero, como subraya Birnbacher, el arrepentimiento es más que remordimiento: «podemos decirle a alguien que debería avergonzarse (que debería arrepentirse), pero no podemos decirle que debería tener remordimientos». Los sentimientos pueden imponerse incluso contra la propia voluntad: se puede tener remordimiento, o sentimiento de culpa, sin querer tenerlo¹⁸; pero el arrepentimiento va más allá, porque al arrepentirme «me identifico con la conciencia de culpa, la hago propia»¹⁹ en un juicio, que es heterónomo en la medida que la norma moral, que entiendo infringida, no emana del propio yo²⁰. Se trata, por tanto, de un juicio que requiere la concurrencia de tres condiciones cognitivas²¹: el reconocimiento de un hecho pasado como propio del yo; la consideración conceptual –no puramente psicológica– del arrepentido como responsable; y el juicio moral del hecho.

Esta naturaleza cognitiva, que había desvelado de forma muy marcada ya Schopenhauer²², condiciona fundamentalmente la propia visión del arrepenti-

¹⁷ BIRNBACHER, ZphF, 1984, p. 222.

¹⁸ BIRNBACHER, ZphF, 1984, p. 222.

¹⁹ Porque es posible tener sentimiento de culpa por un hecho del que, en realidad, no se es culpable. Cfr. WEISMEYER, 1999: «el arrepentimiento como “no” de la persona a un hecho libre de su pasado no puede identificarse con el fenómeno psicológico del “sentimiento de culpa”, que no requiere estar vinculado con una verdadera culpabilidad».

²⁰ BIRNBACHER, ZphF, 1984, pp. 222-223. El desarrollo posterior llama, más que al «dolor de conciencia», a la «voz de la conciencia» en una descripción del arrepentimiento: «El sujeto del arrepentimiento es el yo real, y no –como ocurre a menudo con el remordimiento– un sujeto sustituto: nuestra conciencia, nuestro superyó, o aquello a lo que remitimos la “voz de la conciencia” en situaciones en las que se libra el conflicto entre una autoridad interiorizada de forma incompleta y un juicio autónomo».

²¹ BIRNBACHER, ZphF, 1984, p. 224.

²² SCHOPENHAUER, 1859, § 47, pp. 679-680: «El arrepentimiento moral se debe a que, antes de la acción, la inclinación hacia ella no dejaba al intelecto un campo de juego libre, pues no le permitía captar clara y completamente los motivos que se oponían a esa inclinación, sino que lo dirigía una y otra vez

miento, aunque, según creo, no en el mismo modo que Schopenhauer pretendía²³. En efecto, Max Scheler pone de manifiesto cuál era la pretensión de Schopenhauer: mostrar que el determinismo empírico confiere todo su peso al arrepentimiento, y de que, en él, por otra parte, se considera nuestro «carácter inteligible» –que, según Scheler, confunde Schopenhauer con el carácter innato– como resultado de un acto libre²⁴. Pero Scheler recoge un aspecto que creo relevante –que, aunque frente a Schopenhauer, tiene algo de relación con su perspectiva– para la configuración de una visión dinámica del arrepentimiento, que se refiere, más que a la acción o el carácter inteligible, a la constitución concreta del yo, desde la que vemos, en nuestro recuerdo, fluir la acción²⁵: el arrepentimiento no lo es de la acción sin más, sino de la acción que brota de la constitución concreta del sujeto. La idea del arrepentimiento como «rejuvenecimiento moral», como un «re-nacer», se basa en que, con el arrepentimiento, «se expulsa el motivo y la acción –la acción con su raíz– fuera del centro vital de la persona, y con ello se hace posible el comienzo libre y espontáneo, el principio virginal de una nueva serie vital, que ahora puede brotar del centro de la personalidad y que, precisamente gracias al acto de arrepentimiento, ya no está encadenada»²⁶. El sentido del acto de arrepentimiento, frente a visiones parciales o deterministas²⁷, como un acto personal (de la persona total-Gesamtperson), propio de la «voluntad intelectual» y, por tanto, de la libertad

hacia aquellos que la incitaban (...). El ser humano se da cuenta así de que ha hecho algo que no estaba en conformidad con su voluntad; este conocimiento es el arrepentimiento. Todas las acciones de este tipo provienen, por tanto, en el fondo, de una relativa debilidad del intelecto, en la medida en que este se deja dominar por la voluntad justo allí donde debería haber cumplido inexorablemente su función de presentar los motivos sin dejarse perturbar por ella».

²³ Birnbacher entiende que Spinoza había considerado claramente esta perspectiva cognitiva (BIRNBACHER, ZphF, 1984, p. 230). La crítica viene también de la mano de Max Scheler: para Spinoza, «el arrepentimiento (según Ética IV, proposición 45 de Spinoza) no es una virtud y no surge de la razón; sino que aquél que se arrepiente de una acción se ve doblemente oprimido e incapaz»; para Spinoza, «quien se arrepiente de una acción sufre doblemente, al dejarse vencer primero por un deseo reprochable y después por el desagrado que tal acción le produce» (SCHELER, 1921, p. 30). Birnbacher piensa que, aunque, en principio, parece que «la destrucción del arrepentimiento es perfecta» y que, para Spinoza, el arrepentimiento ha quedado demostrado de una vez por todas como carente de fundamento y como un desvío erróneo», surgen «serias dudas» (BIRNBACHER, ZphF, 1984, p. 235).

²⁴ SCHELER, 1921, pp. 24 ss: «Schopenhauer ha subrayado repetidamente que la disposición más profunda del arrepentimiento no se expresa mediante la fórmula: “Ay, lo que he hecho”, sino mediante la fórmula más radical: “Ay, qué clase de persona soy”, o incluso: “Qué clase de persona debo ser para haber podido hacer algo así”».

²⁵ SCHELER, 1921, pp. 25-26.

²⁶ SCHELER, 1921, pp. 17-18.

²⁷ SCHELER, 1921, p. 12: «Todas estas explicaciones y críticas al arrepentimiento, desde Spinoza hasta Kant e incluso Nietzsche, se basan en graves errores. El arrepentimiento no es ni un lastre anímico ni un autoengaño; tampoco es un mero síntoma de desarmonía espiritual ni un absurdo embate que nuestra alma dirija contra lo pasado e inmodificable». Sobre la forma en que la indagación sobre la esencia del arrepentimiento demuestra la confusión de visiones reduccionistas, SEIFERT, ACPHQ, 2006, p. 191.

de la facultad de entendimiento, se asienta en una visión total del agente que se arrepiente: no hay arrepentimiento de la acción, sino del agente, y cobra sentido en la vida como biografía²⁸.

No obstante, además del arrepentimiento como acto personal –me parece preferible, por lo que se ha de decir ahora, hablar de acto personal a hablar de acto individual–, Max Scheler, añade una significación social²⁹. «El arrepentimiento no es solo un proceso en el alma individual; al igual que la culpa, es desde su origen un fenómeno social e histórico total», que se funda en el «principio de solidaridad». El punto de partida niega que la corresponsabilidad requiera la asunción mediante actos particulares en los que el sujeto se obliga o en promesas dirigidas a otros, sino que «constituye la condición interna incluso para la posibilidad de esas obligaciones».

IV. ARREPENTIMIENTO Y PENA

1. Dimensión social y marco personal del arrepentimiento

Esta significación del arrepentimiento en una perspectiva social, que arranca del principio de solidaridad, puede ser reconducida hacia el derecho, y requiere la consideración del acto de arrepentimiento en la perspectiva de quien es receptor del mismo y no sólo de quien se arrepiente. Si se acepta esta visión de Max Scheler, no es difícil, en efecto, extenderla hacia la responsabilidad en el derecho³⁰. El principio de solidaridad implica, para Scheler, corresponsabilidad originaria –responsabilidad moral respecto de hechos de otros por principio– en un sentido moral; en el derecho, y en el derecho penal, supone el presupuesto de la necesidad de aceptación del arrepentimiento por parte de los otros y, por tanto, de la comunidad política, porque los otros, y la comunidad política, son también en algo corresponsables. De todos modos, debe quedar claro que corresponsabilidad originaria no implica igualdad entre el arrepentido y la co-

²⁸ En Scheler, «la persona humana es libre para cambiar el valor de un acto pasado dentro del conjunto de la vida», aunque «no es posible cambiar el valor del acto mismo en cuanto tal, sino el valor que tiene en cuanto que influye en el conjunto de la vida»; «se trata de un poder y una libertad interior que reobra, por así decir, sobre el pasado del sujeto (en cuanto “suyo”), modifica su presente y proyecta el futuro en una dirección decidida por él y no por la necesidad de la cadena de actos pretéritos» (SÁNCHEZ-MIGALLÓN, Veritas, 2010, p. 50).

²⁹ Sobre esta cuestión, SCHELER, 1921, pp. 44 ss.

³⁰ El punto de partida es la fenomenología de Max Scheler sobre el arrepentimiento y las consecuencias en el derecho; no, por tanto, las consecuencias en la teología dogmática o fundamental, en la teología moral o en la filosofía de la religión, a las que, especialmente respecto a la corresponsabilidad, se refiere críticamente SEIFERT, ACPHQ, 2006, p. 189.

munidad política que acepta el arrepentimiento, porque el punto de partida del arrepentimiento es la culpabilidad moral del autor que se arrepiente como responsable en el derecho, sino tan sólo la exigencia de la aceptación del arrepentimiento por parte de la comunidad política y, por tanto, de que éste sea trascendente en la imposición de la pena. A esta exigencia no es ajeno el hecho, que no puede ignorarse, de que el arrepentimiento es la respuesta esperada o, en cierta medida, la respuesta ideal por parte del autor del delito³¹. Lo que se esperaría de todo autor de un delito es su arrepentimiento, y esto resulta evidente cuando se trata de la prevención especial de sujetos imputables —es arrepentimiento el resultado positivo de la corrección, que está referida a la conducta pasada— o de la justicia restaurativa —es arrepentimiento el reconocimiento de la propia responsabilidad ante la víctima. Esto ha de aceptarse, aunque —ésta es mi opinión— no se considere la prevención especial el fin de la pena, sino exigencia de justicia derivada de la pena impuesta como retribución; y la justicia restaurativa no pueda ser situada en el centro de un sistema fundado en decisiones imparciales y justas en la perspectiva del bien común, sino como un proceso particular de alcanzar estos fines en determinados contextos³².

Pero también el marco del arrepentimiento ha de ser observado en la perspectiva del tiempo, y esto ha sido examinado con profundidad por Max Scheler³³: no sólo podemos disponer de nuestro futuro; no existe ninguna parte de nuestra vida pasada que resulte verdaderamente inalterable en su significación y en su valor, en tanto que se incorpora, como sentido de la parte, a una (siempre posible) nueva ordenación dentro del sentido total de nuestra vida. Scheler contempla el arrepentimiento con este enfoque: el pasado queda subordinado al poder de la persona, porque la medida y la forma en la que cada parte del pasado tiene significación para la vida de la persona le queda sometido a ella, y esto constituye un principio de lo que llama Scheler el «tipo histórico (historischer Tatbestand)»³⁴. Es verdad que la consecuencia moral de Max Scheler es demasiado radical, porque el «rejuvenecimiento» que produce

³¹ TASIOLAS, Phil., 2006, p. 306.

³² Las consecuencias procesales conducen, necesariamente, a limitaciones del principio acusatorio en el proceso penal. Por ejemplo: el denominado proceso por aceptación de decreto, en los artículos 803bis a 803bis j LECr, que puede tener también «por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio», y que consiste en la aceptación de un decreto de propuesta de imposición de pena del fiscal, requiere la sentencia del juez, porque es necesario un título ejecutivo (BARONA AGUILAR, 2019, p. 617); pero, en la medida que supone la autorización con la que el juez comprueba los requisitos que establece la ley, es también la garantía formal de que no existe lesión de las exigencias de justicia en la comunidad política.

³³ SCHELER, 1921, pp. 13-14.

³⁴ SCHELER, 1921, p. 15. Como indica Sánchez-Migallón, la persona humana hace suyos sus actos pasados, los convierte y quedan en ella como «su» pasado, y por eso «puede volver sobre éste, porque lo contiene», en un inconsciente que el empirismo naturalista, sin embargo, «tiene por una ilusión indemos-

el arrepentimiento –ya me he referido a esta idea, y por eso la he equiparado con un «re-nacer»– significaría «la muerte del nervio de la culpabilidad»³⁵; pero el principio me parece claro: el «nervio de la culpabilidad» se ve afectado por el arrepentimiento, y quien ha modificado su valoración del hecho pasado no es, al menos, culpable de la misma forma. La cuestión es si esta forma distinta de ser culpable puede, como la solidaridad de la comunidad política, fundar también el juicio sobre una pena atenuada.

2. Actos postdelictivos y exclusión de la pena

Por otra parte, la vinculación de hechos, posteriores al delito y favorables al imputado, a criterios de política criminal, no afecta únicamente a los que tienen como efecto la atenuación de la pena, sino que concierne también a contextos en que la pena se excluye³⁶. Cuando se piensa en el fundamento de la atenuación de la confesión o de la reparación del delito, no es posible olvidar el desistimiento en la tentativa, o las denominadas excusas absolutorias, que no son otra cosa que «desistimientos» impropios en los que se mitiga la exigencia de evitar la consumación del delito: como no se evita la consumación, la pena no se excluye, sino que se atenúa. Pero, de uno u otro modo, el desistimiento y las denominadas excusas absolutorias son el reconocimiento explícito a la evitación de la consumación del delito, o a la evitación de su agotamiento. El art.480 CP no exige, para la exención de la pena, que la revelación evite la rebelión y su consumación, sino que se haga «a tiempo de evitar sus consecuencias». De hecho, de no haberse consumado, la pena se excluiría por el desistimiento del artículo 16.3 CP y el artículo 480 CP sería innecesario; pero además, prevé una atenuación cualificada independiente –aunque presupone una orden de la «autoridad legítima»– de la consumación del delito, que afecta a «los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometándose a las autoridades legítimas» o a los rebeldes que «impondrá si los rebeldes se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima» antes de la intimación o a consecuencia de ella.

trable y poco menos que mágica», porque «los sucesos pasados ya no son en absoluto» (SÁNCHEZ-MIGALLÓN, Veritas, 2010, p. 49).

³⁵ SCHELER, 1921, p. 17: «die Reue tötet den Lebensnerv der Schuld». Crítico con esta idea, en la perspectiva teológica, SEIFERT, ACPHQ, 2006, p. 195.

³⁶ La doctrina alemana se refiere al arrepentimiento activo (tätige Reue) en el desistimiento, pero también en otros casos, y en relación con la individualización de la pena. En relación con el derecho penal alemán y austriaco, y especialmente sobre la distinción entre arrepentimiento activo preventivo y compensatorio, HÄRTL-MEISSNER, 2020, pp. 28 ss.

Mi visión sobre cuál es la fundamentación dogmática de estos casos de exclusión de la pena ha sido explicada con anterioridad³⁷, y me limito ahora a una breve referencia: en cuanto a su explicación, se trata de contextos que han de ser interpretados como reconocimiento de la norma infringida a través de la modificación del hecho ya iniciado, y esto sucede en el desistimiento, pero también en las denominadas excusas absolutorias; en cuanto a la fundamentación de la exclusión de la pena, presupone que, en estos contextos, aunque existe infracción del derecho en el caso concreto, el autor no desautoriza al derecho como fuente de regulación de su conducta. Como en las demás causas de excusa (contextos interpretados como inadvertencia de la norma infringida no imputable al autor o como inexigibilidad de otra conducta diferente a la cometida y adecuada a los modelos de orientación de conductas propuestos por el derecho), el comportamiento, aun ilícito (contrario a derecho), no presupone una deslealtad radical frente al derecho y la imputación de un injusto penal al sujeto no sería razonable. En el caso del desistimiento y de las denominadas excusas absolutorias, la deslealtad inicial queda neutralizada por la reconfiguración del hecho, bien previa a la consumación, con carácter general (como en el caso del desistimiento), bien con posterioridad, cuando la evitación de consecuencias negativas puede ser equiparada con la evitación de la consumación del delito.

En cualquier caso, la exclusión de la pena no tiene su razón de ser en el simple hecho de que no haya tenido lugar la consumación, en el desistimiento; o determinadas consecuencias negativas, en las denominadas excusas absolutorias. Por un lado, la pena se excluye porque esta evitación es imputable a la modificación del curso de los hechos por parte del agente, en la medida que es un acto voluntario: el rebelde que «revela» el delito «a tiempo de evitar sus consecuencias»³⁸ como consecuencia de las torturas a las que es sometido, no quedaría excluido de la pena al quedar comprendido en el artículo 480.1 CP, aunque pueda sostenerse una atenuación de la pena, incluso cualificada, fundada en el sufrimiento previo de la que ya ha sido objeto por parte de una actuación ilícita de quienes ostentan el monopolio del uso de la fuerza en la comunidad política³⁹.

³⁷ PEREZ DEL VALLE, 2024, pp. 210 ss.; pp. 219 ss.

³⁸ De hecho, los límites temporales en sentido estricto se fijan en la ley, cuando, por el beneficio que implica la reconducción del hecho para el agente, se quiere garantizar la voluntariedad en la reconducción del hecho, como sucede en los artículos 305.4 y 307.3. CP, o en el artículo 427 CP. En los demás casos, el límite no es temporal, sino de evitación de consecuencias negativas; cuando se exige la colaboración, se eleva la exigencia para que el comportamiento sea entendido como reconocimiento de la norma y, de acuerdo con lo que defiende en el texto, como arrepentimiento voluntario. En todo caso, su significado es equivalente a la «sinceridad» del CP-1822, aunque la voluntariedad es un término valorativamente más neutro.

³⁹ Tasioulas, como argumento para justificar la menor pena en los casos de autocastigo, alude a otro ejemplo de sufrimiento de consecuencias negativas que implican menor merecimiento de pena, aunque en este caso se trata de un «castigo» de origen no estatal: las represalias de un «grupo de justicieros» (TASIOU-

3. Arrepentimiento y atenuación de la pena

Regreso entonces al arrepentimiento como atenuación de la pena, porque si el fundamento de algunos contextos previstos por la ley se encuentra, como he defendido, en ciertas formas de arrepentimiento, no puede ser descartada esta posibilidad. De hecho, la desaparición del arrepentimiento no ha tenido como consecuencia su total desaparición del debate en la doctrina. Recientemente, Silva Sánchez ha subrayado que los comportamientos que denomina «autopunitivos» tienen en algunos casos «el reconocimiento simbólico de reconocimiento de la vigencia de la norma», y señala de forma específica –aquí sigue a Strawson– al remordimiento, como expresión del cargo de conciencia: el elemento cognitivo de haber obrado mal, por una parte; y el emocional-aflictivo, del sufrimiento como peso en la conciencia por el hecho cometido⁴⁰. Es cierto que, como he explicado, los términos remordimiento o cargo de conciencia son algo distinto del arrepentimiento en sentido estricto, y parecen aludir predominantemente al momento emotivo, que sólo impropia-mente puede ser considerado arrepentimiento; pero, como sucede con menos claridad en algún caso en la doctrina⁴¹ o en la jurisprudencia⁴² anteriores a la «objetiva-

LAS, Phil., 2006, p. 309). La referencia –más amplia– de Silva Sánchez al «equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena» (SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 2037) da una visión muy gráfica; pero, a mi juicio, apunta a la compensación, que no escapa de la culpabilidad: la atenuación se explica porque existe, como sucede en la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, una «culpabilidad ya castigada».

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 2037, a los que añade los comportamientos «auto-resocializadores» (pp. 2037-2038). Es cierto que, como plantea, la cuestión gira al menos en torno a la individualización, en una segunda fase posterior a la aplicación de circunstancias atenuantes; pero es indiscutible el reconocimiento de valor en el texto, que se confirma cuando se refiere a la justicia restaurativa en un sentido crítico, que entiendo correcto: «requiere que el procedimiento restaurativo empiece por la verdad –por el reconocimiento del hecho como algo real, antijurídico y culpable», porque «la restauración no puede ser un diálogo entre iguales» (p. 2058). La desigualdad viene dada, en consecuencia, por el arrepentimiento, y del arrepentimiento viene también la «auto-resocialización». Por otro lado, y en relación con la «autopunición»: Max Scheler, al referirse a las diferentes explicaciones del arrepentimiento (SCHELER, 1921, p. 9) se refiere al «autocastigo» o «auto-retribución» (*Selbstvergeltung*) –como una alternativa de la visión del arrepentimiento como venganza, menos «violenta» que la visión de la venganza de Nietzsche– como una simple forma de que, en su manifestación más primitiva, no necesariamente afecta sólo a lo que se considera «malo»; pero lo rechaza como explicación del arrepentimiento (pp. 38-39).

⁴¹ Frente a la opinión de Antón Oneca, que defendía la intrascendencia de los móviles morales (ANTÓN ONECA, 1949, p. 345), Quintano Ripollés considera «plausible» no sólo «procurar beneficios a la víctima o a la Administración de Justicia», sino también al «sentimiento del culpable», pues la circunstancia atenuante, «de ser despojada de este aspecto sentimental y ético y prevalecer en absoluto los puntos de vista utilitaristas, correría el riesgo de premiar el cinismo o la habilidad» (QUINTANO RIPOLLÉS, 1958, p. 322-323).

⁴² «El elemento subjetivo o psicológico, aludido al referirse la norma a haber procedido el culpable “por impulsos de arrepentimiento espontáneo”, que tanto quiere decir como presidido por sentimientos de pesar, aflicción o contrición por la perpetración del hecho delictivo, dolorido en su fuero íntimo por el desorden actuacional en que incurriera incidente sobre el medio social y damnificador para bienes jurídicos concretos, ávido de remediar o paliar en lo posible las nefastas consecuencias de su antecedente actuación, respecto de la que viene a manifestar su repudio y reprobación inequívocos; debiendo actuar por

ción» del arrepentimiento, donde el fundamento moral es lo opuesto a la finalidad inmoral del arrepentimiento fingido, lo que sostiene Silva Sánchez es inequívoco al referirse explícitamente al «elemento cognitivo».

Otra cuestión es la fundamentación dogmática de la solución, en la que la oposición o, al menos, el escepticismo sobre la relación del arrepentimiento con la culpabilidad es frecuente, y fundamentalmente porque se trata de un hecho posterior al delito. Sin embargo, creo que el fundamento de la atenuación del arrepentimiento –hoy no previsto en la ley– como el de las formas de exteriorización que la ley sí prevé (confesión o reparación) o que, por tener una «análoga significación», pudieran encuadrarse en el artículo 21.7.^a CP, se encuentra en una menor culpabilidad: en el arrepentimiento porque, en sí mismo, lo es; en los demás casos, porque no son otra cosa que contextos que el derecho interpreta como arrepentimiento. Pero me limitaré ahora a explicar brevemente mi posición, sobre lo expuesto hasta ahora, para, finalmente y en la conclusión, señalar mi coincidencia y mi discrepancia con la idea de culpabilidad de Peñaranda Ramos, a la que me refería en las primeras líneas.

La afirmación de que el arrepentimiento mitiga la pena es compatible, a mi juicio, con un concepto de culpabilidad penal fundado en la responsabilidad moral, como el que sostengo, y que no se restringe a una categoría dogmática⁴³. No existe diferencia, en mi opinión, entre principio de culpabilidad y culpabilidad, porque la culpabilidad, que es el concepto genuino y constituyente del derecho penal, no puede quedar reducido a una categoría de la teoría del delito: la culpabilidad se manifiesta en cualquier cuestión sobre la imputación personal. Pero no hay imputación personal en el derecho penal cuando no existe la posibilidad de imputación moral. Por tanto, no comparto la fundamentación de la jurisprudencia que pone en relación la culpabilidad con los fines de la política criminal, porque esta visión –cualquier visión con ese enfoque– es incompatible con el fundamento moral de la culpabilidad penal.

El punto crucial entonces, en relación con el arrepentimiento, es el siguiente: ¿cómo puede negarse la culpabilidad moral sobre la base de un acontecimiento posterior al hecho que se imputa? La solución, a mi juicio, se encuentra en los dos aspectos que, anteriormente, he destacado en la perspectiva de Max Scheler: porque el arrepentimiento se desenvuelve en el marco personal, y la culpabilidad es una cualidad de la persona; y porque, en la valoración del hecho, la comunidad política enjuicia el hecho, sobre el que recae el arre-

impulso y determinación propios, nacidos –cual resaltan las sentencias de 16 de noviembre de 1978 y 5 de diciembre de 1985– en lo íntimo de su ser y no por cálculos interesados o por motivaciones egoístas, en busca de un trato punitivo menos riguroso» (STS 19 mayo 1986, ponente: Soto Nieto).

⁴³ PÉREZ DEL VALLE, 2024, pp. 225 ss.

pentimiento, en la perspectiva de solidaridad como culpabilidad parcialmente compartida. La pena como retribución se impone al sujeto culpable en el momento en que es juzgado y, por tanto, la pena que merece en ese instante como castigo por el hecho cometido en la medida de su culpabilidad. Se trata de la culpabilidad *en relación* con el hecho juzgado y no de la culpabilidad *del* hecho juzgado. El culpable es el autor, que es el destinatario de la pena, y la culpabilidad sólo puede entenderse en el marco de su biografía: el autor arrepentido es *ahora* menos culpable respecto al hecho pasado, y la pena que *hoy* se impone no puede ignorar esta menor culpabilidad. Esta menor culpabilidad no sólo es relevante cuando existe un arrepentimiento inmediato⁴⁴, sino que debería ser considerada siempre que la presencia del hecho pasado trasciende lo inconsciente en la propia biografía –o, más bien, autobiografía– para reubicarse en lo consciente, mediate el reconocimiento, por parte del autor, de su desaprobación moral.

V. CONCLUSIÓN: COINCIDENCIAS, DISCREPANCIAS Y CUESTIONES ABIERTAS

Al inicio de estas líneas, formulaba una pregunta a partir de la idea de culpabilidad propuesta por Peñaranda Ramos y, al menos en cuanto se refiere al arrepentimiento, creo haberla respondido: a mi juicio, el arrepentimiento es un proceso moral que expresa una menor culpabilidad del autor. El arrepentimiento sería, por tanto, un proceso cognitivo que implica –en las palabras de Peñaranda Ramos– el distanciamiento del hecho por parte del agente. En mi opinión, el distanciamiento implica necesariamente un nuevo posicionamiento moral en relación con el hecho, y fundado, de modo heterónomo, en el reconocimiento de la norma infringida. Esta idea supone, por una parte, la aceptación de los presupuestos formales de la tesis de Peñaranda Ramos sobre la culpabilidad; pero, por otra, una discrepancia en un aspecto sustancial, cuando admito un fundamento moral de la culpabilidad.

Quedan, como es claro, muchas cuestiones abiertas, al menos en dos líneas: con carácter general, el desarrollo de una visión de la culpabilidad que tome en consideración la relevancia biográfica de la persona como sujeto del derecho penal, y su límite en efectos desfavorables, en un marco en que la doctrina rechaza la idea de la culpabilidad por la conducción de la vida; y, de

⁴⁴ Tasioulas considera que existe una mitigación de la culpabilidad en aquellos casos en que el arrepentimiento tiene lugar inmediatamente después y de un modo que influye en nuestra estimación de «su verdadera naturaleza última» (TASIOULAS, Phil., 2006, p. 308).

forma más particular, el esclarecimiento de las razones por las que diferentes manifestaciones del arrepentimiento tienen distintas consecuencias. Confío en que el diálogo con el Profesor Enrique Peñaranda Ramos sea, como lo ha sido hasta ahora, estímulo irremplazable de las reflexiones de quienes, con él, compartimos el entusiasmo por el debate científico sobre los fundamentos del derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO PLANAS, Javier: Estudios de Historia del Derecho penal, Madrid, 2021.
- ANTÓN ONECA, José: Derecho penal-Parte general, tomo I (Parte General), Madrid, 1949.
- BARONA AGUILAR, Silvia: en Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal, 27 ed., Valencia, 2019.
- BIRNBACHER, Dieter: Spinoza und die Reue, Zeitschrift für philosophische Forschung, Bd. 38, H.2, 1984, pp. 219-240.
- CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: El arrepentimiento espontaneo. Estudio del artículo 9.9.^a del Código Penal, Madrid, 1990.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.^a CP, Cizur Menor, 2013.
- FERRER SAMA, Antonio: Comentarios al Código penal, Murcia, 1946.
- FINNIS, John: Natural Law and Natural Rights, 2.^a ed., Oxford-New York, 2011.
- HÄRTL-MEISSNER, Sophie: Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht. Eine rechtsvergleichende Betrachtung und ein Ausblick auf Reformmöglichkeiten, Baden-Baden, 2020.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal-Parte general, Barcelona, 1984.
- MOZOTA FATAS, María-Lourdes: *La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, vol. XLII, 1989, pp. 141-160.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Delitos de odio y Derecho Penal de la Culpabilidad*, en Reflexiones académicas sobre los delitos de odio, Madrid, 2021, pp. 7-21.
- PERALTA, José Milton: Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Madrid, 2012.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos: Lecciones de derecho penal-Parte General, 8.^a ed., Madrid, 2024.
- Filosofía Práctica y Derecho Penal, Madrid, 2026.
- SÁNCHEZ-MIGALLÓN, Sergio: *Progreso moral y esencia de la persona humana: un análisis desde el fenómeno del arrepentimiento*, Veritas, núm. 23, 2010, pp. 45-63.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho penal-Parte general, Madrid, 2025.
- SCHOLER, Max: *Reue als Wiedergeburt*, en Vom ewigen in Menschen, Leipzig, 1921.

- SCHOPENHAUER, Arthur: *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Leipzig, 1859.
- SEIFERT, Josef: *Repentance and Rebirth*, *American Catholic Philosophical Quarterly*, vol. 79, núm. 1, 2005, pp. 181-199.
- TASIOULAS, John: *Punishment and Repentance*, *Philosophy*, vol. 81, 2006, pp. 279-322.
- WEISMEYER, Joseph: *Reue*, en *Lexikon für Theologie und Kirche*, 8 Bd., Freiburg i. Br., 1999.
- WUNDERLE, Georg: *Zur Psychologie der Reue: Ergebnisse einer Umfrage*, *Archiv für Religionspsychologie/Archive for the Psychology of Religion*, vol. 2/3, 1921, pp. 39-107.

JURISPRUDENCIA

- STS 19 abril 1985.
- STS 19 mayo 1986.
- STS 20 febrero 1987.
- STS 30 septiembre 1987.
- STS 1 diciembre 1987.
- STS 7 noviembre 1988.
- STS 13 diciembre 1988.
- STS junio 1990.
- STS 1 marzo 1991.
- STS 27 marzo 1993.
- STS 204/2025 de 4 marzo.

16. CONEXIONES Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PENAS Y LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS*

CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ
Profesora Permanente Laboral
Derecho penal en la Universidad de Alcalá

I. INTRODUCCIÓN

Durante su larga y prestigiosa carrera académica, el Prof. Enrique Peñaranda Ramos ha tenido la ocasión de profundizar en reiteradas ocasiones sobre el concepto y los fines de la pena¹. Con motivo de su 70.º aniversario, deseo rendirle un afectuoso homenaje y mostrarle mi admiración con unas breves reflexiones sobre la relación entre las penas y las sanciones administrativas, cuestión que forma parte de la discusión más amplia sobre la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, sobre la que he tenido el gusto de debatir con el homenajeado. Se pretende aquí determinar si penas y sanciones administrativas comparten o no idéntica naturaleza y, en caso afirmativo, si pese a ello existe alguna característica o rasgo material que las diferencie y evite su plena intercambiabilidad.

* Una previa versión de este trabajo ha sido publicada en PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2025, pp. 103 ss. La presente obra *acota* parte del contenido de dicho trabajo y, a la vez, actualiza, amplía y aclara algunas de las ideas allí desarrolladas. Esta versión se encuadra en el proyecto de investigación «El Derecho penal del trabajo en la cuarta revolución industrial: ¿aparición de nuevas conductas delictivas y perpetuación de las ya existentes?» (ref. PID2024-157227NB-I00) de la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ PEÑARANDA RAMOS, *Doxa*, 2000, pp. 289 ss.; 2005, pp. 223 ss.; 2012, pp. 221 ss.; 2015, pp. 255 ss.; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 161 ss.

Desde una aproximación metodológica de dogmática teleológica, y hasta el límite de mi investigación, la priorización del análisis de la pena (y su relación con la sanción administrativa) ha resultado ser la secuencia de razonamiento más fructífera para comenzar a trazar la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador²; este sería el punto de partida sobre el que después derivar y *fundamentar* los hechos sancionables, sin perjuicio de que estos últimos puedan efectuar a continuación una retroalimentación sobre las consecuencias jurídicas, en un viaje de ida y vuelta. Al fin y al cabo, la pena ha sido descrita como el «punto arquimédico» del Derecho penal³: tanto es así que con la determinación del contenido del hecho punible se trata de establecer el presupuesto o condición que legitima la imposición de la *pena*⁴.

Desde una perspectiva estrictamente legal, el CP no define el concepto de pena, sino que ofrece una clasificación de las penas en él previstas y una exclusión de algunas privaciones o restricciones de derechos que no han de ser consideradas como tales⁵; tampoco existe una definición expresa de las sanciones administrativas en la CE ni en las leyes, que ante determinadas conductas infractoras de normas administrativas imponen una serie de males (fundamentalmente, pero no solo, multas) y puntualmente niegan expresamente la condición de sanción a determinadas consecuencias⁶. La diferencia formal más obvia entre unas y otras es el órgano que las impone –la Administración pública en el caso de las sanciones administrativas, frente a los jueces o tribunales en el caso de las penas⁷–, además del ilícito al que se conectan –las primeras, a conductas calificadas de infracciones administrativas, y las segundas, a los delitos (o faltas)⁸–. El artículo 25.3 CE prohíbe expresamente a la Admi-

² Así también GRECO, 2018, pp. 189 ss. = 2025, pp. 82 ss. En cambio, en su análisis de naturaleza político-criminal, RANDO CASERMEIRO, 2010, p. 197, defiende priorizar la atención hacia la infracción y solo derivadamente hacia la pena.

³ SCHÜNEMANN, 2017, p. 703.

⁴ GRECO, 2018, p. 191 = 2025, p. 85. *Vid.* también MIR PUIG, 1982, p. 41, para quien la teoría del delito «constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una *pena*» (en cursiva en el original). Nótese que en ROXIN, 1997, núm. 1/1, se define al Derecho penal como «la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta *conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección*» (cursiva añadida). Se mantiene esta definición en ROXIN/GRECO, 2020, núm. 1/1.

⁵ *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2012, p. 221; 2015, p. 255; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, p. 162, que por eso recuerdan que el artículo 34 contiene una delimitación negativa y parcial; RODRÍGUEZ HORCAJO, Eunomía, 2019, p. 220. *Vid.* también los artículos 32-34 CP.

⁶ HUERGO LORA, 2007, pp. 203 ss. *Vid.* una enumeración de las clases de sanciones que se pueden localizar en la legislación española, p. ej., en RANDO CASERMEIRO, 2010, pp. 97 ss.

⁷ CID MOLINÉ, RAP, 1996, pp. 133 ss., aunque de manera crítica; REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, 2018, p. 203; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2024, cap. XVIII, I.1; LUZÓN PEÑA, 2025, núms. 1/28 ss., 1/40 ss., aunque sin carácter definitorio ni definitivo.

⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, pp. 28 ss., 34; PEÑARANDA RAMOS, 2012, p. 225; 2015, pp. 258 ss.; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, p. 164; LUZÓN PEÑA, 2025, núms. 1/20 y 28.

nistración civil imponer directa o subsidiariamente sanciones que impliquen la privación de libertad.

No obstante, como señala con acierto el homenajeado, «[l]a calificación de una determinada consecuencia jurídica como pena o como consecuencia de otro carácter no puede derivar del dato formal de su inclusión o exclusión del catálogo legal de penas, sino de que se cumplan o no respecto a ella las respectivas notas definitorias»⁹. Cuando se trata de determinar los conceptos materiales de ciertas categorías fundamentales del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, lo más correcto es hacer una abstracción de la mano del conjunto de Derecho positivo –al que se le atribuye cierta coherencia, por imperfecta y tendencial que sea¹⁰–, pero sin quedarse totalmente atado de manos ante cada una de las concretas normas o artículos del Derecho vigente, que pueden no encajar o desviarse de esta abstracción. Solo esta perspectiva teórico-jurídica y dogmática, que también tiene alcance constitucional, permite desarrollar conceptos generales capaces de trascender y vincular en cierta medida a las decisiones cotidianas del legislador, que de lo contrario podría incurrir a placer en fraudes de etiquetas¹¹.

II. LAS CONEXIONES ENTRE PENAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Con estos puntos de partida, la primera de las preguntas que podría plantearse en relación con el concepto es si ya de entrada puede haber algún elemento definitorio *común* entre penas y sanciones administrativas. La respuesta es afirmativa y reside en su condición de sanciones¹². A esta conclusión se llega fácilmente si se emplea el tradicional concepto amplio de sanción de la teoría del Derecho, que a grandes rasgos considera sanción a toda consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de la norma¹³. Pero también se llega a ella

⁹ La concreta cita textual está extraída de PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, p. 162, pero previamente, con una redacción muy similar, la idea ya se localiza en PEÑARANDA RAMOS, 2012, p. 222; 2015, p. 256.

¹⁰ BOBBIO, 2023, pp. 171 ss. Coherencia no solo lógico-formal, sino también valorativa: p. ej. RUIZ SANZ, 2002, pp. 34 ss.; 2009, pp. 291 ss. De acuerdo con él, CUENCA GÓMEZ, *CEFD*, 2019, pp. 2 ss.

¹¹ La necesidad de trascender la calificación jurídica otorgada por el legislador en materia sancionadora ha sido reconocida por el TC en cuanto al ámbito sancionador, p. ej., en las SSTC 164/1995, de 13-11, 276/2000, de 16-11. *Vid.* también HUERGO LORA, 2007, pp. 188 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *Indret*, 2019, p. 21; MAYO CALDERÓN, *RAAP*, 2021, pp. 196 ss.

¹² P.ej. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 624 ss.; 2018, pp. 354 ss.

¹³ Sobre los conceptos amplios de sanción propios de la teoría del Derecho, *vid.* las exposiciones de HUERGO LORA, 2007, pp. 220 ss.; CANO CAMPOS, *RAP*, 2011, pp. 100 ss.; 2017, pp. 209 ss. Rechazan este

si se opta –como considero preferible a los efectos que nos interesan, dado que tendrá repercusiones en materia de principios y garantías– por una concepción restringida del término sanción. Al respecto, existen múltiples posiciones defendidas por la doctrina, unas algo más y otras algo menos flexibles¹⁴. Siendo consciente de la complejidad del asunto, con las presentes líneas no pretendo dar una solución definitiva, pero sí esbozar algunas ideas. Para empezar, considero –en línea con algunos autores– que para buscar un concepto material inicial deberían separarse en la medida de lo posible las cuestiones propiamente conceptuales de las cuestiones de constitucionalidad o legitimidad, de tal manera que conceptualmente pueda haber sanciones que sean inconstitucionales o ilegítimas¹⁵. En segundo lugar, estamos hablando de consecuencias impuestas por autoridades públicas, no por entes o sujetos privados¹⁶.

Tanto si se pretende buscar el concepto de las sanciones en sentido estricto como si simplemente se buscan rasgos comunes a las penas y las sanciones administrativas, sin más aspiraciones, podría partirse inicialmente de la idea de que consisten en la imposición al sujeto por el Estado o los poderes públicos de un mal como reacción a la realización de un supuesto comportamiento incorrecto o ilícito¹⁷. Ello supone lo que algunos autores –incluido el homenajeado– han calificado de contenido afflictivo¹⁸ y, en tanto que reacción, una relación fundamental con una conducta pasada (elemento retrospectivo)¹⁹. La imposi-

concepto, además de los dos autores señalados, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, p. 27 (núm. 77); MAYO CALDERÓN, *RAAP*, 2021, p. 192; SEMPERE NAVARRO/MARTÍN JIMÉNEZ, 2024, pp. 13 ss.

¹⁴ Vid. p. ej. las empleadas o expuestas por CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 132 (núm. 1), 134; HUERGO LORA, 2007, pp. 203 ss., 225 ss.; CANO CAMPOS, *RAP*, 2011, pp. 103 ss.; 2017, pp. 212 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, pp. 354 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, pp. 26 ss.; MAYO CALDERÓN, *RAAP*, 2021, pp. 192 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, *RECPC*, 2022, pp. 14 ss.

¹⁵ Así lo declaran, respecto del concepto de pena, MIR PUIG, 2003, p. 79; GRECO, 2015, pp. 643, 648 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Eunomía*, 2019, p. 222. Respecto del concepto genérico de sanción, vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, p. 32.

¹⁶ Pej. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, pp. 354 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, p. 26; SEMPERE NAVARRO/MARTÍN JIMÉNEZ, 2024, pp. 14 ss., quienes recuerdan que desde una acepción amplia puede hablarse de sanciones privadas, con un régimen diferente.

¹⁷ Se está aquí tomando como punto de partida una versión adaptada del concepto de pena manejado por GRECO, 2015, pp. 653 ss., p. 659 («Una pena en sentido estricto, una pena criminal, [...] es la privación de un derecho innato, que se impone por el Estado o por otra entidad similar al Estado como reacción objetiva a un supuesto comportamiento incorrecto» –traducción propia–), despojado de las especificidades de lo que en su opinión constituiría una pena en sentido ontológico. Vid. también ROXIN/GRECO, 2020, núms. 2/1c ss.

¹⁸ Sobre el concepto de pena, pero haciendo extensivo este elemento a las sanciones administrativas, vid. p. ej. PEÑARANDA RAMOS, 2012, pp. 222, 225; 2015, pp. 256, 258 ss.; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 162, 164. Aplicado al concepto de sanción, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, p. 27.

¹⁹ La idea de reacción (o de consecuencia de un comportamiento antecedente) también está presente, por citar algún ejemplo en PEÑARANDA RAMOS, 2012, pp. 223, 226; 2015, pp. 257, 259; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 163 ss., con reflexiones adicionales sobre la función expresiva del castigo; LUZÓN PEÑA, 2025, núm. 1/20. La expresión de desaprobación que destacan las teorías comunicativas de la pena

ción del mal suele entenderse en términos específicos de privación o restricción de derechos o bienes del individuo²⁰. La perspectiva es además objetiva –inter-subjetiva, si se prefiere– y no subjetiva, de tal manera que es irrelevante si el sujeto a quien se le impone vive como un mal algo que objetivamente no lo es o, al contrario, no lo experimenta como un mal e incluso lo desea²¹.

No obstante, esta definición de partida podría resultar todavía demasiado amplia. Es muy frecuente entre la doctrina y la jurisprudencia la exigencia conceptual de que las sanciones en sentido estricto –o que tanto las penas como las sanciones administrativas– tengan no solo un contenido afflictivo, sino también un fin afflictivo o de castigo, es decir, un propósito represivo, frente a preventivo o reparador²². Para desligar entonces la definición de la pena e indirectamente la sanción administrativa de aspectos relacionados con su justificación o legitimación –teorías absolutas o de la retribución, relativas o preventivas, mixtas o de la unión, etc²³–, algunos autores han distinguido entre el fin directo o inmediato y la función a la que sirve, que justifica o legitima su existencia²⁴.

2. Todos estos elementos suponen ya de entrada la negación del carácter sancionador de algunas otras medidas que pueden imponerse por el Estado tras el previo incumplimiento de alguna norma jurídica y como resultado de un procedimiento penal o administrativo. Así, no serán sanciones en este sentido estricto la negación de un derecho que no se tenía ni la imposición de un deber

queda en GRECO, 2015, pp. 643, 646 reducida a esta condición de reacción a un comportamiento (supuestamente) incorrecto, que en ROXIN/GRECO, núm. 2/1f, ya sí se califica de (especialmente) reprochable. La cuestión es ciertamente discutible, especialmente cuando se trata de buscar el concepto común de sanción. En cualquier caso, el elemento reactivo, de pasado, distinguiría las penas (o las sanciones) de otras medidas que no se imponen después de haberse presentado su fundamento jurídico, sino *simultáneamente* a este o de manera *prospectiva*, como las medidas de seguridad (ROXIN /GRECO, 2020, núm. 3/63a).

²⁰ P. ej., CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, p. 132, núm. 1; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, p. 616; CANO CAMPOS, *RAP*, 2011, p. 104 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, p. 27, núm. 80; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 162, 164; LUZÓN PEÑA, 2025, núm. 1/20.

²¹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, pp. 27 ss.; LUZÓN PEÑA, 2025, núm. 1/20.

²² LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, p. 615; HUERGO LORA, 2007, pp. 205 ss., 225 ss., 240; CANO CAMPOS, *RAP*, 2011, p. 103 ss.; 2017, pp. 212 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2012, pp. 222, 225; 2015, pp. 256, 258 ss.; SCHÜNEMANN, 2017, p. 703; REBOLLO PUIG/IzQUIERDO CARRASCO, 2018, p. 204; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, pp. 26, 29 ss.; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 163 ss. *Vid.* también p. ej. las SSTC 164/1995, de 13-11 y 276/2000, de 16-11, que requiere la función o finalidad «represiva, retributiva o de castigo». En contra de introducir estos en la determinación conceptual, GRECO, 2015, p. 644.

²³ Al respecto *vid.* la exposición de PEÑARANDA RAMOS, 2012; pp. 228 ss.; 2015, pp. 261 ss.; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 165 ss., que consideran finalmente preferible una «función de *prevención limitada* en atención al principio de culpabilidad y a los demás principios limitadores del *ius puniendi*» (p. 187). *Vid.* asimismo su exposición y diálogo con el pensamiento de Jakobs en PEÑARANDA RAMOS, *Doxa*, 2000, pp. 289 ss.; 2005, pp. 223 ss.

²⁴ P. ej., MIR PUIG, 2003, pp. 77 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, pp. 29 ss.

que ya existía o de otras medidas de restablecimiento de la legalidad²⁵. También se ha negado el carácter sancionador o punitivo en sentido estricto de la categoría de las medidas de seguridad²⁶, pese a que desde una concepción más amplia del término se las incluya a menudo entre las sanciones penales²⁷. Respecto de las consecuencias accesorias y las llamadas «consecuencias colaterales», resultaría preciso un análisis de cada una de ellas para valorar si, conforme a los elementos señalados, constituyen sanciones en este sentido estricto o si se trata de consecuencias jurídicas de otra naturaleza²⁸.

Al mismo tiempo, algunas medidas a las que la normativa o los poderes públicos niegan expresamente el carácter de sanción podrían, sin embargo, serlo materialmente. Ese ha sido el caso de determinados recargos por demora que, pese a la calificación jurídica supuestamente no sancionadora otorgada por el legislador, mostraban por su concreta configuración que sí suponían de hecho la privación o restricción de un bien o derecho con un fin de castigo como reacción por un comportamiento indebido anterior²⁹.

III. LA FRONTERA ENTRE PENAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Pero, partiendo de esta común naturaleza o condición sancionadora, la cuestión ahora es si las penas y las sanciones administrativas presentan al-

²⁵ HUERGO LORA, 2007, p. 250; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, pp. 27 ss. Piénsese, p.ej., en la devolución de las cantidades indebidamente obtenidas de los artículos 16 y 23 LISOS. La STC 239/1988, de 14-12 ha negado el carácter sancionador de las multas coercitivas, por tratarse de mecanismos coercitivos de ejecución forzosa que no tienen fin de castigo o retribución. *Vid.* también la STC 48/2003, de 12-3.

²⁶ Así por ejemplo LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 594 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, p. 32. Negando el carácter de pena por razón de la ausencia del elemento retrospectivo de reacción (con un razonamiento, por lo tanto, aplicable a esta idea de sanción en sentido estricto), v. ROXIN/GRECO, 2020, núm. 3/63a (*vid.* núm. 19 del presente trabajo).

²⁷ *Vid.* p.ej. PEÑARANDA RAMOS, 2012, p. 221; 2015, pp. 255; PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, pp. 161 ss.; LUZÓN PEÑA, 2025, núms. 1/5 y 20 ss. y 32. Dicho esto, todos ellos exponen en sus trabajos diferencias entre penas y medidas de seguridad al hilo de rasgos que también afectarían a la consideración como sanción en el sentido estricto apuntado en el cuerpo del texto.

²⁸ Sobre el decomiso, *vid.* p.ej. CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, 2019, pp. 1 ss. En cuanto a las consecuencias colaterales (cuyo estudio está en ciernes), se trata de privaciones de determinados derechos políticos, civiles y sociales a los condenados y excondenados por el mero hecho de la imposición de una pena y que quedan fuera de la regulación penal: desde un punto de vista global, destacan especialmente los trabajos de Díez RIPOLLÉS, *InDret*, 2014, pp. 1 ss. y CORRAL MARAVER, 2025, pp. 59 ss.

²⁹ *Vid.* STC 276/2000, de 16-11, respecto de unos recargos por demora de hasta el 50 % de la deuda tributaria. En cambio, la STC 164/1995, de 13-11, había negado el carácter sancionador de unos recargos por demora de hasta el 10 %, por tener una función reparadora y, sobre todo, disuasoria. Da cuenta de ello, entre otros, PEÑARANDA RAMOS, 2012, p. 222; 2015, p. 256.

guna diferencia, cualitativa o solo cuantitativa, en su contenido o sus efectos. Como se ha comentado, el artículo 25.3 CE prohíbe expresamente a la Administración civil imponer sanciones que impliquen directa o subsidiariamente la privación de libertad; fuera de ámbitos disciplinarios concretos, a los que se atribuyen una serie de peculiaridades³⁰, la privación de libertad solo está prevista actualmente como pena. Esta limitación ha sido utilizada tanto por tesis propiamente cuantitativas de la delimitación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador como por tesis mixtas. Un importante sector de la doctrina sostiene que las diferencias entre penas y sanciones administrativas se encuentran sencillamente en la mayor gravedad de las primeras con carácter general, por lo que se trataría de una diferencia de grado, que no implicaría en sí misma una naturaleza diferente³¹. Para algunos autores, estas diferencias de gravedad responderían a la menor gravedad de los ilícitos administrativos y a razones de necesidad de pena³².

Uno de los principales problemas achacados a esta afirmación sería su contradicción por el Derecho positivo. Así, con la salvedad de la citada privación de libertad, no sería cierto que las sanciones administrativas tengan menor gravedad que las penales, sino que muchas veces serían iguales o incluso más gravosas que estas³³. En este sentido se ha puesto de manifiesto cómo el monto posible de las multas administrativas puede ser mucho mayor que el de la pena de multa; además, como ya se ha comentado, en España algunas sanciones administrativas son coincidentes en su contenido a las penas privativas de derechos, como la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a portar armas³⁴; ello sería particularmente notorio en el caso de las penas imponibles a las personas jurídicas.

³⁰ En el ámbito disciplinario militar de las Fuerzas Armadas están previstas distintas modalidades de arresto, y en el penitenciario, de aislamiento, cuya constitucionalidad y legitimidad han sido debatidas. Vid. HERBÓN COSTAS, *RAP*, 2021, pp. 179 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, 2022, pp. 354 ss.

³¹ Vid. CEREZO MIR, *ADPCP*, 1975, pp. 165 ss., 169; 2004, pp. 56, 60, aunque su discurso es más bien de *lege ferenda* y reconoce excepciones; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 57; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 615 ss., 619, quien sin embargo aprecia luego diferencias cualitativas en cuanto al modo de sancionar; LUZÓN PEÑA, 2025, núm. 1/20, reconociendo también excepciones.

³² CEREZO MIR, *ADPCP*, 1975, pp. 165 ss., 169; 2004, pp. 55 ss., 60.

³³ En España, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 34; BAJO FERNÁNDEZ/MENDOZA BUERGO, *ADPCP*, 1983, p. 568, sosteniendo de *lege ferenda* la postura cuantitativa; QUINTERO OLIVARES, *RAP*, 1991, p. 257; CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 132 ss., describiendo la crítica; GARCÍA ALBERO, 2001, p. 300; RANDO CASERMEIRO, 2010, pp. 27 ss.; ALARCÓN SOTOMAYOR, *RAP*, 2014, pp. 142 ss.; SALAT PAISAL, 2021, pp. 27 ss.; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2023, pp. 65 ss., 107 ss., quienes aluden a la identidad sustancial entre ambas consecuencias jurídicas y llegan a sostener que la pena de prisión no sería siempre y en todo caso la pena más grave que conoce el sistema punitivo. En Alemania, vid. GRECO, 2015, pp. 647 ss.; ROXIN/GRECO, 2020, núm. 2/1d.

³⁴ P. ej., GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2023, p. 107; LUZÓN PEÑA, 2025, núm. 1/20, aunque de manera crítica. Nótese en cualquier caso que algunas multas administrativas tienen cuantías máximas a las

La réplica a estas críticas destaca que los ejemplos serían puntuales o más aparentes que reales³⁵. Como señala Huergo Lora, en los casos «en que un mismo bien jurídico es protegido por normas penales y administrativas, la horquilla de la sanción penal es más elevada que la horquilla de la sanción administrativa, aunque puedan solaparse»³⁶; además, que en esa valoración se estarían ignorando aspectos de gran relevancia, como la convertibilidad de las penas de multa en penas privativas de libertad³⁷ (u otras formas de responsabilidad personal subsidiaria) o el plus de daño que causarían al condenado la condena por el mero hecho de tratarse de una condena *penal*.

2. Y es que, a veces en conexión con la réplica anterior, se ha afirmado que las penas tendrían un reproche ético-social del que carecerían las sanciones administrativas, buscando con ello una cualidad o rasgo diferenciador³⁸. De nuevo esta supuesta diferencia ha sido cuestionada, entendiendo que la carga de reproche ético-social también estaría presente en las sanciones administrativas, pero en un grado menor, coherentemente con la menor gravedad de los ilícitos³⁹. Más allá del efecto comunicativo intrínseco de las sanciones, se ha alegado o contraargumentado que en la práctica las

que no se puede llegar en el caso de la pena de multa por cuotas, si bien la multa proporcional podría ser muy elevada según los casos.

³⁵ CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 133, 136 ss.; HUERGO LORA, 2007, pp. 158 ss.

³⁶ HUERGO LORA, 2007, p. 159, núm. 235. Por ejemplo, en el ámbito laboral, resulta llamativa la diferencia en la cuantía máxima que puede alcanzar la pena de multa de los delitos laborales contemplados en los artículos 311 ss. CP frente a las multas administrativas previstas en el artículo 40 LISOS: no obstante, no solo hay que reconocer la posible responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, sino que los delitos laborales contemplan también, como penas cumulativas o a veces solo alternativas, penas de prisión; además, la multa administrativa se impondrá en la mayoría de los casos a personas jurídicas, mientras que los delitos laborales no contemplan actualmente su responsabilidad penal *ex artículo 31 bis ss.*

³⁷ GARCÍA ALBERO, 2001, p. 358; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 621 ss. Sin embargo, SALAT PAISAL, 2021, p. 79 alega que el impago de multa no siempre supone privación de libertad, pues existe la alternativa de los trabajos en beneficio de la comunidad y la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad o sustituirla.

³⁸ *Vid.* en Alemania la BVerfGE 22, 49, de 6-6-1967 (núms. 99, 104); la exposición de MATTES, 1976, pp. 2 ss., 208 ss. sobre las tesis del Derecho penal administrativo; WEIGEND, 2020, núm. 19: la sanción administrativa sería una mera llamada al orden o advertencia, un recordatorio de los deberes infringidos. En España, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 34; MIR PUIG, *RECPC*, 2004, p. 9, 14; HUERGO LORA, 2007, pp. 162 ss.

³⁹ Este argumento ha procedido no solo de tesis cuantitativas, sino también de tesis mixtas. *Vid.* p. ej. en Alemania JESCHECK, *JZ*, 1959, p. 461; JESCHECK/WEIGEND, 2013, p. 59 = 2002, p. 64, que no obstante reconocen que el juicio de desvalor ético-social de la pena es grave, frente al recordatorio o advertencia que supone la multa administrativa. En España, p. ej., GARCÍA ALBERO, 2001, p. 358. En cuanto al homenajeado, aunque parece optar por una distinción formal entre penas y sanciones administrativas, pues sostiene que las sanciones administrativas constituyen materialmente penas al compartir todas las notas definitorias de las penas que previamente ha expuesto (carácter aflictivo, propósito de castigo, expresión de grave desaprobación o censura, alta formalización frente a respuestas informales o descentralizadas contra la conducta desviada), sí da a entender que el carácter expresivo o simbólico de las penas es mayor: *vid.* PEÑARANDA RAMOS, 2012, pp. 224 ss. Esta idea es menos clara en ediciones posteriores.

penas generarían un efecto de estigmatización para el sujeto condenado por la creación de antecedentes penales y/o que su dimensión simbólica sería (mucho) más grave por razones históricas, psicológicas y sociológicas, con relevantes repercusiones en determinados aspectos sociales y laborales de la vida del condenado⁴⁰. En la producción de estos efectos simbólicos habría contribuido especialmente la sustanciación del procedimiento penal ante los jueces y tribunales, con carácter altamente formal, público y ritualizado, y con una serie de principios y garantías estrictos de imputación⁴¹. Todo ello desequilibraría la balanza en aquellos casos en los que la sanción administrativa fuera equivalente en su contenido o incluso superior en términos formalmente cuantitativos.

No obstante, también se ha tratado de rebajar el peso relativo de este género de argumentos: la indiscutible diferencia procedimental en su modo de imposición solo constituiría en sí misma una diferencia formal, que no permitiría hablar de un salto cualitativo o de una diferente naturaleza⁴²; por otro lado, la estigmatización –por su fricción con los fines de reinserción social– no sería un efecto deseable de las penas, y en cualquier caso los efectos estigmatizadores y simbólicos también estarían llegando progresivamente al Derecho administrativo sancionador⁴³.

3. Finalmente, algunos autores han desarrollado tesis que atribuyen un específico contenido a las penas en sentido cualitativo. En Alemania un representante notorio de estas posturas es Greco, quien dentro del repertorio formalmente penal distingue entre penas en sentido ontológico, penas en sentido derivado y en sentido artificial o convencional. Lo característico de las penas en sentido ontológico no sería su especial gravedad –pues podrían competir con otras sanciones de gran severidad–, sino su especial cualidad, que residiría en

⁴⁰ Destacan estas dimensiones RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 34; CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 136, 143, aunque reconoce también ciertos efectos en las sanciones de gravedad intermedia (que pueden ser formalmente penales o administrativas) y las niega en las de gravedad mínima; MIR PUIG, *RECPC*, 2004, p. 14: «Prescindir de este elemento simbólico [...] hace difícilmente justificable que se atribuyan a la Administración multas a veces mucho más elevadas que otras reservadas a la jurisdicción penal»; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 621 ss.; 2018, pp. 360, 366 ss.; HUERGO LORA, 2007, pp. 162 ss.; 2018, p. 20, con énfasis en el reproche que se deriva de la mera condición de «investigado»; PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 334; SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 433 ss. En Alemania destaca la jurisprudencia del BVerfG: p. ej. la BVerfGE 22, 49, de 6-6-1967 (núms. 99, 104).

⁴¹ *Id.* especialmente SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 125; 2025, pp. 433 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, p. 621; 2018, pp. 360, 366 ss., autores que por su parte atribuyen al *modo* de sancionar en sí mismo una diferencia cualitativa entre ambos ordenamientos. Sobre estas posturas que inciden en las diferencias procesales y su repercusión en las garantías, *vid.* con más detalle PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2025, pp. 127 ss.

⁴² GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2023, p. 83.

⁴³ RANDO CASERMEIRO, 2010, pp. 358 ss., destacando la existencia de algunos registros administrativos de infractores en determinados sectores.

la privación de derechos innatos, que afectan al ser humano en tanto que tal⁴⁴. A ellas deberían sumarse, aunque de manera solo derivada, las penas que, sin afectar directamente a derechos innatos, puedan transformarse en penas en sentido ontológico, bajo algunos requisitos⁴⁵. Ambas clases de sanciones serían penas en sentido material⁴⁶. Las penas en sentido convencional o artificial serían, en cambio, aquellas que afectan tan solo a derechos adquiridos, y no se diferenciarían de otras sanciones más que por el mero hecho formal de haber decidido el legislador incluirlas en el repertorio formal de penas. Su tratamiento como tales dependería totalmente de la voluntad del legislador, mientras que en el caso de las penas materiales el legislador estaría vinculado y cualquier degradación al ámbito sancionador sería considerado un fraude de etiquetas⁴⁷.

En España⁴⁸ destaca por su parte dentro de esta tendencia Cid Moliné, quien atendiendo al contenido considera que hay sanciones de gravedad mínima, intermedia y máxima. Estas últimas se caracterizarían por privar de la libertad ambulatoria o de bienes que condicionan el ejercicio de la mayoría de esferas de la libertad de actuación, impidiendo que el individuo lleve a cabo sus planes de vida: estas serían las sanciones materialmente penales. Las de gravedad intermedia afectarían a esferas concretas de carácter básico de la libertad de actuación (p. ej., sanciones que impiden el ejercicio de la profesión), y las de gravedad mínima afectarían al patrimonio o a esferas concretas de la libertad de actuación, pero de carácter secundario o no decisivas (p. ej., la pri-

⁴⁴ GRECO, 2015, pp. 653 ss., pp. 659 ss., 691, 699 ss.: en tanto que derechos innatos, se trataría de aquellos de que dispondría el ser humano antes de la celebración del contrato social y que afectarían a una capa más profunda de la personalidad: notablemente, la vida, la integridad física y la libertad ambulatoria, aunque también algunas sanciones que afectarían al núcleo del honor más vinculado a la dignidad humana o la pérdida de la personalidad jurídica (muerte civil); 2018, pp. 201 ss. (= 2025, pp. 96 ss.); ZStW, 2023, pp. 425 ss. Le siguen SCHÜNEMANN, 2017, p. 703, añadiendo como rasgo de la pena su carácter excesivo (*overkill*) con carácter general, que sería peor que la mera retribución –aunque esto sea más que discutible en el Derecho penal con las limitaciones de un auténtico Estado de Derecho, especialmente el principio de proporcionalidad–; ROXIN/GRECO, 2020, núms. 2/1f ss., 2/102, 2/130. En todo caso, la referencia a los derechos innatos presenta una vinculación con el pensamiento iusnaturalista racionalista que puede resultar discutible dependiendo de la concepción iusfilosófica que se defienda.

⁴⁵ GRECO, 2015, pp. 660, 670, 699. En concreto, penas que se puedan transformar sin lo que denomina «lagunas de justificación» (*Rechtfertigungslücken*), es decir, sin necesidad de un nuevo procedimiento penal que satisfaga el principio de acusación, de una nueva condena judicial, etc. Ello supone que la decisión de imponerla debe haber satisfecho ya todas las condiciones de legitimidad exigidas para las penas ontológicas.

⁴⁶ Esta es la denominación en ROXIN/GRECO, 2020, núms. 2/1g ss. Por su parte, SCHÜNEMANN, 2017, p. 703, añade en su concepto «tipológico» de pena las multas que, incluso sin ser susceptibles de transformación en pena de prisión, sean tan elevadas que destruyan la existencia económica.

⁴⁷ GRECO, 2015, pp. 659, 671 ss.

⁴⁸ Vid. además GARCÍA ALBERO, 2001, p. 358; HUERGO LORA, 2007, pp. 157 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 333 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2023, p. i; 2025, p. 433, apreciando en cuanto a la pena de prisión una diferencia cualitativa (no así en otras penas).

vacación del permiso de conducción)⁴⁹. En el caso de la multa penal, dado que está sometida a una responsabilidad personal en supuesto de impago, el grado de severidad de la sanción –solo pecuniaria, privativa de derechos o privativa de libertad– no sería susceptible de conocerse hasta un momento posterior al de la imposición de la sanción⁵⁰.

La conclusión que extraen ambos autores es que las penas materiales o las sanciones materialmente penales precisarían del nivel *máximo* de garantías de Derecho sustantivo y procesal, entre ellas la jurisdiccionalidad o la exigencia de culpabilidad⁵¹. No obstante, aunque sostienen que las garantías podrían ser más flexibles en el caso de las restantes sanciones, ven con buenos ojos que el legislador ofrezca el mismo nivel de garantías que las penas materiales cuando hayan sido incorporadas al repertorio de penas en sentido formal, pues en su opinión la reducción de garantías podría en algunos casos generar más costes (en términos de inseguridad) que beneficios⁵² o devaluar la seriedad de las verdaderas penas materiales⁵³. A conclusiones no demasiado diferentes en cuanto a la necesidad de garantías más estrictas llegan también otros autores que, desde posiciones cuantitativas o mixtas, afirman la mayor gravedad de las penas frente a las sanciones administrativas en los términos expuestos más arriba⁵⁴. Todo ello repercutiría en la configuración del hecho punible⁵⁵.

⁴⁹ CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 134 ss., 142 ss.: las sanciones de gravedad intermedia afectarían de forma severa a los planes de vida del sujeto, pero no impedirían que este los llevara a cabo por otra vía.

⁵⁰ CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, p. 160 (núm. 43). Sin embargo, cabría aquí matizar que la posibilidad de privación de libertad que lleva implícita ya le otorga una gravedad o cualidad diferente.

⁵¹ CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 138 ss., 141, 144 ss., 149 ss.; GRECO, 2015, pp. 656, 660; ZStW, 2023, pp. 427 ss.

⁵² CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 159 ss., núm. 43. Además, las peculiaridades de la pena de multa señaladas dificultan una reducción de garantías para su imposición. Ello no obsta a que Cid critique las menores garantías que se han establecido para sanciones formalmente administrativas, pero de gravedad intermedia.

⁵³ Se deduce de GRECO, 2015, pp. 645, 671; GA, 2015, p. 516.

⁵⁴ CEREZO MIR, 2004, p. 64 (núm. 64); MIR PUIG, *RECPC*, 2004, pp. 8 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 624 ss.; 2018, pp. 361 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 334. La jurisprudencia del TC ha indicado en repetidas ocasiones que en el Derecho administrativo sancionador operan los principios y garantías del Derecho penal «con matices», lo que supone cierta flexibilización de los mismos en el ámbito administrativo sancionador: *vid.* destacablemente las SSTC 18/1991, de 8-6 y 172/2005, de 20-6.

⁵⁵ Extraen conclusiones sobre el hecho punible a raíz de la pena delimitada en términos cualitativos o cuantitativos, p. ej., CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, 141, 144 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 616, 619; 2018, pp. 359 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 334 ss.; GRECO, 2018, pp. 201 ss. (= 2025, pp. 96 ss.); ZStW, 2023, pp. 427 ss.; ROXIN/GRECO, 2020, núm. 2/1h. Estos últimos concluyen que quien quiera afirmar la criminalización de un comportamiento debe estar dispuesto a enviar a un semejante a la cárcel por realizar ese comportamiento. En particular, GRECO, ZStW, 2023, pp. 428 ss., enfatiza especialmente que esta afirmación no debe ser entendida en el sentido de una apología de la pena privativa de libertad (o incluso de la pena de muerte o penas corporales), sino que pretende destacar cómo la pena no es una solución, sino ante todo un problema.

IV. CONCLUSIONES

1. A la vista de las anteriores consideraciones, y otras sobre las conexiones y diferencias sobre el hecho sancionable y por el lado procedimental que en este trabajo no es posible desarrollar⁵⁶, parece inevitable coincidir con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia constitucional española en que Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, con sus respectivas penas y sanciones administrativas, constituyen manifestaciones del *ius puniendi* del Estado en sentido amplio o –cabría decir– *ius sanctionandi*⁵⁷. El hecho de que penas y sanciones administrativas tengan esta común naturaleza sancionadora supone la exigencia de una serie de principios y garantías constitucionales básicos, tanto en aspectos sustantivos sobre el hecho sancionable y la sanción imponible como en aspectos procedimentales⁵⁸: ciertas dimensiones *básicas o mínimas* del principio de legalidad, responsabilidad subjetiva, proporcionalidad, presunción de inocencia, imparcialidad, contradicción, prohibición de tratos inhumanos o degradantes, etc⁵⁹. El respeto de los principios y garantías constitucionales en esta dimensión básica legitima entre otras cosas que la Administración pública pueda imponer sanciones en primera instancia, pese a suponer ciertamente una desviación de la separación de poderes, en aras de una mayor agilidad y eficacia en la protección de bienes mediante la prevención⁶⁰.

Por otro lado, aunque la cuestión ha sido discutida⁶¹, interesa destacar con buena parte de la doctrina que la protección de bienes jurídicos operaría como un límite de aquello que puede ser sancionado en general. Así, no cabe sancionar conductas por su mera inmoralidad –atendiendo a la moral

⁵⁶ Vid. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2025, pp. 117 ss.

⁵⁷ Parece mejor emplear esta expresión que la habitual de *ius puniendi* en sentido amplio, reservando así la de *ius puniendi* para el Derecho penal.

⁵⁸ En línea similar, CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, p. 151, que se refiere a la legalidad material, culpabilidad –con la excepción de las personas jurídicas–, proporcionalidad y humanidad; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 592, 614 ss.; 2018, pp. 359 ss., quien menciona la legalidad, igualdad, proporcionalidad, culpabilidad y proscripción de las sanciones inhumanas (con menos relevancia práctica), imparcialidad, defensa y presunción de inocencia; GRECO, 2015, p. 641, que recuerda que algunos principios pueden intervenir en medidas similares a las penas, mencionando ejemplificativamente la culpabilidad y la presunción de inocencia.

⁵⁹ Sobre la concreción de las dimensiones *básicas o mínimas* de estos principios constitucionales resulta especialmente interesante la exposición de LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 616, 619 ss.; 2018, pp. 357 ss., 362 ss., quien destaca además que los principios son graduables en tanto que mandatos de optimización, que entran en conflicto entre sí y con otros intereses y valores, y que su grado de vigencia puede por ello depender de la cuantía de la sanción.

⁶⁰ Las ventajas que proporciona la flexibilidad y la agilidad de la potestad sancionadora de la Administración ha sido destacada entre otras por la STC 77/1983, de 3-10. Vid. también p.ej. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 620 ss., 624; 2018, pp. 361, 365 ss.

⁶¹ Vid. el debate con más desarrollo y bibliografía en PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2025, pp. 117 ss.

social mayoritaria⁶²— ni sancionar la mera desobediencia desvinculada de la protección directa o indirecta de bienes jurídicos⁶³. Además, también aquí intervendría una dimensión general del principio de subsidiariedad, de tal manera que el Estado tampoco debería recurrir a medidas sancionadoras cuando existan otros mecanismos para conseguir eficazmente los mismos fines⁶⁴, como p. ej. mediante el diseño de políticas públicas educativas, medidas fiscales (impuestos y subvenciones), medidas preventivo-coactivas, medidas preventivas tendentes a neutralizar el beneficio ilícito, medidas indemnizatorias, etc⁶⁵.

2. Dicho esto, pese a esa identidad común como sanciones en sentido estricto, penas y sanciones administrativas no son equivalentes⁶⁶. Aunque la imagen gráfica no sea perfecta, podría concebirse que el repertorio de sanciones administrativas configura una suerte de círculo subsumido en un círculo más amplio constituido por el elenco de penas. Puede apreciarse así que el Derecho penal presenta en su extremo una diferencia clave, como es la posibilidad en caso necesario de privar o restringir sustancialmente, de manera directa o subsidiaria, los bienes y derechos más profundamente ligados al núcleo de la personalidad del sujeto y la configuración de sus planes de vida: en los países más garantistas, ante todo la libertad ambulatoria⁶⁷, pero habría que tener esta idea presente ante nuevas modalidades de pena que pudieran surgir con el desarrollo de las nuevas tecnologías y las neurociencias⁶⁸. Esta porción del repertorio de sanciones —a la que se ha calificado por alguna doctrina como sanciones materialmente penales o penas materiales, y que además constituiría la inmensa mayoría de las penas efectivamente previstas en la legislación pe-

⁶² Ciertamente, la referencia *en última instancia* a un bien jurídico (o varios) podría dar lugar a la sanción de conductas alejadas en extremo de la afectación del mismo, hasta el punto de alcanzar el ámbito exclusivamente privado. Ello podría hacer difícil distinguir las infracciones dirigidas a proteger en última instancia bienes jurídicos de las infracciones basadas en la inmoralidad de la conducta o la mera desobediencia. Para evitar esta rechazable posibilidad se ha alegado por ROXIN/GRECO, 2020, núms. 2/12b, 2/19 ss., 2/85c, el límite de impunidad de las conductas pertenecientes al núcleo de la vida privada.

⁶³ Dado que la interpretación del bien jurídico resulta a menudo muy laxa, es importante emplear concepciones restringidas del bien jurídico que garanticen su función crítica ante el legislador: *vid.* ROXIN/GRECO, 2020, núms. 2/2 ss., 2/13 ss., pp. 24 ss., 30 ss., con específicos y útiles criterios de materialización.

⁶⁴ *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, p. 616; 2018, p. 357; RANDO CASERMEIRO, 2010, pp. 379 ss., quien lo denomina «nivel externo del principio de subsidiariedad del derecho punitivo» (p. 384); ROXIN/GRECO, 2020, núms. 2/102d; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 68.

⁶⁵ RANDO CASERMEIRO, 2010, pp. 105 ss.

⁶⁶ Si las diferencias que a continuación se van a indicar son de naturaleza cualitativa o solo cuantitativa me parece ya una cuestión de nomenclatura y de matiz, que resulta más problemática que útil.

⁶⁷ *En cambio*, en las legislaciones de otros países todavía se mantienen la pena de muerte y/o penas corporales, que afectan a la integridad física y al núcleo más esencial y por excelencia de la personalidad: la vida humana.

⁶⁸ Todo ello sin perjuicio de que, como se ha señalado, algunas de ellas pudieran considerarse inconstitucionales por crueles, inhumanas o degradantes.

nal y de las más empleadas por los tribunales⁶⁹— vincularía al legislador a darles jurídicamente la condición de penas y le estarían por ello vedadas al Derecho administrativo sancionador.

En cambio, existiría un elenco de sanciones administrativas y penas convencionales susceptibles de tener el mismo o similar contenido afflictivo; sin embargo, las penas —por su capacidad de crear antecedentes penales y por razones histórico-culturales y procedimentales— tendrían con carácter general una gravedad simbólica añadida a su contenido afflictivo en sentido estricto y su efecto comunicativo de reproche⁷⁰, por lo que tenderían a generar de hecho un mayor efecto de estigmatización. Este último aspecto merecería pese a todo un mayor estudio empírico y podría evolucionar en el tiempo, pues podría no ser homogéneo en todas las clases de delitos; además, insistir en la idea de estigmatización como elemento diferenciador plantea algunos retos de cara a la garantía del principio de humanidad de las penas en sus distintas manifestaciones⁷¹. En lo que al efecto comunicativo se refiere, y para evitar una innecesaria carga moralizante, parece apropiado incidir, como hace el homenajeado, en que «el reproche que la pena expresa puede quedar limitado al que revista carácter estrictamente jurídico [...]»⁷².

3. La intensidad del repertorio penal en su conjunto —por su contenido afflictivo y sus efectos jurídicos y sociales indirectos— repercutiría necesariamente en la configuración del ilícito penal, así como en los principios y garantías de imputación. Así, es en la esfera del Derecho penal donde los principios limitadores del *ius puniendi* operarían en sentido propio y al máximo nivel: no solo de *lege ferenda*, sino ya de *lege lata*, en las tareas de interpretación y aplicación del Derecho por los operadores jurídicos.

⁶⁹ Según los últimos datos del INE de condenados adultos, la prisión ha ido perdiendo importancia relativa frente a la multa, como también destaca SALAT PAISAL, 2021, pp. 77 ss.; no obstante, como se ha señalado, debe tenerse presente que en caso de impago la multa puede derivar en privación de libertad, aunque existan otras alternativas disponibles. Las penas privativas de derechos impuestas son en su conjunto muy numerosas, pero debe destacarse que la estadística no diferencia entre penas principales y accesorias. *Vid.* la evolución estadística aquí: [en línea] <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados/>> [Consulta: 13/01/2025]

⁷⁰ Lo cual no obsta a que en determinados ámbitos sea mejorable la configuración de algunas penas y sanciones administrativas desde un punto de vista de *lege ferenda*.

⁷¹ Sobre el principio de humanidad de las penas y sus dimensiones negativa (prohibición de penas y tratos inhumanos y degradantes) y positiva (resocialización del delincuente), *vid.* MÍNGUEZ ROSIQUE, 2024, núms. 882 ss., quien recuerda además que las penas avergonzantes son contrarias a este principio (núm. 891).

⁷² PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, p. 164. Una idea similar la expresó ya en PEÑARANDA RAMOS, 2012, p. 224; 2015, p. 258. En relación con el reproche propio del concepto de culpabilidad, LUZÓN PEÑA, 2025, núm. 26/31.

Como he desarrollado en otra sede, a la que me remito⁷³, los hechos sancionables del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador se relacionarían por todo ello entre sí como dos círculos secantes: (i) de una parte, con ilícitos penales que no podrían ser trivializados mediante la remisión al Derecho administrativo sancionador; (ii) de otra, con ilícitos administrativos que no podrían ser criminalizados por efecto de los principios penales de fragmentariedad y ofensividad, cuyo alcance sin embargo es más discutido; (iii) y, por último, con una amplia zona de convergencia o solapamiento, en la que el legislador dispondría de mayor margen de evaluación y maniobra para seleccionar una u otra rama del Derecho —o ambas de manera coordinada— conforme a criterios de gravedad y pragmáticos.

En esta zona de convergencia también el ilícito penal tendería a ser más grave que el ilícito administrativo, en coherencia con la mayor gravedad de sus penas y conforme al principio de fragmentariedad y proporcionalidad; sin embargo, en virtud del principio de subsidiariedad en su dimensión penal, el Derecho administrativo sancionador ha de primar ante el Derecho penal cuando, habiéndose identificado la necesidad de optar por un régimen sancionador frente a otro tipo de recursos y políticas públicas, los fines de protección de los bienes jurídicos pueden lograrse eficaz o idóneamente mediante infracciones y sanciones administrativas. El principio de subsidiariedad opera también en el ámbito de las sanciones, de manera que en ninguna de estas ramas deberían imponerse sanciones graves —especialmente las materialmente penales— si puede lograrse adecuadamente la protección mediante la prevención general y especial con otras menos gravosas⁷⁴.

Por otro lado, entre las garantías reforzadas destacarían no solo las relativas al Derecho sustantivo, sino también las procedimentales, muy especialmente la obligación de que sea un juez o tribunal penal quien confirme la concurrencia del delito e imponga la pena y/u otras consecuencias penales. La contraparte sería la posibilidad de adoptar técnicas de investigación y persecución de los delitos más incisivas sobre los derechos y libertades de los investigados⁷⁵. La mayor gravedad general de los hechos punibles y estas cuestiones procedimentales y garantistas serían a su vez parcialmente responsables de los mencionados efectos simbólicos y estigmatizadores de la pena, en un efecto de retroalimentación entre pena e ilícito penal⁷⁶.

⁷³ PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2025, pp. 133 ss.

⁷⁴ Lo que es coherente con los fundamentos funcionales y político-constitucionales del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho, así como con los principios de subsidiariedad y de humanidad de las penas. *Vid.* LUZÓN PEÑA, 2025, 2/14 ss. *Vid.* también LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, pp. 356 ss.

⁷⁵ HUERGO LORA, 2007, pp. 167 ss.; 2018, pp. 35 ss.

⁷⁶ Muy ilustrativamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, p. 621: «La gravedad de las sanciones (lo ‘cuantitativo’) comporta un modo distinto de sancionar (lo ‘cualitativo’). Curiosamente esto provoca un

4. El Tribunal Constitucional ha otorgado al legislador un margen muy amplio para apreciar la idoneidad y necesidad de acudir al Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador⁷⁷, y sería deseable una mayor restricción. En esta zona de convergencia, resultan esenciales y merecen especial aplauso las investigaciones empíricas relativas a la eficacia de (la conminación con) cada sanción para los fines de prevención general y especial, así como sobre la agilidad y grado de saturación del sistema judicial y administrativo. Las conclusiones de estos estudios deberán ser ponderadas por el legislador y la doctrina a la hora de valorar la adecuación de la esfera seleccionada para sancionar determinadas conductas —o la coordinación entre ambas—, así como de hacer en su caso propuestas de reforma⁷⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa: *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía: *Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador*, Revista de Administración Pública, núm. 195, 2014.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/MENDOZA BUERGO, Blanca: *Hacia una ley de contravenciones: el modelo portugués*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1983.
- BOBBIO, Norberto: *Teoría general del Derecho*, 5.ª ed., Santiago de Chile/Bogotá, 2023.
- CANO CAMPOS, Tomás: *¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?*, Revista de Administración Pública, núm. 184, 2011.
- *El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, en *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona, 2017.
- CEREZO MIR, José: *Límites entre Derecho penal y administrativo*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1975.
- *Curso de Derecho penal español*. Parte general, 6.ª ed., Madrid, 2004.

efecto de rebote: el peculiar modo de sancionar añade leña al fuego de la sanción haciéndola más grave. Lo cualitativo lleva ahora a lo cuantitativo».

⁷⁷ Lo destacan entre otros AGUADO CORREA, 1999, pp. 240 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 42 ss., 50 ss., reconociendo este que la laxitud y márgenes de maniobra que otorgan las jurisdicciones constitucionales al legislador no parece poner freno a las tendencias de administrativización del Derecho penal. No obstante, recuerda que el que una norma sea constitucional conforme a la jurisprudencia no quiere decir que sea la más correcta en términos argumentativos jurídico-penales.

⁷⁸ AGUADO CORREA, 1999, pp. 240 ss.; RANDO CASERMEIRO, 2010, pp. 395 ss. Merecen atención y son particularmente interesantes los datos, propuestas y reflexiones de CID MOLINÉ, *RAP*, 1996, pp. 145 ss.; RANDO CASERMEIRO, 2010, pp. 466 ss., 521 ss.; SALAT PAISAL, 2021, pp. 56 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO, 2025.

- CID MOLINÉ, José: *Garantías y sanciones*, Revista de Administración Pública, núm. 140, 1996.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho penal*. Parte general, 5.^a ed., Valencia, 1999.
- CORRAL MARAVER, Noelia: Proyecto investigador presentado para el concurso a la plaza núm. 204-24, UNED, 2025 (trabajo inédito).
- CUENCA GÓMEZ, Patricia: *Sobre coherencia y Derecho en el pensamiento de Mario Ruiz*, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 40, 2019.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos*, InDret, 4/2014.
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel: *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo*, en *El nuevo Derecho penal español*. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, 18.^a ed., Las Rozas, 2024.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Íñigo: *Derecho administrativo sancionador*. Parte general, 5.^a ed., Cizur Menor, 2023.
- GRECO, Luís: *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlín, 2015.
- *Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen?*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, núm. 9, 2015.
 - *Von den mala in se zur poena in se*, en *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, Baden-Baden, 2018.
 - *Zur Singularität der Strafe*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 135, 2023.
 - *De los mala in se a la poena in se*, en *Repensando las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2025.
- HUERGO LORA, Alejandro: *Las sanciones administrativas*, Madrid, 2007.
- *Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas*, en *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 2018.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, JuristenZeitung, 1959.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín, 2013.
- *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 5.^a ed., Granada, 2002.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Por un Derecho penal solo penal*, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.
- *Penas y adminsanciones*, en *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, 2018.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho penal*. Parte general, 4.^a ed., Valencia, 2025.
- MAYO CALDERÓN, Belén: *Acerca de las diferencias entre el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho de policía*, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 56, 2021.
- MATTES, Heinz: *Problemas de Derecho penal administrativo*, Madrid, 1976.

- MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina: *Prohibición de penas inhumanas o degradantes*, en *Memento Práctico Penal* 2025, Madrid, 2024.
- MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1982.
- *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a ed., Montevideo/Buenos Aires, 2003.
- *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004.
- *Derecho penal*. Parte general, 10.^a ed., Barcelona, 2016.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal*. Parte general, 11.^a ed., Valencia, 2022.
- PARADA VÁZQUEZ, Juan Ramón: *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, Revista de Administración Pública, núm. 67, 1972.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *La justificación de las leyes penales*, Valencia, 2013.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas*, Doxa, núm. 23, 2000.
- *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas*, en Teoría de sistemas y Derecho penal, Granada, 2005.
- *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas*, en Estudios de filosofía del Derecho penal, Bogotá, 2006.
- *La pena: nociones generales*, en Introducción al Derecho penal, Pamplona, 2011.
- *La pena: nociones generales*, en Introducción al Derecho penal, 2.^a ed., Pamplona, 2015.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/BASSO, Gonzalo Javier: *La pena: nociones generales*, en Manual de Introducción al Derecho penal, Madrid, 2019.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen: *La delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, en Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, 2025.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La autotutela y los límites al poder sancionador*, Revista de Administración Pública, núm. 126, 1991.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Valencia, 2010.
- REBOLLO PUIG, Manuel/IZQUIERDO CARRASCO, Manuel: *Derecho administrativo sancionador*, en Derecho administrativo, tomo II, 3.^a ed., Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel: *Pena (teoría de la)*, Eunomía, núm. 16, 2019.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho penal*. Parte general, Madrid, 1978.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal*. Parte general, tomo I, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus/Greco, Luís: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, 5.^a ed., Múnich, 2020.
- RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Madrid, 2002.
- *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009.
- SALAT PAISAL, Marc: *La relación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador*, Valencia, 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd: *Versuch über die Begriffe von Verbrechen und Strafe*, en Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, Múnich, 2017.

SEMPERE NAVARRO, Antonio/MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: *Trabajo, delitos y penas*, en Los delitos laborales, Madrid, 2024.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

— *La expansión del Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, 2001.

— *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal, Barcelona, 2018.

— *Cuidado con las alternativas*, InDret, 4/2023.

— *Derecho penal*. Parte general, Las Rozas, 2025.

WEIGEND, Thomas: *Einleitung*, en LK-StGB, tomo I, 13.^a ed., Berlín, 2020.

17. TEORÍAS DE LA PENA: TRADICIÓN Y PERSPECTIVAS

RICARDO ROBLES PLANAS
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo fundamental publicado en el año 2001¹, Peñaranda anunciaba que en aquellos momentos se estaba ante un proceso de modificación sistemática proveniente de filas teleológicas y funcionalistas que tenía un doble origen: la reconstrucción del sistema desde la distinción entre normas de conducta y normas de sanción y la asignación a la pena de la función de prevención general positiva. No es necesaria una extensa demostración para concluir que, 25 años después, el proceso descrito por Peñaranda no solo se ha consolidado, sino que se ha depurado y desarrollado en sus puntos esenciales. Pese a las comprensibles reticencias al cambio, es preciso reconocer que, al menos en el plano científico, el sistema del delito tradicional de cuño clasificatorio va cediendo terreno en favor de un sistema más rico y complejo sustentado en la teoría de las normas y la teleología que incorpora². Aquí no es

¹ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, pp. 401 ss. El texto de Peñaranda tuvo su origen en una conferencia que pronunció en la Universidad Pompeu Fabra unos meses antes y a la cual asistí. Esta fue la segunda vez que quedé impresionado por la ciencia de Peñaranda. La primera, obviamente, fue con la lectura de su tesis doctoral sobre la participación en el delito y el principio de accesoriadad.

² Cfr. solo la construcción sistemática sobre la base de la teoría de las normas de SILVA SÁNCHEZ, 2025, *passim*.

posible adentrarse en ello³. En cambio, sí se abordarán ciertos aspectos de la discusión reciente sobre las teorías de la pena que resultan ineludibles para superar las limitaciones de los planteamientos tradicionales. Como se observará, estos elementos se integran en el marco general que Peñaranda trazó con agudeza, tratando de complementarlo. Comencemos por este marco.

Peñaranda entiende que la prevención general positiva, al situar como fin de la pena la contribución al mantenimiento de la vigencia de las normas, esto es, algo positivo, necesario o socialmente útil, supera la clásica objeción formulada contra la retribución como secuencia irracional de dos males, el del delito y el de su correlato la pena. Sin embargo, sí atribuye a la retribución el estatus de fundamento de legitimidad de la imposición de pena a un sujeto particular. Asimismo, observa que la prevención general positiva se sustrae a la crítica de instrumentalización del individuo de la que adolecen las versiones negativas de la prevención general⁴. El carácter instrumental de la intimidación olvida, igualmente, que «el delito no es solo una conducta a la que por su propio interés tiende quien lo comete, sino también y ante todo un comportamiento que lesiona intereses, bienes o derechos de otros y, en definitiva, al conjunto de la sociedad»⁵. La gravedad de la pena, pues, no puede determinarse con arreglo a las necesidades de intimidación de sujetos o de grupos de sujetos, sino por el «perjuicio social» que ocasiona el delito, por mucha o poca que sea la ventaja individual que este le reporte al autor⁶. Ese daño social es también, en la prevención general positiva y a diferencia de la negativa o de la prevención especial, lo que garantizaría –según Peñaranda– una cierta proporcionalidad de la reacción penal con la gravedad del hecho. A su vez, las normas penales tienen una orientación general para poner de manifiesto a todos el desvalor del hecho y que se puede seguir confiando en que serán respetadas, pero no puede desconocerse en modo alguno que anuncian también un mal, cuyo sentido es introducir «un elemento de desincentivación, de desaliento del hecho negativamente desvalorado»⁷ «como motivo complementario de su cumplimiento»⁸.

³ ROBLES PLANAS, 2021, *passim*.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 414: «la cualidad del autor como persona a la que se reconoce libertad y razón es una condición ya intrínseca para que se pueda imponer una pena: solo en ese caso quien actúa en contra del Derecho puede poner efectivamente en cuestión la vigencia de la norma».

⁵ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 414.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 414-415, con una oportuna cita a Carrara en la n. 42 para ilustrar como este autor ya detectó que lo propio del delito es el daño intelectual que ocasiona.

⁷ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 431.

⁸ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 433.

II. LA NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN DE LA PENA ESTATAL

1. Las teorías de la pena tratan de legitimar la pena⁹. Ello parece una obviedad, pero no lo es tanto si se repara en la permanente tentación a la que sucumben muchos penalistas de acoger un punto de vista externo, descriptivo de una praxis humana cuya legitimidad no correspondería cuestionar. Asimismo, resulta relevante ahora acentuar que esa legitimación tiene una dimensión muy determinada cuando va referida al actuar estatal: la legitimación lo es en relación a la actividad punitiva *del Estado*. Las condiciones de legitimación de cualquier institución adquieren, pues, unos tintes particularmente precisos y definidos cuando esa institución se inserta en la dinámica estatal. Esto a su vez significa que lo que puede ser legítimo para un filósofo o un sociólogo puede no serlo para un jurista penalista¹⁰.

2. Sentado lo anterior, conviene cuestionarse si las teorías tradicionales de la pena cumplen el cometido encomendado, esto es, logran responder satisfactoriamente a la pregunta por la legitimación de la pena estatal. La impresión que se obtiene después de analizarlas en sus presentaciones habituales es más bien limitada, ya sea porque su orientación suele ser manifiestamente clasificatoria, tópica, excesivamente abierta o directamente deficitaria precisamente en relación con la legitimación de la institución que tratan de someter a examen. Así se explica que la disputa entre lo absoluto y lo relativo apenas aporte ya nada y que el debate entre retribución y prevención se haya vuelto excesivamente esquemático (*infra* III). Ello no tiene que conllevar un abandono de tales teorías tradicionales (que habrían quedado, en cierto modo, «amortizadas»), pero de este modo se hace no solo comprensible, sino sobre todo imprescindible la adopción de puntos de vista adicionales, que han ido ganando terreno progresivamente en la discusión científica, justamente por afrontar de forma mucho más decidida y con mejores resultados la cuestión de la legitimación (*infra* IV).

III. TEORÍAS ABSOLUTAS Y RELATIVAS, TEORÍAS RETRIBUTIVAS Y PREVENTIVAS

1. Apenas desempeña ya ningún papel la discusión entre teorías absolutas y relativas, pese a que muchas exposiciones sobre los fines de la pena siguen gravitando en torno a esta contraposición. Si se entiende que una teoría de la pena es absoluta cuando no se atribuye a esta fin alguno y relativa cuando

⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 3/1.

¹⁰ Lo destaca, con razón, FRISCH, GA, 2019, p. 541.

sí se le atribuye, la cuestión central es si la pena estatalmente legítima *debe tener* algún fin. La respuesta parece evidente: una intervención estatal en la esfera de derechos fundamentales de tal magnitud como la imposición de pena no tolera fundamentación alguna que no sea intensamente cualificada; en el marco de un orden social secularizado, su legitimidad depende necesariamente de su vinculación a fines propios de la misión que corresponde al Estado¹¹.

El propio Binding¹² reconoció el carácter final de la pena: «que la pena tenga un “fin” no lo ha negado en verdad nadie, y yo menos que nadie»¹³. Por ello matizó el significado habitual de los términos y entendió que una teoría absoluta es aquella en la que el *Delikt* (el injusto culpable) es el fundamento de la pena¹⁴ y, en cambio, es relativa aquella en la que el *Delikt* es tan solo un presupuesto, «más bien solo un síntoma de la existencia de un fundamento del castigo que se halla fuera de él»¹⁵. Esencial en las teorías absolutas es la relación entre culpabilidad y pena: la pena debe alcanzar al culpable. A partir de ahí, difieren en el efecto que la imposición de la pena contra el culpable deba tener. Contrariamente a lo que se suele afirmar, Binding entiende que en una teoría absoluta la pena no es una necesidad incondicional, esto es, puede dejar de imponerse¹⁶.

2. Mayor resistencia ha mostrado en el debate científico la dualidad retribución/prevenición. Como se acaba de exponer, las teorías de la retribución no niegan que la pena tenga un fin. Únicamente afirman que el fundamento de la pena ha de verse en el injusto culpable; en cambio, las teorías de la prevención fundamentan la pena más allá del hecho, aunque requieran su presencia como un requisito. Esta dependencia en cuanto al fundamento con respecto al *hecho* es lo que comúnmente se pone en primera línea cuando se afirma que las teorías de la retribución «miran al pasado» y las de la prevención «miran al futuro». Sin embargo, con la limitación a esta consabida contraposición muchos aspectos decisivos quedan al margen. En realidad, tanto la idea de retribución como la de prevención contienen aspectos problemáticos no superados hasta la fecha desde el prisma de la legitimación estatal de la pena. Ello justificaría que, consideradas sin más, se estimen insuficientes.

Ningún problema tiene la idea de *retribución* si con ella quiere expresarse que la pena debe ser merecida, esto es, que el fundamento de la pena debe residir en el hecho y en la culpabilidad del sujeto al que se le impone. Al con-

¹¹ Al respecto, p. ej., HÖRNLE, 2017, pp. 17 ss.; KÖHLER, 1986, p. 14; FRISCH, GA, 2019, pp. 541-542.

¹² Sobre la pena en Binding véase, ROBLES PLANAS, 2021, pp. 995 ss.

¹³ BINDING, 1913, 8.ª ed., p. 209, n. 1.

¹⁴ BINDING, 1913, 8.ª ed., p. 204. Similar, JAKOBS, 1991, núm. 1/17.

¹⁵ BINDING, 1913, 8.ª ed., p. 206 y p. 209, n. 1: «la incurable debilidad de todas las teorías puramente relativas no reside en verdad en que den a la pena un fin, sino en que le quitan el fundamento en el *Delikt*, y con ello se hacen imposible la comprensión del verdadero fin de la pena».

¹⁶ BINDING, 1913, 8.ª ed., p. 205. Similar, JAKOBS, 1997, p. 108.

trario, de este modo –a diferencia de las teorías preventivas– con la retribución se está formulando un elemento de legitimación específico en un Estado moderno respetuoso con la dignidad de la persona. Sin embargo, cuando se habla de retribución en el contexto de la legitimación de la pena se suele hacer en un sentido *más fuerte* a la vez que *específico*. La retribución justificaría la imposición de *pena en cuanto mal* simplemente como respuesta a la producción –culpable– de un *mal pasado*. Los déficits de racionalidad de esta secuencia se evidencian, en todo caso, cuando se pone en boca del Estado: toda pena debe ser merecida, pero la realización previa de un mal no basta como legitimación para la producción estatal de otro mal (equivalente)¹⁷.

Las dificultades de legitimación de las teorías de la prevención son igualmente conocidas. Aquí conviene limitarse a recordar el clásico problema de la instrumentalización. Con precisión: en ellas la pena no se impone como reacción a una conducta, sino que toman esta como *ocasión* para actuar sobre otros (en la prevención general) o el propio autor (en la prevención especial), dado el interés colectivo preponderante relativo a la evitación de delitos¹⁸. Con ello se cosifica a la persona sobre la que recae el reproche y mal, que ya no es el verdadero destinatario del mensaje normativo, sino solo su correa de transmisión (ni siquiera en la prevención especial: al sujeto de hoy se le *castiga* para que no actúe el *peligroso* de mañana¹⁹). El problema de la instrumentalización denuncia, en definitiva, la consideración de las necesidades sociales como *justificación suficiente* (*fundamento*) del castigo, más allá del merecimiento de pena por el hecho cometido.

IV. PERSPECTIVAS ADICIONALES

1. Empirismo y racionalismo

1. La adopción de una perspectiva antropológica aporta nuevos matices²⁰. En este punto, no se trata tanto de la acogida de un modelo u otro (siem-

¹⁷ P. ej., PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, p. 169.

¹⁸ Sin reparos a favor de una perspectiva preventivo general negativa (utilitarista) en sus postulados más tradicionales, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 220 ss., p. 298. Crítico, sobre el aspecto utilitarista, también de la prevención general positiva, p. ej., KÜHL, 2001, p. 28 ss.

¹⁹ Lo problemático de la prevención especial en personas imputables es su renuncia a seguir proyectando en el sujeto la autorresponsabilidad que se atribuye normativamente a *cualquier* ciudadano capaz de imputación. Ciertamente, el propio sujeto puede autopresentarse como peligroso, es decir, renunciar a la confianza normativa en su autorresponsabilidad (al respecto, JAKOBS, *InDret*, 2009, pp. 1 ss.), pero esa renuncia requiere drasticidad –reiteración– delictiva evidente. Y, en cualquier caso, la *intervención sobre ella* es materialmente una medida de seguridad (al respecto, FRISCH, *InDret*, 2007, pp. 1 ss.).

²⁰ Fundamental, SILVA SÁNCHEZ, 2024, pp. 577 ss.; FRISCH, 2019, p. 552-553.

pre hay una antropología más o menos implícita detrás de toda teoría de la pena), sino de volverse consciente de la *complejidad* implicada en la cuestión²¹. De este modo, procedería huir de reduccionismos, especial y tradicionalmente presentes aquí: el empirismo y el racionalismo. Mientras el empirismo contempla al ser humano como peligro para los demás, de manera que el Estado tiene que recurrir a la coacción física o psicológica para reducirlo, el racionalismo lo hace como sujeto que atiende a razones, por lo que el delito, siendo pura irracionalidad, debe ser necesariamente superado mediante la intervención estatal, que restablecería el orden racional.

2. Tanto en la prevención general de intimidación como en la prevención especial se acoge un modelo de sujeto empírico y peligroso para los demás. Así, en la prevención general negativa clásica (p. ej. en Feuerbach) el destinatario de la pena es una persona que *tiende* al delito y este aparecerá a no ser que se contrarreste mediante una *motivación* suficiente. En la prevención especial, en su versión más radical (la de von Liszt), se trata de que en esa concreta persona no *triunfen* los impulsos favorables (más o menos explícitos) a la comisión del delito. En ella y a diferencia de la prevención general negativa, la individualización posibilita que la intervención pueda ir más allá de lo motivacional y manifestarse inocuizando el peligro. Como es sabido, la pena en ambos planteamientos es coacción externa instrumental psicológica y física. En efecto, en el modelo de Feuerbach la imposición de pena (coacción física) sirve exclusivamente para fortalecer la coacción psicológica previa hacia los potenciales delincuentes, que se habría manifestado insuficiente habida cuenta de la propia comisión del delito. En el modelo de von Liszt, todavía de forma más evidente, se trata de neutralizar coactivamente el riesgo de reiteración de la concreta persona. La pena es, en suma, un obstáculo externo en la cadena causal (determinada) en la que se inserta el sujeto. La dimensión moral de la persona no aparece por ningún lado y el Derecho no es nada distinto a un conjunto de estímulos (positivos y negativos) para desviar o incidir en el comportamiento de sujetos reducidos a seres sensibles al placer o al dolor.

3. En cambio, en la prevención general positiva y –de forma similar– en la retribución se parte de un modelo de sujeto ideal que atiende a razones, esto es, del ciudadano que reconoce o acepta el mensaje normativo en cuanto valioso –como mínimo externamente–. Aunque este modelo es claramente más respetuoso con el individuo y los valores y principios constitucionales, corre el peligro, en sus versiones más radicales, de no poder dar cuenta del delito como

²¹ Destaca esa complejidad, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 223, aunque termina seducido por el modelo del *homo economicus* (p. 236).

fenómeno socialmente existente, pues, desde su lógica interna, la irracionalidad del delito no tiene una explicación fácil²². Dicho brevemente: el Derecho de la *pena* (a diferencia del de las *medidas de seguridad*) no estaría preparado para la eventual ruptura de la confianza normativa en el cumplimiento de la norma.

4. Silva Sánchez viene poniendo de manifiesto lo imprescindible de una visión antropológica que parta de que «en todo ser humano hay una parte por determinar de hombre bueno, que se rige por la razón y el bien –por la moralidad–, y otra parte de hombre malo que se rige por la necesidad y por el castigo –por la empiria–»²³. Un *mismo* sujeto en ocasiones cumple las normas aceptándolas por convicción y en otras simplemente las acata por conveniencia. Consecuentemente, esta doble, compleja, condición del ser humano necesariamente habría de ser tenida en cuenta por el Derecho penal cuando formula su programa de refuerzo de las normas de conducta: en algunas ocasiones no sería ni tan siquiera necesario ese refuerzo, bastando con la formulación de la norma de conducta para su cumplimiento; en otras, muchas, el refuerzo necesario para el cumplimiento de la norma de conducta es mínimo, bastando la mera incorporación de reproche (comunicación); finalmente, a veces, se requiere un mal adicional (coacción). Este refuerzo *también* surte efectos en quien no lo necesita para él mismo, pero sí para *confiar* en que otros que sí lo necesitan cumplirán las normas.

Reconociendo esencialmente ambas dimensiones y su necesaria consideración en la teoría de la pena, me parece asimismo imprescindible añadir que no tienen –al menos hoy– el mismo peso, sino que el Derecho penal ha evolucionado hacia el reproche y la comunicación desplazando el mal y la coacción²⁴. Se trataría, en efecto, de una evolución normativa –valorativa– y, por tanto, en gran medida contingente, pero extraordinariamente poderosa y expresiva de la prestación de la reflexión jurídico-dogmática no positivista (en su sentido filosófico) a la institución del castigo: la asunción normativa de la preeminencia de lo racional sobre lo empírico y, como fruto, la contención del mal de la pena²⁵.

²² Radical, SILVA SÁNCHEZ, 2024, p. 584: «con ello también se acaba tratando a buena parte de las personas como animales –eso sí, limpiamente fuera del Derecho penal–».

²³ SILVA SÁNCHEZ, 2024, p. 585. Igualmente, FRISCH, GA, 2019, p. 552. Así, «mal» y «reproche» se entienden como elementos fundamentales de la pena, pues ambos reflejan dimensiones esenciales del ser humano frente a la reacción estatal. El «elemento del mal» concibe al hombre como ser empírico que percibe las restricciones de libertad y bienes como un mal que procura evitar, mientras que el «elemento el reproche» lo entiende como ser racional capaz de orientar su conducta en valores y decidir en función de la desaprobación. Sobre ambas dimensiones, a continuación, *infra* 2.

²⁴ Destacando el evidente retroceso de lo segundo ya, BINDING, 1922, p. 413.

²⁵ Similar, FRISCH, GA, 2019, p. 552: «tanto las penas amenazadas como las impuestas ya no se orientan, al menos no principalmente, a necesidades empíricas de disuasión, es decir, al hombre empírico.

2. Las dimensiones de reproche y de mal

1. Desde hace algunos años ha avanzado en la reflexión sobre la pena una distinción entre su dimensión expresiva (el reproche) y su dimensión fáctica o aflictiva (el mal). Mientras la dimensión expresiva se mueve en el plano de la desaprobación de la conducta realizada por el autor, para lo que debe afirmarse su culpabilidad, la dimensión fáctica añade un aspecto de dolor (empírico, real) cuya justificación no resulta ni mucho menos evidente como añadido a aquella desaprobación personal²⁶. Desde luego, la pena como negación del delito presupone la desautorización de lo efectuado por el autor, su reprobación o reproche mediante la declaración de culpabilidad en la condena. Naturalmente ello ya implica una cierta aflicción. Sin embargo, no puede negarse que este mal o afectación tiene un significado distinto –no solo en términos de intensidad– al del mal o afectación que se produce con la imposición y ejecución de la pena²⁷. Sin duda aquella aflicción resulta mucho más sencilla de legitimar que la inflicción del dolor *adicional* que lleva aparejada la imposición de pena. Que la legitimación de este *dolor penal en sentido estricto* siga ofreciendo especiales dificultades a las teorías de la pena no obsta a reconocer su profunda diferencia con aquella otra dimensión de la pena, precisamente la fundamental: el reproche²⁸.

2. La teoría de la retribución sostiene que el *mal* de la pena es la respuesta justa al *mal* del delito. Suponiendo que el mal de delito residiera en el mal fáctico –el daño ocasionado a la víctima– la pregunta en términos de legitimación sigue siendo si este es fundamento suficiente para desencadenar el mal de

La amenaza y la determinación de la pena se orientan más bien a la desaprobación de la acción. Son en este sentido signo de confianza en que un Derecho penal de este tipo garantiza en conjunto libertades y bienes de la mejor manera posible y que también para aquellos que no se dejan guiar únicamente por desaprobación y reproche, posee aún suficiente potencial de motivación en forma de un mal *domesticado*» (las cursivas son mías).

²⁶ Esta importante objeción, difundida por Mir Puig contra el planteamiento de Jakobs, fue originalmente formulada por Binding contra el planteamiento de Hegel: «¿por qué esta demostración debe presentarse como una coacción contra el delincuente? ¿Por qué no basta con una declaración y por qué deben producirse males reales cuando solo se trata de demostrar que las apariencias son solo apariencias?» (BINDING, 1913, p. 219).

²⁷ Esclarecedor SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 3/5: «la reprobación pública y autoritativa, que se expresa en la sentencia, ya [tiene] un contenido aflictivo indirecto sin comportar todavía ninguna cosificación».

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, núm. 3/35 entiende que es mérito de las teorías expresivas de la pena haber identificado lo retributivo en sentido estricto con la dimensión de manifestación de reproche. La dimensión de inflicción de dolor sería accidental y no consustancial al castigo. Sobre el sentido de esta dimensión señala que «el resentimiento y la indignación no se pueden expresar de cualquier manera», sino que «el lenguaje de la indignación tiene una semántica propia que, de momento, conlleva que al enunciado lingüístico se le añada el hecho de infligir alguna clase de dolor a aquel a quien se reprocha algo» (nm. 3/36).

la pena –cuya justicia en términos de proporcionalidad no cabe discutir ahora–. En efecto, prescindiendo de que no siempre el delito tiene una dimensión de daño fáctico²⁹, ni siquiera cuando sí está presente parece ser aquello que de por sí es suficiente para desencadenar una reacción estatal legítima en términos similares. Ello porque no parece que el Estado pueda alcanzar compensación o reparación fáctica alguna respecto del daño producido al castigar a su autor con otro mal. El pasado no es modificable ni el bien lesionado recuperable, por lo que el efecto de resarcimiento, compensación o reparación habría de moverse más bien en un plano distinto³⁰. Las dificultades se agravan si directamente se estima que el mal del delito –lo específicamente penal– no reside en la producción de un daño fáctico, sino en uno normativo³¹. En tal caso la *retribución* no puede consistir ya en la inflicción de dolor. El pensamiento retributivo se encuentra fuertemente desorientado cuando se estima que lo propio del delito es el ataque o desprecio a la norma, pues no existe en tal ataque o desprecio una magnitud de referencia que pueda *llenar de contenido* la *correspondiente* respuesta estatal –más allá de la consecuente expresión de reproche–. Lo anterior conduce a una conclusión: mientras la dimensión de reproche se legitima sin dificultad en términos retributivos, la dimensión de mal no puede legitimarse del mismo modo sin modificar el contenido de lo retributivo.

3. En efecto, a diferencia de la declaración de culpabilidad, el *mal de la pena* no puede tener una estructura *retributiva estricta*, en el sentido de que el mal fáctico que (hoy por hoy) comporta pueda justificarse en el mal fáctico del delito, ni tampoco en el mal expresivo o normativo que este supone. Ese innegable carácter de mal fáctico de la pena solo puede legitimarse en términos *retributivamente latos*, es decir, como aquel mal que tiene que soportar el autor, aunque no se corresponda con el mal –fáctico o normativo– causado culpablemente con su delito, como respuesta al ataque a la norma. En este sentido, la comisión culpable de un delito no solo merecería la desautorización o reproche al autor, sino también *hacerse cargo* de las consecuencias nocivas que produce la lesión de la norma. Con ello se aclara que es justo que los efectos negativos del hecho (daño normativo) sean combatidos a costa del autor, aunque no pueda establecerse una relación en este sentido con el mal fáctico de la pena en términos retributivamente estrictos, pero queda aún en pie la cuestión de cómo explicar esa concreta dimensión de mal de la pena. Con otras

²⁹ Por ejemplo, en la tentativa.

³⁰ Esto es, en un plano normativo. Pero entonces no se explica por qué la pena requiere la facticidad *especular* del delito si sus efectos decisivos se producen en el plano normativo. El tránsito de lo fáctico a lo normativo no queda resuelto.

³¹ Véase, *supra* nota 6 y lo que sigue, en particular, el texto y las referencias en torno a las notas 38, 39, 44 y 45.

palabras: hasta aquí se ha avanzado en que la retribución logra legitimar que quien lesiona culpablemente una norma tenga que soportar todos los costes de su restablecimiento, pero por qué razón entre estos costes puede hallarse el dolor es algo que requiere una consideración adicional.

4. La legitimación del mal desde las teorías preventivo generales tradicionales es abiertamente utilitarista y, por ello, irremediablemente precaria: se fundamenta, no en que el autor merezca reproche por su hecho, sino en la necesidad de que la pena ejerza una suficiente influencia disuasoria o de refuerzo cumplidor en beneficio de la colectividad. Sucede no solo que este pensamiento no se ha llevado nunca hasta sus últimas consecuencias, sino que incluso los más fervientes defensores de la prevención las mitigan tan pronto como aparecen casi todas: una vez justificada la pena preventivamente, introducen límites para que sea «aceptable éticamente»³². Sin embargo: ¿si la pena ya quedaba de ese modo *realmente* justificada, por qué razón habría que limitarla?

Mayor recorrido tiene la segunda estrategia preventivista, que consiste en restar importancia al momento de la imposición de pena y buscar la legitimación del mal en el momento de la amenaza de pena. Que el anuncio de un mal (de la pena) asociado a la comisión de una conducta introduce un (cierto) desincentivo a quien se encuentra en una disposición positiva a realizarla es algo autoevidente. La cuestión es si el Estado utiliza este mecanismo, si lo puede usar y hasta qué punto para desincentivar delitos. De entrada, su uso en el ámbito penal es bastante limitado *visto en su conjunto*: la realidad de la mayoría de las amenazas penales es que en ellas no se pretende directamente desincentivar conductas (si así fuera las penas deberían ser mucho mayores), sino simplemente expresar desaprobación, censura o reproche gradual frente a determinadas conductas mediante su asociación a una consecuencia que permite tal expresión de desvalor y gravedad por ser tenida *en general como indeseada* y, además, serlo en mayor o menor medida. Esta situación poco tiene que ver con la prevención general negativa, al menos con su entendimiento tradicional (aunque algunas personas resulten efectivamente disuadidas por la amenaza penal). Entonces ¿por qué no ir más allá si la fórmula funciona? Naturalmente, el Estado tiene la posibilidad de ir más allá. Cuando la utiliza, esto es, allí donde la amenaza penal se orienta por magnitudes de pena por encima de la expresión escalonada de desvalor y gravedad estaremos –ahora sí– ante un uso instrumental de la pena propio de la prevención general negativa. La legitimidad de este proceder en el plano de la amenaza penal es cuestionable desde

³² Lo reconoce abiertamente, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 301.

postulados de proporcionalidad³³. Quien otorgue a la pena la finalidad legítima de la prevención general negativa no podrá ver en ello un problema, sino más bien su sentido específico. Por lo demás, en efecto, la pena funciona aquí como el palo con el que el amo atemoriza a su perro³⁴. Esto, aunque no se entienda especialmente preocupante en el nivel de la amenaza de pena, tiene el grave inconveniente de que en el nivel de la imposición de pena conduce al castigo de un concreto ciudadano por encima de lo merecido en virtud del reproche personal. Una teoría de la pena exclusivamente preventiva tiende a negar toda trascendencia al momento de la imposición de pena, pues resulta especialmente comprometido reconocer que la pena que efectivamente se impone a un sujeto puede ir legítimamente más allá de su culpabilidad por el hecho. Por ello, se obvia esta cuestión y se remite simplemente a una etérea consideración de *fair play* para fundamentar la concreta imposición de la pena a un sujeto: quien acepta los beneficios de vivir en un sistema de leyes, también acepta las cargas y el castigo por su incumplimiento³⁵. Pero el mal de la pena es simplemente injusto si no se sustenta en un reproche previo, que aquel cuantifica en términos de gravedad. Por consiguiente, el mal de la pena no puede querer legítimamente castigar nada más allá de lo merecido. Ciertamente, como se ha afirmado, las leyes penales determinan con carácter previo al hecho el mal que puede imponerse con arreglo a lo merecido según un baremo general de desvaloración que no se corresponde con la lógica estrictamente retributiva, ni mucho menos con la preventivo general negativa. Se trata, en efecto, de un postulado normativo-racional en relación con la configuración del propio mal de la pena³⁶.

3. La amenaza de pena y su imposición

1. El Derecho penal tiene que partir de lo retributivo, pues solo una pena merecida es una pena justa. Para ello, debe concentrar la respuesta exclusivamente en el *hecho* y en la *culpabilidad* del sujeto. El castigo *a una persona* no puede *fundamentarse* en la *prevención* de conductas delictivas ajenas o propias³⁷. Ahora

³³ Muy crítico, SILVA SÁNCHEZ, 2025, nms. 3/122 ss.

³⁴ Sorprendente, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, p. 237: «por mucho que nos pese, el ser humano se comporta de la manera que se comporta cualquier otro animal». Crítico con razón, PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 424.

³⁵ Así, p. ej., RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 258 ss., p. 262-263 (con n. 291).

³⁶ Si lo interpreto bien, a algo similar apuntaba PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 432 *in fine*.

³⁷ En resumidas cuentas: ni el planteamiento de Feuerbach ni el de von Liszt lograron imponerse frente a un Derecho penal orientado al hecho y a la culpabilidad del autor. Sobre la evolución, enriquece-

bien, este castigo no se impone porque sí, sino *para que* reinen las normas. Por tanto, la reacción estatal al delito tampoco viene determinada por la facticidad de este, sino por lo que representa como ataque al mundo de las normas y en tanto contrarresta sus efectos nocivos para el mundo de las normas³⁸.

La objeción de instrumentalización exige, por tanto, concentrar la mirada solo en aquello de lo que puede responsabilizarse al sujeto para *fundamentar* la pena. Pero, aunque únicamente la culpabilidad por el hecho pueda venir en consideración, éste no solo tiene una dimensión de pasado cerrada, sino también una dimensión de sentido aún abierta. La consideración de esto último no supone responsabilizar al sujeto por las tendencias delictivas ajenas o propias, sino por el peligro para el mundo de las normas que él ha *desencadenado culpablemente con su delito* y que puede y debe revocarse en la *medida de su responsabilidad*³⁹.

2. La retribución, pues, tiene pleno sentido en el marco de la determinación de la responsabilidad penal por la *infracción de una norma de conducta*. Ahora bien, esto también significa que el Derecho penal *comienza operando mucho antes*⁴⁰, precisamente, con las normas de conducta y su refuerzo mediante las leyes penales⁴¹. En estas no solo se informa de la secuencia posterior del momento de la imposición de pena, sino que asoma de algún modo lo preventivo, ahora distanciado de la objeción de instrumentalización de un sujeto concreto y concentrado en alcanzar a la *generalidad*. En efecto, la protección estatal de normas de conducta tiene una doble dimensión. Por un lado, expresiva, en la medida en que se afirma la importancia de la norma de conducta, la gravedad de su infracción, el desvalor del hecho fruto de su infracción y, en suma, se reprocha su comisión⁴². Pero el Estado está *llamado* a ofrecer una protección *adicional*, siempre que tal intervención sea *viable* y constitu-

dor, GRECO, *ZStW*, 2023, pp. 378 ss.

³⁸ En este sentido, p. ej., PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, 2001, p. 424; FEIJOO SÁNCHEZ, 2017, p. 313; 2014, p. 279. Este pensamiento, siendo anterior, recibe con Jakobs un importante impulso.

³⁹ En este sentido, FRISCH, *InDret*, 2014, pp. 1 ss. quien ha puesto acertadamente de manifiesto que la culpabilidad cumple una doble función: por un lado, como requisito indispensable para afirmar el quebrantamiento de una norma; por el otro, como lo que legitima hablar de un ataque a la propia vigencia de la norma expresada en la infracción.

⁴⁰ La teoría de las normas distingue convenientemente los dos momentos fundamentales a la hora de legitimar la pena: la amenaza o conminación penal y la efectiva imposición.

⁴¹ Las leyes penales autorizan a los órganos del Estado a imponer penas cuando se dan determinados presupuestos, entre los que necesariamente se halla siempre la infracción de una norma de conducta (que se ese modo *recibe* protección penal). En este sentido, la pena tiene por objeto reforzar la eficacia (es decir, también la vigencia fáctica) de un círculo especialmente importante de normas, que a su vez sirven principalmente a la protección de bienes y libertades particularmente relevantes. Al respecto, FRISCH, 2019, pp. 647, 651, 663 ss.; FREUND/ROSTALSKI, 2019, § 1 nms. 31 ss., 37; JAKOBS, 2004, pp. 28, 31 ss.

⁴² FRISCH, *GA*, 2019, p. 549.

cionalmente *legítima*⁴³. Esta estrategia adicional consiste en asociar en abstracto a la infracción de la norma de conducta una consecuencia generalmente indeseada (el mal adicional que supone la pena). No es que con ello se pretenda intimidar, pues —como se ha visto antes— el anuncio del mal no se orienta a infundir temor a los potenciales infractores, sino a la importancia de la norma o gravedad de los hechos. No se establece, por tanto, un diálogo motivatorio en los términos de Feuerbach, sino en términos *demostrativos*: el incumplimiento del deber de cumplir la norma desencadena un nuevo deber de someterse a consecuencias indeseadas, lo que indica la sacralidad de aquella. Este mensaje es *normativamente suficiente* para que cada ciudadano se motive al cumplimiento de la norma. Que en algunos casos los ciudadanos efectúen un cálculo adicional sobre los costes y beneficios que supone incumplir las normas y se abstengan exclusivamente por ello es perfectamente posible, pero no implica que con la pena se persiga que esa ponderación deba ofrecer un resultado negativo. En realidad, y por lo mismo, tampoco ese diálogo puede identificarse con el propio de la prevención general positiva, en el sentido de refuerzo de la voluntad cumplidora. En efecto, con la amenaza de pena no se pretende afianzar la fidelidad al Derecho de los ciudadanos, sino expresar la magnitud del rechazo que merece la infracción de ciertas normas de conducta. De nuevo, puede suceder que este mensaje sea interpretado por algunas personas como una confirmación de su actitud de respeto a las normas, pero no es ese efecto el perseguido por la pena. Finalmente, la amenaza penal previa no se orienta por el daño que vaya a producir el delito que se quiere evitar, sino que el mal que incorpora tiene que ver con el uso —legítimo por parte del Estado— de aquello que resulta *generalmente indeseado* en una sociedad para asociarlo a la conducta a evitar como consecuencia que el Estado necesariamente producirá en caso de infracción de la norma de conducta. De nuevo se observa en todo ello: el sujeto de la amenaza de pena es bastante más normativo que empírico.

3. Fracasada la norma de conducta acompañada de la protección adicional que incorpora la ley penal, esto es, cometido el delito, deben cumplirse todos los presupuestos de aplicación de la norma de sanción para que el juez imponga la consecuencia jurídica pena. Así, con la declaración de culpabilidad se constata y reprocha la infracción de la norma de conducta a su autor. Esa contradicción explícita de una norma de conducta supone a la vez un peligro de erosión de su vigencia, lo que debe calificarse como *mal penal del delito en*

⁴³ Los términos en cursivas quieren resaltar los factores relativos a la misión estatal de protección («llamado»), la idoneidad de la intervención para lograr ese objetivo («viable»), la necesidad de la misma («adicional»), y la justicia de recurrir a ella («legitimidad» —adecuación constitucional, proporcionalidad—).

*sentido estricto*⁴⁴. Se trata, como se viene diciendo, de un «mal de segundo orden»⁴⁵. A combatir ese peligro de erosión se dirige el mal de la pena, la consecuencia indeseada que se impone específicamente por la conducta infractora de la norma, demostrándose así la especial protección de esta. Quien infringió la norma de conducta debe soportar las consecuencias para proteger la vigencia de aquella que tal infracción comporta en la medida de su culpabilidad. Entonces, la legitimación de esta respuesta frente al individuo es retributiva, pero su finalidad es la protección de la norma de conducta frente al peligro de erosión⁴⁶. Ahora bien, la configuración de la respuesta punitiva (el mal que *concretamente* se impone), viene determinada por el mal previsto en abstracto en la ley penal, que –como se ha advertido– no se dispone en términos retributivos estrictos, sino a partir de un sistema de consecuencias establecido gradualmente –de forma más o menos coherente– en torno a la importancia de las normas de conducta que se quieren proteger y de la gravedad de los ataques. Este sistema, como se advierte, se distancia asimismo radicalmente de la prevención general en sentido tradicional⁴⁷.

* * *

Las precisiones efectuadas no deberían desdibujar la amplia convergencia de fondo con el planteamiento de Enrique Peñaranda. Estas páginas quieren no solo expresarle mi profundo afecto y gratitud por su generosidad intelectual y personal en tantos momentos, sino también rendirle homenaje como uno de los referentes más lúcidos y significativos de la dogmática penal moderna.

⁴⁴ Similar, FEJOO SÁNCHEZ, 2017, p. 313 (y p. 316: «lo que desestabiliza la norma no es su infracción, sino la infracción continuada sin respuesta»); FRISCH, *InDret*, 2014, pp. 15 ss. Ello no es algo puramente formal: la norma de conducta encarna la protección racional de bienes e intereses, que son los que desprecia o niega el autor en última instancia (mediatamente) con su infracción.

⁴⁵ Ya Bentham utilizaba esta expresión. Resalta las diversas manifestaciones de los efectos sociales del delito, FEJOO SÁNCHEZ, 2017, pp. 313 ss. Los planteamientos que ven el mal del delito en una arrogación de libertad se siguen moviendo en el plano del primer orden, solo que en un grado de abstracción o generalización superior. Por consiguiente, tendencialmente sostienen una teoría retributiva en sentido estricto de la imposición de pena. Así, p. ej. ROSTALSKI, 2019, pp. 19 ss.; le sigue, BÜNZEL, 2024, pp. 80 ss. Para estas autoras la pena constituye una limitación de la libertad que compensa la arrogación de la libertad ajena y restablece de ese modo la situación de igualdad (se corrige el estatus jurídico del autor que ha desequilibrado el saldo de libertades culpablemente a su favor). Sin embargo, a la hora de cuantificar el mal, solo aluden a que en algunos casos la afectación a la libertad que implica la declaración de culpabilidad sería suficiente como compensación a la arrogación de libertad que supone el delito, mientras que en otros sería necesario una afectación de libertad de mayor intensidad, sin negar la condición de miembro de la sociedad al culpable, según el grado de su responsabilidad.

⁴⁶ En esta dirección véanse, p. ej., los trabajos de Jakobs, Frisch y Feijoo Sánchez reseñados en la bibliografía.

⁴⁷ Para FEJOO SÁNCHEZ, 2017, p. 321, más que prevenir directamente los delitos concretos o determinadas dinámicas delictivas, la pena prevendría ciertos efectos nocivos del delito para la sociedad y la vida en común.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, Rafael: *Los fines del Derecho penal*, Buenos Aires, 2001.
- BINDING, Karl: *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 8.^a ed., Leipzig, 1913.
- *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, vol. I, 4.^a ed., Leipzig, 1922.
- BÜNZEL, Annika: *Die strafrechtliche Resonanz auf Verhaltensnormverstöße und deren Folgen*, Berlín, 2024.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *La pena como institución jurídica*. Retribución y prevención general, Buenos Aires, 2014.
- *La estabilización normativa como fin de la pena*, en Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, 2017, pp. 309-321.
- FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke: *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 3.^a ed., Berlín, 2019.
- FRISCH, Wolfgang: *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal*, InDret, núm. 3, 2007.
- *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, InDret, núm. 3, 2014.
- *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe*. Grundlinien einer kommunikativen Straftheorie, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2019, pp. 537-553.
- *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs*, en Strafrecht und Gesellschaft, Berlín, 2019, pp. 647-680.
- GRECO, Luís: *Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 135, 2023.
- HÖRNLE, Tatjana: *Straftheorien*, 2.^a ed., Berlín, 2017.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlín, 1991.
- *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlín, 1997.
- *Staatliche Strafe*. Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004.
- *Coacción y personalidad*, InDret, núm. 1, 2009.
- KÖHLER, Michael: *Der Begriff der Strafe*, Berlín, 1986.
- KÜHL, Kristian: *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, núm. 2, 2001, pp. 401-442.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique y BASSO, Gonzalo: *La pena: nociones generales*, Madrid, 2019, pp. 161-190.

- ROBLES PLANAS, Ricardo: *Teoría de las normas y sistema del delito*, Barcelona, 2021.
- *Coacción, retribución, demostración*. Sobre la teoría de la pena en Binding, en *Contra la política criminal de tolerancia cero*. Libro homenaje al profesor Ignacio Muñagorri Laguía, 2021, pp. 995-1007.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel: *Comportamiento humano y pena estatal*. Disuasión, resocialización y prevención general positiva, Madrid, 2016.
- ROSTALSKI, Frauke: *Der Tatbegriff im Strafrecht*, Berlín, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aut-aut? Los modelos de Derecho penal ante la paradoja de la condición humana*, en *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Valladolid, 2024, pp. 577-610.
- *Derecho penal*. Parte general, Madrid, 2025.

18. CARA Y CRUZ DE LAS SANCIONES PENALES*

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

*El problema de la pena, que constituye en el fondo una servidumbre,
es, y no puede dejar de ser, el problema de la libertad*
Carnelutti

I. INTRODUCCIÓN

Las sanciones jurídico-criminales alcanzan al hombre en lo más íntimo y pueden conducir a su redención o a su radical degradación. Cuando obedecen a una aspiración de justicia y se dirigen a la recuperación de la plena dignidad humana, aparecen como instrumentos de libertad moral y política. Pero pueden también ser abusivamente manipuladas, convirtiéndose entonces en terribles armas aniquiladoras de los fundamentales derechos individuales. De esta suerte, el ordenamiento penal puede transformarse –advierte Bettiol– en un puro medio de desinfección político-social, empleado como el veneno para las ratas o el *flit* para las moscas.

* *Nota de los coordinadores de la obra:* el presente trabajo fue publicado originariamente en el número extraordinario XXVIII de la ya extinta revista «Cuadernos para el Diálogo» en 1971. El Prof. Rodríguez Morullo autorizó, a petición de los coordinadores de este libro, su republicación en este volumen. Ello es algo que nos alegra por varias razones. Entre ellas se encuentra la de que incorporar este trabajo aquí nos permite poner a disposición del lector actual un texto de extraordinario interés (e indudable vigencia) que, sin embargo, resultaba de muy difícil acceso. Agradecemos al Prof. Rodríguez Mourullo que accediera a nuestra petición con su inagotable amabilidad.

La cuestión de la naturaleza y fines de las sanciones criminales no es, ni mucho menos, ajena a esa posible transformación patológica del Derecho penal. El debate se reavivó a partir de la terminación de la segunda guerra mundial, y no ya como pura disputa académica. Ciertas vivencias dictatoriales pusieron al descubierto –como señala hoy la mejor doctrina penal europea– las implicaciones políticas del tema.

Para muchos profanos, y aun para amplios sectores de juristas, que no llegan a percibir en todo su significado esas implicaciones, resulta incomprensible que los penalistas sigan discutiendo a estas alturas del siglo xx si la pena debe concebirse como retribución o prevención. ¿Acaso vamos a negar ahora la sabiduría contenida en el viejo aforismo de que más vale prevenir que curar? No se trata seguramente de eso. Pero en todo caso hay que tener en cuenta que aun los más elementales aforismos de la vida cotidiana, cuando se convierten en principios jurídicos, quedan automáticamente insertos en la red de tensiones que el Derecho lleva en su seno. Resultan inevitablemente sometidos a las presiones contradictorias de las antinomias que encierra la idea misma del Derecho.

Lo más grato, lo aparentemente más progresista y humanitario es inclinarse hacia la idea preventiva y repudiar decididamente el criterio retributivo. Así lo hace una conocida corriente de pensamiento que, en su actual versión francesa, gira bajo la denominación de «nueva defensa social» y se subtitula «un movimiento humanista de política criminal». Esta invocación humanista no supone ningún salvoconducto. Como observó Max Scheler, las modernas teorías de corte positivista no cesaron de apelar a «lo humano», pero de hecho conducen, desde el punto de vista ético, a una consideración desvirtuada del hombre como persona.

Defender a la sociedad no quiere decir defender algo abstracto, sino –como asegura López de Oñate– defender a los individuos. Una defensa social que no consiga ofrecer un cuadro válido de garantías jurídicas para el individuo es inadmisibles, por muy progresistas y humanitarias que sean las intenciones de sus patrocinadores. A menudo se olvida que, por encima de los deseos y propósitos de quienes las formulan, las teorías comportan, inmanentemente, una propia lógica. Queramos o no, en la concepción retributiva de la pena domina la idea de justicia. En la concepción preventiva, la de utilidad. La primera es fruto genuino de la doctrina liberal del Derecho penal. La segunda sólo puede desenvolverse en un clima político de intervencionismo estatal.

Se habla, por ejemplo, de la «tragedia personal» de Von Liszt. Un liberal de izquierdas, contrario a cualquier clase de totalitarismo, luchó toda su vida por una idea del Derecho penal que, en último término, sólo podía ser realizada por un Estado totalitario y conducía, en definitiva, a un ilimitado derecho estatal de prevención incompatible con el respeto de la dignidad humana.

Bajo el régimen nacionalsocialista la patria de Von Liszt vivió la experiencia de una pena que abandonaba el criterio retributivo para orientarse según finalidades de prevención general y de unas medidas de seguridad inspiradas en una idea puramente utilitarista de la defensa social. Se pudo contemplar entonces la pena de muerte aplicada a hechos de escasa o nula gravedad con el fin de intimidar a la generalidad de los ciudadanos y desencadenar el terror penal, la castración de miles de delincuentes peligrosos contra la honestidad, la horrenda supresión de vidas «sin valor vital».

La actual doctrina dominante alemana se ha pronunciado, con ocasión de la reciente reforma penal de su país, en contra del pensamiento de la defensa social. La superación de la anterior lucha de escuelas y la asombrosa unidad surgida al respecto fue el resultado –dice Maurach– de los «doce trágicos años» del sistema nacionalsocialista. «El fantasma de una pena meramente orientada a la prevención ha sido dominado... y no tendrá validez –afirma el mismo autor, una de las primeras figuras mundiales de la ciencia jurídico-penal de nuestro tiempo– mientras mi generación sea responsable del destino del Derecho penal alemán».

II. RETRIBUCIÓN, UNA PALABRA CON MALA PRENSA

La concepción retributiva de la pena ha sido y sigue siendo objeto de continuos malentendidos. Varios factores contribuyen a ello.

En primer lugar, el propio término retribución, que parece evocar una primitiva idea de venganza. En seguida surge la equiparación retórica con la ley del talión, a la que ni siquiera se hace la justicia histórica de reconocer el evidente progreso que en su momento supuso, al señalar un límite claro al antes ilimitado derecho de venganza.

En segundo lugar, ciertas concepciones filosóficas de las que, de una u otra manera, se nutrieron en definitiva las modernas doctrinas retributivas. Principalmente las de Kant y Hegel. Difícilmente podría encontrar la concepción retributiva más altos valedores. Pero es verdad también que sus respectivas formulaciones se reflejaron, a nivel jurídico, en teorías excesivamente cerradas, que prácticamente imposibilitan la armonización de justicia y utilidad, de retribución y prevención.

Kant ve en la pena una afirmación absoluta de la ley ética. La pena es un imperativo categórico. Todo hecho culpable debe ser castigado con una pena, con independencia de que la imposición de ésta resulte útil o inútil. Si una comunidad social, habitante de una isla, decidiese abandonarla y dispersarse,

el último asesino retenido en prisión –ejemplificaba Kant– debería ser ejecutado antes de la disolución de la sociedad, a fin de que cada uno reciba la pena correspondiente a su delito. La pena debe ser ejecutada aunque con su cumplimiento desaparezca la sociedad. *Fiat iustitia, pereat mundus*.

El pensamiento de Kant contribuyó a crear la imagen de que las concepciones retributivas son unas doctrinas que persiguen una justicia absoluta, que no es de este reino, y desconocen el carácter relativo y práctico del Derecho, en cuyo marco una justicia inútil carece de sentido.

Por su parte, Hegel vuelve sobre la idea retributiva, concibiendo al delito como negación del Derecho y a la pena como negación de esta negación. Doble negación que equivale a la afirmación del Derecho.

Tampoco este planteamiento hegeliano favoreció la imagen de las doctrinas retributivas. Por un lado, la fundamentación de la pena ofrecida por Hegel no puede sustraerse a las críticas que suscita la identificación de «la negación de la negación» con la «positividad». Esta identificación supuso –según Adorno– otorgar primacía en el seno de la dialéctica a un principio antidialéctico y puramente formalista. Por otro lado, la pena, en si misma considerada, se caracteriza como una pura *negación*, y este entendimiento se presta a la objeción de que el delito, como hecho histórico, es ya un acontecimiento irreversible que no puede ser borrado. *Factum infectum fieri nequit*.

III. EL VERDADERO SIGNIFICADO ACTUAL DE LA RETRIBUCIÓN

La retribución, concebida en términos ético-sociales, se entiende hoy como un acto de justicia y no de venganza. No significa infligir talionalmente al autor del delito un mal similar al que él causó. No postula tampoco la necesaria y fatal ejecución de la pena. Se trata de hacer justicia, sí, pero adecuada a un fin. *Fiat iustitia, ne pereat mundus*. La condena condicional y otras instituciones afines, que tratan de evitar los perjuicios que la ejecución de la pena entraña en ciertos casos o a sustituir esa ejecución cuando no resulta socialmente necesaria, ganan cada vez más terreno en la legislación comparada. El juicio de desvalor sobre el hecho expresado a través de una sentencia condenatoria puede satisfacer ya plenamente las exigencias retributivas sin que sea preciso ejecutar la pena. Por último, conviene subrayar que el retribucionismo actual no se opone a las finalidades preventivas. El *quia peccatum* y el *ne peccetur* no representan dos exigencias opuestas e irreconciliables, sino –como observa Delitala–, una, la esencia, y otra, el fin de la sanción punitiva. La pena es, por su naturaleza, una noción retributiva; pero, como toda institución jurí-

dica, debe servir a una finalidad, y ésta no puede ser sino la prevención de delitos. Por eso no supone contradicción alguna que la pena, concebida en nuestro Código Penal como sanción retributiva, se convierta, según el Reglamento de Prisiones, en *tratamiento* a la hora de su ejecución penitenciaria.

Con todo esto no se difuminan, sin embargo, las diferencias entre la concepción retributiva y la concepción preventiva de la pena. Conforme al criterio retributivo, la gravedad del hecho cometido constituye *medida y límite* de la pena. La retribución entraña esencialmente una relación de proporcionalidad entre la magnitud del hecho culpable y la de la pena. Entre el desvalor del delito para la sociedad y el desvalor de la pena para el delincuente. Ciertamente que no se trata, ni puede tratarse, de una proporción en sentido matemático. Pero en todo caso, a la vista de la jerarquía de valores ético-sociales imperantes, reflejados democráticamente en la norma jurídica, cabe *graduar* el desvalor del hecho cometido y el reproche que merece su autor y, correlativamente, también la pena a imponer. Ninguna exigencia preventiva faculta para quebrantar esa relación de proporcionalidad. La esencia retributiva de la pena no puede ser sacrificada en aras de ninguna necesidad preventiva.

Por el contrario, según la concepción preventiva, la comisión del hecho es sólo presupuesto, pero no medida de la pena. La gravedad y duración de ésta se determinará no en atención al hecho cometido, sino a las necesidades de prevención. Lo que permite que, con relativa facilidad la idea de adecuación a fin acabe sobreponiéndose a la idea misma de justicia.

Si la pena se justifica en virtud de finalidades de prevención general (intimidación de la generalidad de los ciudadanos), la lógica del sistema conduce, por un lado, a imponer a todas las infracciones jurídicas sanciones criminales (hipertrofia cuantitativa del Derecho penal), porque éstas intimiden más que las sanciones civiles o administrativas, y por otro, a exasperar la gravedad de las penas hasta llegar a las más severas (hipertrofia cualitativa). La última consecuencia sería la imposición de la pena capital a todos los delitos. Resulta significativo que en la actualidad el argumento fuerte de la mayoría de defensores de la pena de muerte sea el de su mayor eficacia intimidante. Aparte de que este mayor grado de intimidación no ha sido nunca —como acaba de recordar el padre Landecho, S. J.— convincentemente demostrado, semejante planteamiento del ya de por sí tétrico tema resulta escalofriante. Como es necesario intimidar a los demás para que se abstengan de hechos similares, se admite la muerte del reo. Si no fuera necesaria esa intimidación, aunque el hecho cometido fuese el mismo, no se le privaría de su vida. He ahí la pena de muerte fundada en razones de conveniencia y utilidad, y no de justicia. ¡El hombre degradado y utilizado como simple medio para la intimidación de los demás!

Si la pena se justifica en razón de finalidades de prevención especial (corrección y readaptación del condenado), la lógica del sistema conduce igualmente a consecuencias poco satisfactorias. Habría que renunciar, por ejemplo, a castigar a los delincuentes ocasionales no peligrosos porque no necesitan ser readaptados, y a los incorregibles, porque no pueden serlo.

IV. EL SISTEMA DUALISTA, UNA SOLUCIÓN DE COMPROMISO QUE PUEDE CONVERTIRSE EN UNA TRAMPA

Las finalidades de prevención general y especial que la pena puede y debe cumplir encuentran en la esencia retributiva de ésta, como antes decíamos, un límite infranqueable. Las funciones preventivas que el Derecho penal está llamado a cumplir no pueden, por tanto, ser confiadas exclusivamente a la pena. Al enajenado que ha cometido un hecho descrito en la ley como delito no se le puede imponer pena alguna porque no actuó culpablemente, pero con su comportamiento es posible que haya revelado una peligrosidad criminal que es preciso conjurar mediante el correspondiente tratamiento. Un hecho de mínima gravedad sancionado con una pena de corta duración, puede ser, por las circunstancias de su comisión, síntoma de una peligrosidad criminal cuya eliminación requiere un internamiento más prolongado.

A finales del siglo XIX se percibió ya con claridad que la pena, retributiva por naturaleza, no podía satisfacer una serie de necesidades político-criminales a las que urgía atender. Frente a estas necesidades se podían adoptar principalmente dos posiciones: desvirtuar el carácter de la pena, convirtiéndola en un medio puramente preventivo —como venían propugnando los representantes de la escuela positiva italiana y sus adláteres—, o bien respetar la esencia retributiva de la pena e integrar el sistema jurídico-criminal con un nuevo recurso desprovisto de contenido retributivo y destinado específicamente a la prevención. Este último fue el camino que siguió Stoos, autor del anteproyecto de Código Penal suizo de 1893. A partir de entonces, el llamado sistema dualista fue ganando cada vez más terreno en la legislación comparada. De acuerdo con este sistema, el Derecho penal desarrolla la lucha contra el delito a través de dos vías: la pena y la medida de seguridad. El ordenamiento penal aparece integrado por dos sectores: el representado por la relación delito-pena y el basado en la relación peligrosidad criminal-medida preventiva. Algunos hablan, respectivamente, para referirse a cada uno de estos sectores, de Derecho penal de culpabilidad (la imposición de la pena retributiva presupone la realización *culpable* del hecho injusto) y de Derecho regulador de medidas.

La solución, que surgió en plena lucha de escuelas con todas las características de un compromiso, puede resultar válida y, en cualquier caso, preferible al sistema de la vía única (confusión de culpabilidad y peligrosidad, de pena y medida de seguridad), a condición de que las medidas de seguridad se justifiquen también, como la pena, éticamente y no solo en atención a meras razones de utilidad. En caso contrario, el sistema dualista puede convertirse en una gran trampa.

En efecto, poco importa —como oportunamente observó Correia— que acentuemos el alto valor ético de la pena concibiéndola como retribución y vetando, de este modo, la conversión del delincuente en mero objeto de la defensa social si luego, en el área de las medidas de seguridad, le abandonamos a un puro pensamiento naturalista de defensa social y le exponemos a toda clase de reacciones dictadas exclusivamente por finalidades de utilidad y prevención. La intrusa que con tanto énfasis se expulsa vuelve a ser recibida por la puerta de al lado, abierta de par en par, y las medidas de seguridad pueden degenerar en intolerables represiones.

En 1961, Glaser expuso en un simposio dedicado al tema «Estado de Derecho y medidas de seguridad» la particular inquietud que le producía el que, en ciertos países, «bajo la denominación de medidas de seguridad, se disimulen no sólo penas en el sentido propio del término (recordemos, por ejemplo, que la ley de la URSS de 1 de enero de 1927 consideró como medidas de seguridad la reclusión, los trabajos forzados, la confiscación total o parcial de bienes y ¡hasta el fusilamiento!), sino también instrumentos de coerción política tendentes a enderezar las opiniones políticas de los ciudadanos para adaptarlas a la ideología gubernamental».

Se impone, pues, como decíamos, una fundamentación ética de las medidas de seguridad. No basta mostrar su utilidad para deducir ya de ahí su justificación. Lo que es útil no está, por esa única razón, justificado. Importa, sobre todo, que pueda considerarse ético-socialmente admisible la restricción por parte del Estado de la esfera jurídica de los individuos sujetos a las medidas de seguridad. Welzel ha planteado la cuestión con extraordinaria claridad. Al igual que en el ámbito de las penas, se pone de relieve en el campo de las medidas de seguridad que su utilidad o adecuación a fin no ofrece todavía ninguna justificación para la restricción a que es sometido el individuo. En todas las medidas de seguridad, al lado de su adecuación a fin (su exigencia para la seguridad pública), debe encontrarse también su fundamento moral. Todas las medidas de seguridad deben reposar sobre el general pensamiento ético-social de que sólo puede participar plenamente de la vida comunitaria aquel que es capaz de obedecer las normas que regulan la vida misma de la comunidad so-

cial. Toda libertad *exterior* o social —observa Welzel— se justifica sólo en base a la posesión de la correspondiente libertad *interior* o moral. Quien no posee esa libertad interior, esa capacidad de autodeterminación moral, como sucede en el caso de enfermos mentales, o quien carece por razón de hábitos, inclinaciones o vicios adquiridos, de la fuerza de voluntad suficiente no puede aspirar a una plena libertad social. La medida se justifica éticamente en cuanto aparece como medio dirigido a la recuperación de la plena dignidad humana. Lo que fundamenta la aplicación de la medida de seguridad no es ya tan sólo su utilidad para la tranquilidad del mayor número, sino el deber que pesa sobre el Estado de remover los obstáculos que se oponen al pleno desarrollo de la personalidad humana.

Se supera, de este modo, la concepción que pretende fundamentar las medidas de seguridad exclusivamente desde la perspectiva de la defensa social, ya se entienda ésta en términos puramente naturalísticos al estilo de Ferri (la única razón de la medida de seguridad es «la necesidad imprescindible de la propia conservación, que presiona y domina de modo absoluto a los organismos sociales de forma idéntica a como guía a los organismos animales»), ya se interprete en términos culturalistas a la manera de Marc Ancel. La idea de defensa social, apoyada en puros argumentos utilitaristas, está fatalmente llamada a servir de instrumento idóneo para concepciones totalitarias, donde los valores de la persona individual quedan íntegramente ahogados. No se olvide que la escuela positiva, aferrada a la idea de defensa social, representó políticamente en Derecho penal, según acertada expresión de Jiménez de Asúa, la «primera agresión científica» contra la libertad.

El fundamento ético que le hemos asignado a la medida de seguridad implica, por el contrario, una sólida garantía para el individuo. Conforme a ese fundamento quedan proscriptas *a priori* todas aquellas intervenciones preventivas que, lejos de operar en pro de la recuperación de la dignidad humana, destruyen componentes esenciales de la personalidad o impiden su pleno desarrollo (supresión de vidas sin valor vital, castración, cercenamiento de libertades políticas). Nadie podrá negar, sin embargo, que desenvolviéndose en un plano puramente utilitarista muchas de esas medidas deberían considerarse plenamente justificadas, porque se muestran como instrumentos de inmejorable eficacia para garantizar el bienestar de la mayoría. Guasp señala muy oportunamente que una vez que se haya cedido en los principios relativos a los valores individuales «ya no se puede estar en el debate, sino en una desesperada defensiva: diciendo, por ejemplo, que no es razonable la eliminación de enfermos y delincuentes (cuando, probablemente esto, desde un punto de vista de bienestar común, es irrefutable)».

V. LOS ATRACTIVOS DE LA PREVENCIÓN Y SUS PELIGROS

Todo lo que de odioso parece poseer el término retribución lo tiene de fascinante la palabra prevención. Su hechizo hace olvidar a veces que la idea de prevención es portadora de una dialéctica que, al menos tendencialmente, conduce a situaciones incompatibles con la justicia y la seguridad jurídica, y que la adecuación al fin de prevención llevada hasta sus últimas consecuencias provocaría la paralización del progreso, cuyo desarrollo el Derecho debe ciertamente controlar, pero en ningún caso yugular. En 1861, el Tribunal de Apelaciones de Munich sentenció que la explotación de un ferrocarril, en sí misma considerada, era una actividad ilícita por los riesgos que entrañaba. La resolución podrá parecernos hoy pintoresca, pero desde el punto de vista lógico no se puede negar que, por ejemplo, la única manera de evitar plenamente los alarmantes accidentes de carretera sería prohibir, por peligrosa, la circulación de automóviles.

Radbruch destacó que la teoría de la prevención reproduce con singular claridad, en el especial marco del Derecho penal, la tensión antinómica existente en la idea del Derecho. La configuración del Derecho penal sobre la base de la finalidad preventiva deriva fatalmente hacia totalitarismos, al margen, por supuesto, de cuáles sean —como antes decíamos— las intenciones y propósitos de quienes la defienden. Para evitarlo, Radbruch señalaba la necesidad de frenar el desarrollo de la idea de prevención mediante las ideas de justicia y seguridad jurídica. Pero esto no siempre resulta fácil.

En el sector del ordenamiento penal representado por la relación delito-pena, el desarrollo de la idea de prevención no suscita mayores preocupaciones. Se encuentra de antemano enmarcado en los límites de la justicia que va implícita en la esencia retributiva de la pena, y, por otra parte, tanto el hecho constitutivo de delito como la pena a imponer pueden ser determinadas por la ley de modo preciso, garantizando así la seguridad jurídica.

No sucede lo mismo en el otro sector, el llamado Derecho regulador de medidas. Aquí predomina la idea de adecuación al fin, porque, en definitiva, las medidas de seguridad no son sino sanciones adecuadas a un fin de prevención. No se trata de hacer justicia a la vista de lo que el sujeto realizó, sino simplemente evitar que en el futuro delinca. Por otro lado, la descripción legal de la peligrosidad —que es un estado personal— resulta más difícil de lograr que la de hechos concretos, y la medida de seguridad debe durar tanto como dure la peligrosidad que intenta conjurar, y, claro está, esta duración es indeterminada. La conclusión es que en el ámbito del denominado Derecho de medidas, la idea de adecuación al fin de prevención predomina sobre las de

justicia y seguridad jurídica y no es fácil, por tanto, frenar a través de éstas el desarrollo de aquélla. Existe evidentemente el riesgo de que la idea preventiva evolucione aquí suelta, desvinculada de las ideas de justicia y seguridad jurídica, hasta sus últimas consecuencias lógicas. Y no podemos olvidar que la lógica de la teoría de la prevención es una lógica de plano inclinado que impele a adelantar cada vez más y más la línea de lucha contra el delito a costa de ir invadiendo la esfera íntima del individuo. Su coherente desarrollo debe aspirar a establecer finalmente un adecuado tratamiento de seguridad para todos y cada uno de los ciudadanos. Es decir, convertirnos a todos en objeto de una medida de aseguramiento.

Se comienza, por ejemplo, reservando el pronóstico de peligrosidad y la aplicación de las correspondientes medidas de seguridad para los delincuentes, es decir, para los que ya han demostrado su energía criminal al haber cometido hechos previstos por la ley como delitos (peligrosidad criminal). Pero luego se argumenta –con lógica impecable– que si el fundamento de la medida de seguridad es el estado personal peligroso en que se encuentra el sujeto y no el hecho delictivo que éste cometió, ¿por qué esperar a que el sujeto delinca?

Se avanza más por esa cuesta abajo sin término que es la idea de prevención y se establecen medidas de seguridad predelictuales –alguna de las cuales puede entrañar una privación de libertad de muy superior duración a la de ciertas penas– para los llamados peligrosos sociales, es decir, para ciudadanos que no son criminales, que no han cometido ningún hecho delictivo, pero que –se dice– es posible que lo cometan en el futuro.

Parece que de algún modo hay que frenar esta especie de autoaceleración que es inherente al desarrollo de la finalidad preventiva y la impulsa hacia adelante sin cesar. La mayoría de las legislaciones –son contadas las excepciones– lo hace exigiendo para la imposición de medidas de seguridad y corrección la previa realización de una acción conminada con pena, es decir, prevista legalmente como delito, aunque en el caso concreto su autor –por ejemplo, por padecer una enfermedad mental– no puede ser castigado. Nadie puede ser sometido a una medida de seguridad si aún no cometió un hecho taxativamente descrito como delito en una ley penal.

En 1962, Quintano Ripollés, catedrático de la Universidad de Madrid y magistrado del Tribunal Supremo, alzó su voz para discrepar de Jiménez de Asúa, inspirador más caracterizado de la Ley de Vagos Y Maleantes (4 de agosto de 1933) que introdujo en nuestra patria la equiparación de medidas de seguridad *pos* y *predelictuales*, en cuya línea persiste la vigente de Peligrosidad Social. «Yo creo –dijo Quintano– que no se debe adoptar ni como *mal minimus* ni como *major*, y que deben quedar absolutamente proscriptas las medidas an-

teriores al delito porque establecer medidas de seguridad *antedelictum* vale tanto como restaurar las antiguas *lettres de cachet* o cláusulas de retención que existían en el antiguo régimen penal francés y español, y que por muchos criminalistas se consideran como unos verdaderos títulos de nobleza de dichas instituciones asegurativas; precisamente mencionar tales títulos de nobleza es lo que nos debe poner muy cautamente en contra de esta innovación que por algunos es propugnada, si bien en este sentido a que acabo de aludir de atribuir las exclusivamente a la autoridad judicial y no a la policial. Pero creo que el juez –y yo mismo soy juez– no tiene tampoco el don de la profecía».

VI. PROFECÍAS ARRIESGADAS

¿Profecía? Veamos. La peligrosidad se determina a través de un juicio de probabilidad, mediante un pronóstico. Al principio –como recuerda Heinitz–, tanto la jurisprudencia como los expertos partían de la *pura intuición*. Posteriormente, a medida que las ciencias criminológicas iban progresando, se fueron tomando en consideración las condiciones biopsíquicas y ambientales del autor. En este sentido es de alabar la exigencia contenida en el último párrafo del artículo 16 de la ley de Peligrosidad Social, porque responde al propósito de sustituir la valoración intuitiva por criterios más objetivos.

Sheldon Glueck publicaba, en 1929, las primeras *tablas de predicción*. No es fácil dar cuenta en pocas palabras de los avances logrados en este terreno. Se ha realizado un trabajo imponente, y el camino emprendido con el fin de superar la pura intuición y radicar la prognosis en bases científicas más seguras debe considerarse acertado. Hay que reconocer, no obstante, que este tipo de predicción encuentra un decisivo límite en la naturaleza libre del hombre, como suelen reconocer los propios criminólogos actuales, una vez que superaron el positivismo ingenuo que consideraba al hombre encerrado en su propia existencia natural y lo conciben hoy como una «estructura abierta». Significativa es la confesión de Stumpfl: «Tras todo el esfuerzo de ciencias de la naturaleza, psicología profunda, psiquiatría, ciencia de la herencia, investigación de la constitución y del medio, el resultado es, en verdad, defraudador. Creíamos, por nuestras investigaciones, poder mostrar al hombre en su limitación, sujeción a instintos, estado anímico, herencia, constitución física y medio ambiente, presentarlo como un producto de predisposición hereditaria y mundo circundante, de carácter y educación, de constitución somática y enfermedad, y lo que surge ante nosotros tras los esfuerzos de años, entre el polvo y las cenizas de la segunda guerra mundial, es el cuadro de su libertad».

Disposición y mundo circundante pueden en todo caso –como dijo Nagler– «predisponer, nunca predestinar». La cuestión fundamental de cómo reaccionará un sujeto determinado en el futuro –advierte Maurach– no debe ser resuelta en caso alguno como «producto» de disposición y ambiente, sino como un problema de la personalidad en su desarrollo y situación concreta (personalidad en el momento de la comisión del hecho). Todas las tentativas de explicar los distintos modos de reaccionar llevan necesariamente a la introducción de un factor *x* en la etiología del delito, a la introducción de una autónoma aportación del sujeto, que no podrá ser aprehendida ni con los métodos biológicos ni con los estadísticos. La teoría de las causas –concluye Maurach– tropezará aquí con graves dificultades y deberá operar, en gran parte, con la intuición.

Los pronósticos más desfavorables no descartan la futura abstención de comportamientos delictivos. Y a la inversa, los pronósticos sociológica y biológicamente más favorables no excluyen la posibilidad de futuros comportamientos delictivos. Da Costa relata el trágico caso del asesinato del director de una colonia agrícola brasileña, cometido por un sujeto sometido a una medida de seguridad, próximo a la liberación, y que había sido declarado por los expertos, y por el director mismo, completa y definitivamente readaptado. Un juicio de probabilidad que, por la propia naturaleza de las cosas, no puede dejar de ser en gran medida intuitivo está siempre, como se ve, lleno de riesgos. Se comprende, por eso, que la abrumadora mayoría de las legislaciones que se desenvuelven en nuestra órbita cultural reserven el pronóstico de peligrosidad para los sujetos que ya han demostrado efectivamente su capacidad criminal a través de la comisión de hechos delictivos.

En todo caso, hay que impedir que se convierta en amarga verdad la afirmación de Anatole France: «Llamamos peligrosos a los que poseen un espíritu contrario al nuestro».

VII. UNA VERDAD ELEMENTAL

El destierro de las medidas de seguridad predelictuales no supone, aunque otra cosa pudiera parecer, el abandono de las finalidades preventivas. No significa que para que podamos poner en marcha la prevención del crimen debamos esperar precisamente a que se cometan acciones delictivas. Es ésta una alegación frecuentemente esgrimida por los defensores de las medidas de seguridad predelictuales, pero se trata de un argumento tan fácil como inconsistente. La prevención del delito puede llevarse a cabo de manera más eficaz a través de otros cauces menos comprometedores para los fundamentales derechos de la persona humana.

Por un lado, la prevención inmediata o próxima a través de las actividades de Policía que compete al poder ejecutivo, siempre debidamente regladas y de alcance limitado. Por otro, la prevención mediata o remota, que es la más decisiva, a través de una acertada política legislativa general. La mención en este punto de la teoría de los *sustitutivos penales* de Ferri resulta inevitable, y no precisamente para suscribirla como tal teoría, sino por la elemental verdad que encierra.

A finales del siglo pasado, Amor Neveiro escribía con tono crítico: «Lo primero que debo advertir es que la idea capital de los sustitutivos penales, que Ferri preconiza como gran adelanto, no es nueva ni en la teoría ni en la práctica. Mejor dicho: es un pensamiento tan antiguo como las legislaciones de todos los pueblos civilizados, por no decir de todos los pueblos en absoluto». La observación de Amor Neveiro es exacta, pero precisamente por ello recordamos aquí la teoría de Ferri. Porque responde a una verdad elemental: el modo más eficaz de prevenir delitos es el de proceder a una justa regulación jurídica del orden económico, político, laboral, familiar, educativo, sanitario, etc. Descuidar este aspecto y predisponer luego una serie de medidas para los llamados peligrosos sociales, que a lo mejor son pura y simplemente víctimas de la injusta regulación de alguno de los órdenes aludidos, parece una prevención que tiene mucho de inconsecuente.

VIII. AL FINAL, LA LIBERTAD SOBRE TODO

El Derecho eleva día a día el nivel de riesgo permitido con el fin de no obstaculizar el desarrollo tecnológico y el bienestar material. Cada mañana despertamos sumergidos en nuevos peligros que el propio ordenamiento jurídico nos obliga a soportar resignadamente. No hay motivo, pues, para dramatizar en particular el riesgo de la delincuencia. Ciertamente, el Derecho debe prevenir la comisión de delitos, pero ha de hacerlo a través de medidas que respeten la libertad individual y no convirtiendo al país en una enorme penitenciaría y a todos los ciudadanos en sujetos custodiados.

Hay que tener en cuenta, por lo demás, que el ordenamiento jurídico no puede aspirar a una total eliminación de la delincuencia. Una sociedad sin delitos y sin delincuentes es —como asegura Bettiol— una pura utopía. La prevención criminal puede convertirse en un gran mito, y la enajenación de la libertad bajo la seducción de ese mito, en el más ruinoso de los negocios desde la perspectiva de los fundamentales valores individuales. «Aunque todos los peligros estuvieran en la libertad —confesaba Vinets— y toda la tranquilidad en la esclavitud, yo preferiría aún la libertad, porque la libertad es vida y la esclavitud la muerte».

19. LA REPARACIÓN DEL DAÑO OCASIONADO A LA VÍCTIMA, O LA DISMINUCIÓN DE SUS EFECTOS COMO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE GENÉRICA. UN ANÁLISIS SOBRE SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA*

M.^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

La doctrina científica ha prestado una particular atención a la circunstancia atenuante prevista en el apartado 5.º del artículo 21 del CP relativa a «haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral»¹, sobre todo ante la modificación que supuso la entrada en vigor del CP de 1995 en la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo contemplada en el artículo 9.9 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el CP, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, consistente en «haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción». Entre

* Este trabajo 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).

¹ Con carácter general véanse, entre otros, los trabajos sobre la circunstancia atenuante objeto de nuestra atención con amplias referencias bibliográficas, ÁLVAREZ GARCÍA, *CPC*, 1997, pp. 241 ss.; ALCÁ-CER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, 2001, pp. 71 ss.; GARRO CARRERA, 2008, pp. 19 ss.; 2021, pp. 137 ss.; CUENCA GARCÍA, *Estudios penales y criminológicos*, 2020, pp. 941 ss.

otras cuestiones, se valoró muy positivamente la configuración objetiva de la nueva circunstancia recogida en el mencionado apartado 5.º del artículo 21, porque suprimió todo elemento subjetivo que, según una opinión doctrinal mayoritaria, resultaba rechazable al identificarse con una exigencia de naturaleza moral², si bien es cierto que esta conclusión –la supresión de un elemento subjetivo– se ha visto rebatida de manera convincente por relevantes investigaciones posteriores³. Adicionalmente, se destacó la fundamentación de esta circunstancia atenuante basada en consideraciones utilitarias o de política criminal y se mantiene en la actualidad⁴. No existe, sin embargo, acuerdo en torno a las concretas razones político criminales que expliquen la atenuación de la pena cuando el infractor repara el daño ocasionado a la víctima o disminuye sus efectos. Para algunos autores, como Cerezo Mir, en estos casos en los que el culpable repara el daño ocasionado a la víctima, por un lado, es menor la necesidad de pena desde el punto de vista de la reafirmación del ordenamiento jurídico, de la prevención general y de la prevención especial; y, por otro lado, también se trata de otorgar una protección a la víctima⁵. En todo caso, con esta circunstancia atenuante se puede reconocer que la satisfacción de los intereses de la víctima –concreta o abstracta– del delito desempeña un papel, al menos, en la medida de la pena, sin que ello suponga su equiparación con el abono de la correspondiente responsabilidad civil derivada del delito, ni tampoco su elevación a la categoría de fin de la pena⁶. No nos vamos a detener en estos aspectos que han sido muy desarrollados en los últimos años por la doctrina.

² Véase la exposición realizada por ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, 2001, pp. 73 ss., con referencias bibliográficas.

³ Véanse, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pp. 73 ss., 105 ss.; 2011, pp. 123 y 124; GARCÍA PÉREZ, 1997, p. 193; ALASTUEY DOBÓN, 2000, p. 447; GARRO CARRERA, 2021, pp. 149 ss.; 2008, pp. 19 ss., resaltando también un componente subjetivo, 2008, pp. 56 ss.; CUENCA GARCÍA, *Estudios penales y criminológicos*, 2020, pp. 945 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Indret*, 2024, pp. 217 y 218;

⁴ Véanse, entre otros, CEREZO MIR, 2001, p. 155; TAMARIT SUMALLA, *RGDP*, 2009, pp. 3 ss.; GARRO CARRERA, 2021, p. 149; SÁNCHEZ LÁZARO, 2016, p. 319; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 454; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, 2024, p. 165; POZUELO PÉREZ, 2025, núm. 4150. Véase también la STS núm. 849/2023, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5060).

⁵ Véase CEREZO MIR, 2001, p. 155. Resaltan la finalidad de otorgar protección a la víctima con esta circunstancia atenuante ÁLVAREZ GARCÍA, *CPC*, 1997, pp. 252 y 261; BORJA JIMÉNEZ, 2002, pp. 177 ss.; FARALDO CABANA, 2023, p. 295.

⁶ Comparto la conclusión expresada por Gil Gil cuando afirma que «la pena puede tener indudables efectos beneficiosos para la víctima, el primero manifestar la injusticia sufrida y ofrecer cierta garantía de no repetición, calmando así su necesidad de justicia, devolviendo la confianza de la víctima en el ordenamiento y en la sociedad y favoreciendo su no desocialización. Pero no hay que olvidar que esos sentimientos responden al mecanismo de la reciprocidad que en última instancia sirve a la conservación del grupo y del individuo como ser social. En definitiva, aun cuando efectivamente la pena sirva para satisfacer las necesidades de reciprocidad tan inherentes a nuestro sistema de interrelacionarnos socialmente, este fin, a su vez (incluso de manera inconsciente) es instrumental a otro, y por ello no puede nunca ser extrapolado

Por el contrario, es más interesante valorar cómo interpreta nuestra jurisprudencia la circunstancia atenuante de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, con el fin de comprobar cómo se configura y aplica en la práctica. A juicio de nuestro TS esta circunstancia atenuante tiene un doble fundamento como se recoge, a mero título de ejemplo, en la STS núm. 957/2010, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6546)⁷: «a) Porque es necesario –y justo– ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la Comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima –luego veremos de qué forma– debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay

y colocado como fin en sí mismo o superior a los fines preventivos clásicos, de manera que los “derechos de las víctimas” eclipsen o sustituyan a la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos». Véase GIL GIL *InDret*, 2024, p. 217. En contra también de que el Derecho penal pueda estar llamado a perseguir el cometido de fomentar la reparación y satisfacción del daño a la concreta víctima lesionada por el delito ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, 2001, p. 114 ss., para quien la reparación a la víctima concreta del delito tiene que coadyuvar a la satisfacción de fines específicamente penales de prevención general. Por otra parte, GARRO CARRERA, 2008, pp. 233 ss. manifiesta su oposición a que la satisfacción de los intereses de las víctimas desde un punto de vista privatista-patrimonialista constituya el fundamento de la circunstancia atenuante del apartado 5.º del artículo 21 del CP. Asimismo, ASUA BARRITA, 2008, pp. 150 ss.

Sin embargo, vincula la circunstancia atenuante del artículo 21.5.º del CP al cumplimiento de la responsabilidad civil propiamente dicha ANTEQUERA JIMÉNEZ, 2022, p. 186. Ello le conduce a proponer la introducción de una nueva circunstancia atenuante en el artículo 21 del CP consistente en haber iniciado un procedimiento de mediación penal, lo que supondría vulnerar la prohibición establecida en la Disposición Final 12.ª de la LOGILS y en el artículo 44 apartado 4.º de la LOMPIVG.

⁷ Véase también el Auto del TS núm. 701/2004, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:5804A): «Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena». Véanse, entre otras, además las SSTS núm. 285/2003, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2003:1400); núm. 701/2004, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:5804.º); núm. 809/2007, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6633); núm. 78/2009, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:242); núm. 324/2009, de 27 marzo (ECLI:ES:TS:2009:1985); núm. 954/2010, de 3 noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6020); núm. 203/2011, de 22 marzo (ECLI:ES:TS:2011:2146).

que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor. b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria tiene el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro»⁸.

El reconocimiento efectuado, que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria tiene el valor de un dato significativo de una regeneración, choca cuando nos adentramos en los elementos que forman parte de la circunstancia atenuante contemplada en el apartado 5.º del artículo 21 del CP por parte de la jurisprudencia, que remarca a pesar de todo su configuración objetiva. De nuevo, la STS núm. 957/2010, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6546) señala que: «La actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente CP de dos requisitos que limitaba mucho su efectividad. El primero hacía referencia a un fundamento espiritualista: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, [...] Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión. El segundo hacía referencia a un requisito temporal que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera “antes de conocer la apertura del procedimiento judicial”. Actualmente se admite que la reparación sea “en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas». En consecuencia, la aplicación de esta circunstancia atenuante requiere, en primer lugar y con carácter general, que el culpable –o sólo en ciertos supuestos un tercero o a instancias o por encargo de aquel– haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, de manera inmediata o diferida en el tiempo (por ejemplo, porque las partes hayan convenido un pago fraccionado de la suma que han acordado como indemnización)⁹, sin añadir la cons-

⁸ La STS núm. 125/2018, de 15 marzo (ECLI:ES:TS:2018:896) destaca que «por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante “ex post facto”, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito».

⁹ Véase de forma sintética también VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2022, pp. 88 y 89. Asimismo, GUINARTE CABADA/CASTRO CORREDOIRA, 2018, pp. 106 ss.

tatación de ulteriores móviles que puedan tener un contenido ético. Sin embargo, aunque un sector de la doctrina ha enfatizado la objetivación de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado a la víctima prescindiendo de un componente subjetivo¹⁰, de la aplicación de esta circunstancia atenuante por parte de la jurisprudencia cabe inferir, desde mi punto de vista, que se exige al infractor una voluntad de reparación del daño cuando lleva a cabo el correspondiente acto personal de reparación ligado a un acto de reconocimiento del hecho cometido¹¹.

En efecto en lo relativo al contenido de la reparación del daño ocasionado a la víctima, si bien es cierto que hasta hace unos años la praxis jurisprudencial, como ha señalado Tamarit Sumalla, no sólo no concedía siempre la relevancia adecuada a la idea del «esfuerzo reparador» o de la «reparación según la capacidad» que la inspira, sino que atendía prácticamente a la dimensión económica de la reparación¹², no obstante, ha ganado terreno otra tendencia que reconoce expresamente que cabe cualquier forma de reparación, no solo la económica, admitiéndose expresamente una reparación simbólica –SSTS núm. 1133/2001, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2001:1133)¹³ y núm. 3091/2002, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2002:3091)¹⁴–, o una «reparación en clave moral, lo que debe tenerse en cuenta a la vista de la naturaleza del delito cometido» –SSTS núm. 8780/2007, de 27 de diciembre

¹⁰ Véanse al respecto las consideraciones explicadas por ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, 2001, pp. 73 ss., con referencias bibliográficas.

¹¹ Véanse, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, 2001, pp. 73 ss., 105 ss.; 2011, pp. 123 y 124; GARCÍA PÉREZ, 1997, p. 193; ALASTUEY DOBÓN, 2000, p. 447; GARRO CARRERA, 2021, pp. 149 ss.; 2008, pp. 19 ss., resaltando también un componente subjetivo, 2008, pp. 56 ss.; CUENCA GARCÍA, *Estudios penales y criminológicos*, 2020, pp. 945 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, 2024, pp. 217 y 218.

¹² Véanse críticamente sobre esta concepción de la jurisprudencia, TAMARIT SUMALLA, 2012, pp. 69 y 70; CUENCA GARCÍA, *Estudios penales y criminológicos*, 2020, pp. 950 y 951; GARRO CARRERA, 2021, pp. 149 ss. Señala también la identificación de esta circunstancia atenuante como un instrumento para incentivar la satisfacción de los intereses de la víctima con un resarcimiento económico indemnizatorio, esto es, el pago de la responsabilidad civil TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, 2024, p. 217.

¹³ En esta sentencia se apunta que «[...] el recurrente no se limitó a reconocer ante las autoridades la infracción, lo que en definitiva realizó cuando ya había sido descubierto, y a proporcionar en su declaración datos sobre las personas que le habían implicado en la operación de introducción de la droga en España, sino que además colaboró en forma activa en la operación policial montada para la localización y detención de dichas personas. Como señala el Tribunal sentenciador prestó una “cooperación eficiente y eficaz” que debe hacerle merecedor de un “menor reproche penal” [...]».

¹⁴ En esta sentencia se fundamenta la aplicación de la circunstancia atenuante objeto de estudio en el siguiente argumento que subraya una voluntad de cooperación y, por tanto, de reparación: «En el hecho que ahora se analiza, la actuación de Fernando permitió la detención de los otros dos procesados y, seguramente, la desarticulación de una cierta organización dedicada a introducir cocaína en España, lo que supone efectivamente disminuir los efectos del delito».

(ECLI:ES:TS:2007:8780)¹⁵ y núm. 7297/2009, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7297)^{16/17}–, y cuya apreciación se encuentra estrechamente unida a una voluntad de reparación del daño¹⁸. Como se pone de relieve en la STS núm. 957/2010, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6546) «se trata de reconocer que cabe la reparación en delitos que no sean de resultado y, además con ello se amplía el concepto de reparación para superar su contenido exclusivamente pecuniario [...]– Incluso también cabe la reparación “cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma [...]”»¹⁹. En este *actus contrarius* subyace una voluntad de reparación del daño por parte del culpable, cuando reconoce

¹⁵ En esta sentencia se desestima la aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 21.5 del CP porque no concurría en el infractor una voluntad de reparación del daño causado, aunque se esgrimen otros argumentos: «en el caso de autos, el acusado consignó, antes de la celebración del juicio oral, la suma de 1.500 euros, con destino a la indemnización correspondiente a la víctima [...] [P]ero es que debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, [...] como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito [...]. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado».

¹⁶ En esta sentencia se indica que «entendemos que ese concepto de “*actus contrarius*” [...] ha de aplicarse a este caso, en el cual el condenado ha manifestado una voluntad de cooperar en el restablecimiento de la salud de su hijo con los medios que tiene a su alcance; [...] algo que, al llegar al conocimiento del hijo habría de proporcionar alguna satisfacción de orden moral, pese a no haber tenido consecuencia práctica de ningún género».

¹⁷ En la STS núm. 125/2018, de 15 marzo (ECLI:ES:TS:2018:896) se recuerda que «cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007 de 27 de diciembre». Sobre estos contornos profundizaremos más adelante.

¹⁸ ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, 2001, p. 116 concluye que «lo relevante no será la efectiva satisfacción material, la indemnización a la víctima, sino la *seriedad del esfuerzo realizado por el autor*, y el grado de ese esfuerzo no siempre vendrá determinado por pautas económicas» –cursiva en el original–. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *InDret*, 2024, p. 217, aunque no resalta de manera explícita el elemento de la voluntad reparadora en la circunstancia atenuante contemplada en el apartado 5.º del artículo 21 del CP reconoce que «otras interpretaciones –que buscan coherencia la atenuante con el sentido y los fines de la intervención penal– insisten en cambio en la necesidad de no hacerla pivotar sobre los intereses de la concreta víctima del delito; su fundamento radicaría así en una asunción de responsabilidad y reconocimiento de la vigencia de la norma, capaz de producir “un efecto de confianza social en el funcionamiento del sistema jurídico” –lo que desde un entendimiento de la pena en clave simbólico expresiva permitiría apreciar una equivalencia funcional (parcial) con aquella que disminuya su necesidad–, o susceptible de interpretarse como una “señal de rehabilitación” que –desde perspectivas preventivo-especiales– incida en el mismo sentido y justifique por tanto la disminución de la reacción punitiva más allá del premio a la aportación de utilidad para la víctima».

¹⁹ Véase también más recientemente la STS núm. 849/2023, de 20 de noviembre (2023ECLI:ES:TS:2023:5060).

explícitamente la infracción cometida que ha ocasionado un perjuicio en la víctima y la asunción de su responsabilidad, de modo que se reafirman los valores ético sociales de la norma. En cuanto al elemento cronológico que requiere esta circunstancia atenuante se pone de manifiesto en la STS núm. 125/2018, de 15 marzo (ECLI:ES:TS:2018:896) que «se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica».

En segundo lugar, en la aplicación de la circunstancia atenuante contemplada en el apartado 5.º del artículo 21 del CP se exige que el culpable haya contribuido de modo eficiente, relevante y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado a la víctima. En las SsTS núm. 125/2018, de 15 marzo (ECLI:ES:TS:2018:896) y núm. 693/2019, de 29 abril (ECLI:ES:TS:2020:813) se concluye que, para la estimación de esta circunstancia atenuante, «la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante (de modo, por ejemplo, que no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretenden buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado). La jurisprudencia de esta Sala reitera la exigencia, para la apreciación de esta circunstancia atenuante, que la reparación sea significativa y refleje una decidida voluntad de reponer la situación legal previa o de afrontar firmemente las consecuencias y perjuicios causados por su proceder ilegal». En la STS núm. 957/2010, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6546) se apunta que «b) En todo caso y en un análisis individualizado, la reparación para alcanzar los efectos de la atenuante debe ser significativa y relevante, por lo tanto, no ficticia –SSTS 1990/2001; 100/2000 y 1311/2000–. c) Dato a tener en cuenta para ver la relevancia y significación de la reparación, es verificar la capacidad y publicidad económica del condenado, y consiguientemente el esfuerzo efectuado por éste para eliminar o disminuir los efectos del delito –SSTS de 13 de mayo 2004 y 30 de junio 2003–. Precisamente por ello, esta Sala ha excluido la atenuante de reparación cuando esta es irrisoria en relación al daño producido y no se acredita ningún esfuerzo del autor por dar satisfacción a la víctima, sino solo una estratagema para beneficiarse de una atenuación

penal²⁰». Se puede afirmar, entonces, que el reconocimiento del esfuerzo reparador niega la aplicación automática de criterios cuantitativos y meramente objetivos a la hora de valorar la concurrencia de esta circunstancia atenuante²¹, debiendo realizarse un juicio individualizado en cada caso sobre las posibilidades que ha tenido el autor para llevar a cabo la reparación del daño ocasionado a la víctima, cómo ha sido tal esfuerzo y el daño realmente causado²². A ello, hay que agregar, de nuevo, que la apreciación del correspondiente esfuerzo reparador del infractor se encuentra estrechamente unido a una voluntad de reparación del daño.

En tercer lugar, para que la circunstancia atenuante de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima se aplique como muy cualificada, la STS núm. 693/2019, de 29 abril (ECLI:ES:TS:2020:813), exige que tenga «una superior intensidad comparada con la normal o no cualificada, teniendo a tal fin en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes o circunstancias del hecho y cuántos otros elementos puedan revelar especiales merecimientos en la conducta del inculpado»²³. También añade que «la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada», pues «aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente». Finalmente se subraya que «para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares

²⁰ Véanse las SSTs núm. 8241/2001, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:8241); núm. 6466/1999, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6466); núm. 100/2000, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2000:744) y núm. 1311/2000, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2000:6175).

²¹ Véase CUENCA GARCÍA, *Estudios penales y criminológicos*, 2020, p. 954.

²² Véanse VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2022, p. 89; POZUELO PÉREZ, 2025, núm. 4152. ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial*, 2001, p. 116 también habla de valorar la «seriedad del esfuerzo realizado por el autor» que no siempre vendrá determinado por pautas económicas. En el mismo sentido PÉREZ SANZBERRO, 1999, pp. 388-389.

²³ No obstante, RODRÍGUEZ ALONSO, 2023, p. 262 destaca que nuestra jurisprudencia aplica la circunstancia atenuante de reparación en su modalidad muy cualificada, pero no se especifican «los criterios para ello, más allá de indicar si se ha pagado o no la indemnización. En este sentido, el criterio no es tanto la cuantía indemnizatoria como la efectividad del pago: es decir, que éste se haya satisfecho (aunque sea parcialmente) o, al menos, que hubiera sido consignado en el juzgado», sin que se hayan registrado otras conductas de contenido reparador (RODRÍGUEZ ALONSO, 2023, p. 271). A su juicio, ello «no es acorde a una reiterada jurisprudencia que viene exigiendo una mayor justificación, especialmente a la hora de apreciar la mayor cualificación de la atenuante»; RODRÍGUEZ ALONSO, 2023, p. 266.

y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS núm. 868/2009, de 20 de julio). [...] Pero en todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSSTS núm. 50/2008, de 29 de enero; y núm. 868/2009, de 20 de julio)»²⁴. En suma, la valoración de la circunstancia atenuante de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima como muy cualificada, «corre paralela a la existencia de algún elemento objetivo o subjetivo que denote una mayor intensidad en el factor mitigador de la circunstancia»: STS núm. 693/2019, de 29 abril (ECLI:ES:TS:2020:813), ATS núm. 6413/2023, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:4029A) y STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 160/2020, de 17 septiembre (ECLI:ES:TSJCV:2020:9595)²⁵. Como recapitulación, la aplicación de esta circunstancia atenuante como muy cualificada requiere un acto personal del culpable con una voluntad reparadora manifiesta y con una intensidad modulable, lo que reduce el riesgo de su instrumentalización²⁶. Los efectos de una reparación eficiente, relevante y

²⁴ En las SSTS núm. 444/2019, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:2963); núm. 125/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:896) y núm. 1156/2010, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7703) se indica también que para apreciar la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada es preciso que «el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación –por ejemplo, su elevado importe–, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima».

²⁵ Un ejemplo que denota una mayor intensidad en la reparación del daño ocasionado a la víctima lo tenemos en la rapidez de la respuesta del culpable, como señala la STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 160/2020, de 17 septiembre (ECLI:ES:TSJCV:2020:9595), en un delito de prevaricación de funcionario público: «debe apreciarse la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada, dado que el culpable procedió “a reparar el daño ocasionado a la víctima con anterioridad a la celebración del juicio oral”, tal y como se establece en el artículo 21.5.ª del CP. Esa reparación se hizo con rapidez, ya que estando datado el decreto de cese al día 20 de abril de 2017, esta resolución fue revocada por otra posterior de 2 de mayo de 2017 (folio 111), cuya causa puede hallarse en la declaración institucional ya referenciada de 26 de abril de 2017 (folio 36), en la que se requirió al Sr. Alcalde para que revocase esa medida».

²⁶ La STS núm. 2106/2024, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2024:2106) indica que «nuestra jurisprudencia ha expresado que la reparación, aun siendo parcial, debe ser suficientemente significativa y relevante, pero que en todo caso debe ser realmente efectiva y proporcionada a la capacidad del sujeto activo del delito, esto es, adecuada a una absoluta disponibilidad o predisposición de la reparación. De no ser así, la previsión normativa habilitaría conductas espurias en las que sólo una actuación formal y fragmentaria permitiría la consecución de los beneficios atenuatorios (SSTS 415/2002, de 8 de marzo o 877/2004, de 12 de julio). Cuando no es completa la reparación de los perjuicios padecidos por la víctima, no basta con que el pago sea relevante y lo suficientemente significativo como para que pueda aportar una sustantiva compensación o retorno de los menoscabos sufridos por la víctima, sino que es necesario que conste o se perciba la imposibilidad del sujeto activo atenderlos en mayor proporción y de reequilibrar verdaderamente el padecimiento soportado por el perjudicado. Cualquier satisfacción parcial que elude una reparación completa a la víctima cuando resulta factible o que rehúsa abordar la compensación con mayor intensidad siendo razonablemente posible, supone subordinar la estimación de la atenuante al insignificante dato material de haberse efectuado un retorno económico lo suficientemente significativo, reflejando así una

significativa del daño ocasionado a la víctima no dependen de una cuantificación objetiva del correspondiente acto personal, sino más bien de una intención evidente de reparar el daño o disminuir sus efectos vinculada a un juicio individualizado sobre el esfuerzo reparador del infractor. En este sentido, en relación con la decisión de rebajar la pena en uno o dos grados, la STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 160/2020, de 17 septiembre (ECLI:ES:TSJCV:2020:9595), valora que «para poder rebajar la pena imputada en dos grados sería preciso que esa especial intensidad de la atenuación fuese aún más relevante, y se viese en la actitud y comportamiento del encausado un afán de reparación que se pudiese calificar como especialmente intenso, como podría haber sido la realización de algún acto de compensación material o económica a favor de la perjudicada con el cual tratase no sólo de restituir las cosas a su estado anterior sino además de compensar de una manera significativa el perjuicio moral ocasionado, lo que no ha ocurrido en el presente caso».

Por último, la apreciación de la circunstancia atenuante prevista en el apartado 5.º del artículo 21 de nuestro CP puede tener lugar en cualquier figura delictiva, puesto que en nuestro texto punitivo no existe ninguna limitación para aplicarla en cualquier delito de la Parte Especial. En efecto, no se establecen restricciones centradas en la presencia de una víctima concreta que padezca los daños causados por el hecho delictivo ni tampoco en atención al bien jurídico lesionado²⁷. Como se pone de relieve en la STS núm. 125/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:896) «[...] si en una interpretación estricta del precepto pareciera que la reparación del daño como atenuación sólo debería operar en general en los delitos en los que el bien jurídico protegido sufre un perjuicio indemnizable, por lo que su ámbito propio de aplicación serían los delitos patrimoniales [...] ningún condicionamiento se establece para aquellos casos en que siendo de naturaleza estrictamente personal, no patrimonial, el bien jurídico protegido por el delito, bien de forma directa o bien indirectamente, se señalan indemnizaciones por daños de carácter moral, no para reparar, sino para en alguna medida compensar el daño producido por la infracción criminal, aceptándose la ficción jurídica basada en razones de política criminal de incentivar la actuación post delictiva del acusado para compensar de algún modo a la vícti-

utilización espuria de la circunstancia atenuatoria, pues se alcanzaría la minoración de la pena sin concurrir el fundamento de su previsión, esto es, sin que el sujeto activo realmente admita la infracción cometida y muestre la regeneración de su conducta reponiendo, en la medida de lo posible, el orden jurídico y los derechos transgredidos de la víctima».

²⁷ Véase GARRO CARRERA, 2008, pp. 52 ss.

ma, aunque en muchas ocasiones el daño sea, en su globalidad, irreparable, atendiéndose para ello a las indemnizaciones dinerarias reclamadas o fijadas por el Juez o Tribunal sentenciador». Entonces, nuestra jurisprudencia admite la reparación del daño ocasionado a la víctima mediante el pago de una cuantía económica en un delito contra la libertad sexual, como se puede apreciar en la STS núm. 995/2022, de 22 diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4844). Pero no está de más subrayar que la reparación del daño ocasionado a la víctima consistente en el abono de una cuantía económica, va más allá de la satisfacción de la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio causado a través del hecho delictivo²⁸.

Desde un punto de vista dogmático no existe ninguna objeción para incorporar el daño causado al perjudicado en la medida de la gravedad de lo injusto típico y ello repercutirá, junto con el resto de los factores relevantes en la determinación de la medida de la responsabilidad penal y de la pena. En otros supuestos, el daño ocasionado a la víctima no se integra en la medida de la gravedad de lo injusto típico, sino que constituye el supuesto de hecho que fundamenta la apreciación de la responsabilidad civil²⁹. En lo que respecta a la circunstancia atenuante de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima supone una menor necesidad de pena desde el punto de vista de la reafirmación del ordenamiento jurídico, de la prevención general y de la prevención especial³⁰, cuando se constata un esfuerzo en función de las capacidades del sujeto activo en relación con el daño ocasionado a la víctima³¹, esfuerzo que debe vincularse con una voluntad de reparación y su contenido es más amplio que el simple abono de una cuantía económica, admitiéndose expresamente una reparación simbólica o una «reparación en clave moral», dependiendo de la naturaleza del delito cometido. Cabe afirmar que existe un indicio de la menor gravedad de la culpabilidad³².

Como conclusión final podemos estimar que la aplicación por parte de la jurisprudencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño revela una tensión entre su configuración objetiva y la necesidad de personalizar la valoración concreta del acto reparador, decantándose por una subjetivización en su apreciación.

²⁸ Véanse, entre otros, POZUELO PÉREZ, 2025, núm. 4150; FARALDO CABANA, 2023, pp. 295 y 296; GARRO CARRERA, 2008, pp. 48 ss.

²⁹ Véase GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 32 ss. Asimismo GARRO CARRERA, 2008, pp. 48 ss.

³⁰ Véase CEREZO MIR, 2001, pp. 155, 156 y 157.

³¹ Destacan el esfuerzo reparador del culpable, entre otros, GARRO CARRERA, 2008, pp. 64 ss.; CUENCA GARCÍA, *Estudios penales y criminológicos*, 2020, pp. 982 y 983.

³² Véase CEREZO MIR, 2001, p. 155.

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, 2000.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación*, en Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso, Madrid, 2011.
- *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 21.5.º CP*, Revista del Poder Judicial, núm. 63, 2001.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.º CP)*, Cuadernos de Política Criminal, 1997.
- ANTEQUERA JIMÉNEZ, Pedro Jesús: *La justicia restaurativa. Un derecho de las víctimas de violencia de género*, Madrid, 2022.
- ASUA BATARRITA, Adela: *Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena*, en Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria, Valencia, 2008.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general. III. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 2001.
- CUENCA GARCÍA, María José: *La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL, 2020.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Artículo 25.5*, en Comentarios al Código Penal, tomo I, Valencia, 2023.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La punibilidad en el Derecho penal*, Cizur Menor, 1997.
- GARRO CARRERA, Enara: *De lo que quieren las víctimas... y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después*, en El papel de la víctima en el Derecho penal, Madrid, 2021.
- *La atenuante de reparación del daño*, en Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria, Valencia, 2008.
- GIL GIL, Alicia: *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*, InDret, núm. 4, 2024.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona, 2006.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo y Castro Corredoira, María: *Eximentes y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, en Estudio empírico sobre la violencia de género, Valencia, 2018.
- MIR PUIG, Santiago y Gómez Martín, Víctor: *Artículo 21*, en Comentarios al Código Penal, Valencia, 2024.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2022.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe: *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999.
- POZUELO PÉREZ, Laura: *Memento práctico penal*, Madrid, 2025.
- RODRÍGUEZ ALONSO, Víctor: *Las sentencias de conformidad en los delitos sexuales: un estudio jurisprudencial exploratorio*, en *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica*, Valencia, 2023.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Circunstancias atenuantes y agravantes del delito*, en *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Granada, 2016.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria: *La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal*, en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, 2012.
- *La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española*, *Revista General de Derecho Penal*, 2009.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *Justicia negociada: ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad*, *InDret*, núm. 4, 2024.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: *La mediación-reparación en el Derecho penal de adultos*, Madrid, 2022.

20. ¿PRESCRIBE EL DECOMISO?¹

DRA. DULCE M. SANTANA VEGA
PTU-ACU Derecho penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

CRISTINA CAZORLA GONZÁLEZ
PIF-MICIU, FPU
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. INTRODUCCIÓN

Una de las reformas más significativas del Código Penal español (CP), en el ámbito de las consecuencias jurídicas, llevaba a cabo por la LO 1/2015, fue la ampliación del ámbito de actuación del ahora llamado decomiso. Con la citada reforma se perseguía la adecuación a la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, lo que supuso una la creación de nuevas modalidades de este. Sin embargo, la citada reforma dejó pendiente clarificar ciertos aspectos del régimen jurídico del decomiso, entre ellos, el que va a ser aquí abordado.

La reciente Directiva 2024/1260/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos, y su futura trasposición a nuestro ordenamiento jurídico ofrece una nueva oportuni-

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación Reconocido «Problemas Jurídicos Actuales» (Cód. 571) de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, así como en el marco de la RED2024-153998-E del MICIU: «Evaluación de la estrategia e instrumentos de prevención de la corrupción en Europa» del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

dad para analizar algunos de estos aspectos. Aun cuando el legislador español no haya presentado todavía el correspondiente proyecto de ley orgánica, en estas páginas se pretende abordar una cuestión que debería merecer su atención, como lo es la prescripción de la propia institución. En este ámbito habrá que diferenciar entre: la prescripción de la acción en el caso del decomiso sin condena, y la prescripción de la institución en fase ejecutiva, tras el dictado de la sentencia condenatoria o de la resolución de un procedimiento de decomiso autónomo conforme a su regulación vigente, así como las restricciones que pueden existir, o no, en lo concerniente a la limitación temporal de su ejecución.

II. ¿PRESCRIBE LA ACCIÓN PARA EXIGIR EL DECOMISO SIN CONDENA?

El vigente CP solo prevé la prescripción del delito (art. 131 CP), de la pena (art. 133 CP) y de las medidas de seguridad (art. 135 CP), e incluso fuera del CP se encuentra regulada la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil (arts. 1964, 1968 del Código Civil, si bien existen otras normas especiales y diversas precisiones jurisprudenciales). Pero, nada se dispone respecto al régimen jurídico y los plazos de prescripción aplicables a las consecuencias jurídicas accesorias².

Ante el silencio del CP sobre este extremo, la respuesta a la pregunta planteada acerca de si la acción para exigir el decomiso prescribe va a depender de la naturaleza que se le otorgue al decomiso, lo que ha sido muy controvertido en la doctrina³, y de la modalidad de este. La Jurisprudencia española venía entendiendo, hasta la reforma del CP llevada a cabo por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, que, bien se considerara el –por aquel entonces denominado– comiso como pena accesoria o bien como consecuencia accesoria, este exigía la previa imposición de una pena por un delito o falta dolosas. Pero, con posterioridad a la citada reforma, el apartado 3.º del artículo 127 CP, dispuso que: «El juez o tribunal podrá acordar el comiso... aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita».

Años más tarde, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se pronunció, curiosamente, sobre la naturaleza del decomiso, atribuyéndole naturaleza «eminentemente civil». Manifestación que hay que atribuirle a la intención del

² SANTANA VEGA, 2017, pp. 577 ss.

³ MOLINA FERNÁNDEZ, 2017, p. 711.

legislador de remarcar el cambio de rumbo y el redimensionamiento que con la citada Reforma de 2015 iba a experimentar el decomiso⁴, ya que esta rompía con la tradición de la mayoría de los Códigos Penales españoles anteriores que lo venían considerando como una pena accesoria, lo que, sin duda, parece haber seguido teniendo peso en la doctrina.

En efecto, un sector significativo de la doctrina penal española considera que el decomiso posee naturaleza penal, al ser impuesto por un órgano y en un procedimiento penales, en virtud de una ley penal –no ordinaria, sino orgánica–; lo decomisado tiene como destinatario al Estado⁵; se deriva de una infracción penal, y cumple una función preventiva general y especial, además de conllevar una restricción de derechos⁶. Si bien no faltan otros autores que diferencia entre su naturaleza confusa y su objetivo claramente penal⁷.

No faltan tampoco autores que estiman que no cabe aludir de manera global a la naturaleza del decomiso, sino que para abordar tal cuestión hay que distinguir dos clases de decomiso:

a) el tradicional decomiso de los efectos e instrumentos del delito que cumpliría una función preventiva especial, de neutralización de ciertos objetos peligrosos, el cual sería un decomiso de seguridad que tendría que respetar las garantías del *ius puniendi*, y que quedaría al margen del decomiso ampliado y del decomiso sin condena; y

b) el decomiso de las ganancias del delito que tiene como finalidad evitar el enriquecimiento ilícito derivado del delito, el cual tendría naturaleza civil⁸.

Sin embargo, esta teoría de la diferenciación olvida que el decomiso es una institución única⁹ como sucede con la propia responsabilidad civil *ex delicto*, aunque haya diferentes modalidades de esta (directa, subsidiaria, de restitución, de indemnización, sin condena penal...).

⁴ Críticamente con la nueva dirección, la STS núm. 1146/2006 de 22 noviembre (Roj: STS 7463/2006), F. J. Cuarto reflexionaba que: «...aun comprendiendo la ratio de la misma –de la Reforma de 2003– que apunta al complejo entramado con el que determinada delincuencia que determina la preservación de su patrimonio frente a sus condenables actos, cabe reflexionar desde el punto de vista exclusivamente técnico acerca de la finalística desnaturalización de la naturaleza del comiso, que extiende sus efectos sin la debida conexión típica con la responsabilidad penal, bien extinguida, bien declarada afecta de alguna exención, con lo que parece ampliarse la naturaleza represora del comiso, de clara raigambre procesal preventiva, con la de una afección cuasi indemnizatoria penal...».

⁵ En este sentido, AGUADO CORREA, 2000, p. 79.

⁶ Cfr., entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2017, p. 912; BLANCO CORDERO, 2012, p. 342; DÍAZ CABIALE, REPC, 2016, pp. 4, 67, 68. PLANCHADELL GARGALLO/ VIDALES RODRÍGUEZ, EPC, 2018, p. 48.

⁷ Así, DE LA MATA BARRANCO, 2017, pp. 939 ss.

⁸ Aluden a esta heterogeneidad, entre otros: FERNÁNDEZ PANTOJA, 2015, p. 271.

⁹ Así, RODRÍGUEZ GARCÍA, Rev. Int. Transp. e Integr. 2016, pp. 5 ss.

En cuanto a la naturaleza penal del decomiso, los posicionamientos doctrinales o jurisprudenciales que lo sostienen han de ser rebatidos. Por lo que se refiere al argumento que le otorga naturaleza penal por acordarse el decomiso en un procedimiento, por un órgano y jurisdicción penales, olvida que estas notas también concurren igualmente en la responsabilidad civil *ex delicto*, sin que por ello se afirme de esta tiene naturaleza penal¹⁰.

En cuanto a la afirmación que parte del rango de la norma que regula el decomiso, el cual se halla recogido en una ley orgánica y no ordinaria, habría que recordar que la Disposición Final Séptima de la LO 1/2015 atribuye expresamente el carácter de ley ordinaria a los artículos reguladores del decomiso. Pero, es que incluso si no existiera tal disposición final, tampoco esto constituiría *per se* un argumento para la atribución de naturaleza penal o sancionadora a una institución, sino que estaríamos ante un supuesto de congelación de rango¹¹.

Además, el decomiso, pese a regularse en el Libro Primero del CP, no figura ni siquiera en el catálogo de penas del artículo 33 CP, por lo que incluirlo sin más entre ellas constituiría una vulneración del principio de legalidad y un ejercicio de analogía *in malam partem* proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

El decomiso, a diferencia de las penas, no depende de la gravedad de la conducta, ni de la culpabilidad del autor. De hecho, el decomiso se puede acordar, aunque el sujeto carezca de culpabilidad o cuando su responsabilidad penal se haya extinguido (art. 127 *ter*). O, dicho con otras palabras: otro de los argumentos que abona la falta de carácter sancionador del decomiso, y que lo diferencia de las sanciones, es que no se rige por el principio de proporcionalidad, característico de las mismas¹².

En cuanto al argumento relativo a que el destino de los bienes decomisados será el de las arcas del Estado, no implica tampoco una atribución de naturaleza penal al decomiso, sino que lo que indica es que el decomiso no tiene, como la responsabilidad civil *ex delicto*, una naturaleza privada, sino pública¹³.

Otro de los criterios que se alegan para defender la naturaleza penal o sancionadora del decomiso es el que alude a que este ejerce una función preventiva, en cuanto que opera como instrumento disuasorio de la comisión de delitos que conllevan la obtención de ganancias ilícitas. Sin embargo, esta ale-

¹⁰ Sin perjuicio de que haya autores como HORTAL IBARRA, InDret, 2014, pp. 23 ss., que le atribuyan a la responsabilidad civil *ex delicto* una naturaleza público-privada.

¹¹ Por todos, LINDE PANIAGUA, Crón. Adm., 1981, pp. 340 ss.

¹² Solo se recoge en su regulación un criterio facultativo –no imperativo– de ponderación en el artículo 128 CP, el cual comprende únicamente a los efectos e instrumentos de la infracción criminal, sin mencionar las ganancias, ya que los beneficios ilícitos no podrían quedar abarcados por este criterio facultativo de ponderación.

¹³ En este sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, RP, 2007, pp. 169 ss.; GÓMEZ TOMILLO, RGDA, 2012, p. 9.

gación tampoco resulta determinante, pues olvida que el Derecho Penal no tiene el monopolio de la prevención, como así lo exige el principio de intervención mínima y sus dos subprincipios de fragmentariedad y *ultima ratio* ¹⁴.

Tampoco puede predicarse del decomiso que sea una medida de seguridad, ya que su imposición no responde a un pronóstico de peligrosidad futura del sujeto al que se le impone, aunque sí podría jugar funciones preventivas generales y especiales como las que cumple también la responsabilidad civil *ex delicto* ¹⁵.

Por último, el decomiso no restringe derechos. La persona que se enriquece mediante la comisión de delitos o utiliza bienes o instrumentos para cometerlos, especialmente en delitos de corrupción pública, no tiene un derecho legítimo a estos bienes, instrumentos o ganancias, y si los tenía, su uso ilegítimo por la comisión delictiva será objeto de inocularización patrimonial por el decomiso.

El derecho de propiedad sobre bienes y ganancias solo se restringiría si se accede o se hace uso de él de manera lícita, lo que no ocurre con el decomiso, el cual presupone la existencia de una actividad previa ilícita, por lo que tampoco por esta vía puede predicarse que tenga naturaleza sancionadora o restrictiva de derechos ¹⁶ y, menos aún, confiscatoria.

Esta afirmación también es sostenible en el decomiso por sustitución ¹⁷, ya que como, con toda razón se ha afirmado ¹⁸, esta clase de decomiso contrarresta el incremento patrimonial ilícito, pues el ámbito de actuación o referente en el decomiso no son los concretos bienes o ganancias, sino el patrimonio en su conjunto, más concretamente, el incremento ilícito de este, lo que se puede producir a través de diferentes operaciones de ingeniería financiera, las cuales pueden llegar a borrar «el rastro» de determinadas sumas de dinero o bienes, o la ocultación de los mismos en paraísos fiscales, produciéndose un enriquecimiento ilícito global de los sujetos ¹⁹.

¹⁴ CASTELLVÍ MONTSERRAT, 2017, p. 351, quien siguiendo a SALVADOR CORDECH/ CASTIÑEIRA PAULOU 1997, p. 9, recuerda sus palabras en el sentido de que castigar significa siempre prevenir, pero prevenir no es solo castigar.

¹⁵ CASTELLVÍ MONTSERRAT, 2017, p. 346, pone como ejemplo el caso del decomiso del dinero o bienes recibidos por un funcionario en un cohecho, el cual no tendría como finalidad la evitación de una peligrosidad futura del sujeto condenado por tal delito, lo que no se comparte.

¹⁶ En este sentido, CONTRERAS CEREZO, 2016, p. 8, llama la atención de que «... la adopción del decomiso, impuesta la pena, es ajena a principios y derechos propios del derecho penal y del procedimiento sancionador».

¹⁷ En contra, CORTÉS BECHIARELLI, RGD, 2007, p. 15, el cual otorga al decomiso naturaleza sancionadora, concluyendo que también en el decomiso por sustitución se podría llegar a afectar derechos legítimos.

¹⁸ CASTELLVÍ MONTSERRAT, 2017, p. 352, n. 50.

¹⁹ Con relación al decomiso sin sentencia, la STEDH de 26 febrero 2009 (TEDH 2009, 28), *Caso Grifhorst contra Francia*, consideró que el decomiso no era una sanción penal, sino que se asemejaba más

Tampoco constituye indicador alguno de la naturaleza penal del decomiso el que se condicione la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80.2.3.º CP), ya que esto sería tanto como afirmar que condicionar la suspensión de la pena a la satisfacción de la responsabilidad civil alteraría la naturaleza de esta, convirtiéndola en penal, lo que no se ha sostenido, ni sostiene por la doctrina o la jurisprudencia.

En definitiva, los partidarios de atribuir naturaleza penal o sancionadora al decomiso confunden actuación sancionadora con actuación restablecedora de una situación ilícita a lícita por parte de los poderes públicos. Piénsese en el siguiente ejemplo: si una persona estaciona su vehículo sobre una acera pública, obstruyendo el acceso al portal de un edificio de viviendas en donde habitan, entre otras personas, bebés y personas con movilidad reducida, cuando venga la grúa a retirar el vehículo para restablecer una situación de ilícita a lícita, para que los habitantes del inmueble puedan acceder a sus viviendas normalmente, la retirada del vehículo no es una actuación sancionadora o restrictiva de derechos. Lo que sí constituirá una sanción será la multa por el estacionamiento indebido, pero no la intervención de la grúa, ni los gastos que esta haya ocasionado con su intervención. Tal intervención restauradora no prescribiría, ya que esto supondría consolidar una situación ilícita que obligaría a los habitantes del inmueble a tener que abrir otra puerta o a instalar una pasarela elevada de acceso o un montacargas externo, etc. Precisamente, la intervención de la grúa que restablece una situación ilícita producto de la comisión de una infracción, a un estado de las cosas lícito, anterior a la comisión de la infracción, es el equivalente al decomiso en el ámbito de la comisión de delitos.

Tampoco puede predicarse del decomiso que sea una medida de seguridad porque su imposición no responde a un pronóstico de peligrosidad futura del sujeto al que se le impone, aunque sí podría jugar funciones preventivas generales y especiales como las que cumple también la responsabilidad civil *ex delicto*²⁰.

Pero, tampoco parece que el decomiso, como afirmara la citada la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, tenga naturaleza civil. En primer lugar, porque las exposiciones de motivos o preámbulos de las normas carecen de fuerza normativa, de tal manera que la naturaleza de las instituciones la determina su regulación y no aquellas. En segundo lugar, la finalidad y el destino de los bienes en el decomiso es diferente a los de la responsabilidad civil. La fi-

a una restitución por un enriquecimiento injusto.

²⁰ CASTELLVÍ MONTSERRAT, 2017, p. 346, pone como ejemplo el caso del decomiso del dinero o bienes recibidos por un funcionario en un cohecho, el cual no tendría como finalidad la evitación de una peligrosidad futura del sujeto condenado por tal delito.

nalidad de la responsabilidad civil es la reparación de los perjudicados por los delitos, y el destino de la reparación acordada será el patrimonio de estos. Por el contrario, en el decomiso el fin perseguido, en sus diferentes modalidades, es evitar el enriquecimiento patrimonial injusto y el restablecimiento de la situación previa a la comisión del delito (por ejemplo, la recuperación del dinero que es objeto de un peculado o malversación y que tenía que haber ido a la construcción de un hospital o una escuela). Además, el destino de las ganancias, instrumentos y bienes será, en todo caso, público, creándose a tal efecto una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), es decir, lo que se pretende al decomisar los bienes, efectos, instrumentos o ganancias es únicamente satisfacer intereses generales²¹.

En suma, al no constituir el decomiso una pena, una medida de seguridad, o una suerte de responsabilidad civil no le serían de aplicación sus respectivos plazos de prescripción para interponer la acción del decomiso sin condena²².

III. LA PRESCRIPCIÓN DEL DECOMISO EN FASE EJECUTIVA

Otra de las cuestiones que suscita la extensión temporal del decomiso se proyecta hacia la fase ejecutiva del procedimiento penal pues, una vez dictada una sentencia penal condenatoria o la resultante de un procedimiento de decomiso autónomo, se plantearía cuál sería el margen temporal del que dispone el tribunal para ejecutar materialmente el respectivo decomiso, y si existe un límite a partir del cual este podría considerarse prescrito. Al no ser el decomiso una pena, ni una medida de seguridad, ni una modalidad de la responsabilidad civil *ex delicto* y estar solo previstos los plazos de prescripción de tales instituciones, pero no las del decomiso, no podría establecerse un régimen similar a los diversos plazos de prescripción señalados, en tanto en cuanto estos se configuran conforme a sus respectiva regulación y naturaleza. Así, por ejemplo, en cuanto a las penas, estas prescriben en atención a la extensión temporal

²¹ Cfr. artículo 16 (Beneficiarios) del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. De igual modo, y aunque no se refiera a la ORGA, *cfr.* el artículo 3 (Destinatarios y beneficiarios) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

²² Es esta la línea política criminal en la que habría que profundizar para dotar de una mayor eficacia a la lucha contra delincuencia más grave en la recuperación de activos, singularmente, en materia de corrupción pública, suprimiendo limitaciones tales como las que se encuentran en el artículo 127 bis 5, relativa a la prescripción del delito. Cfr. también artículo 954.1 a) de la LECrim, y, por remisión, el artículo 127 *quate*. Por su parte, ROIG TORRES, EPCr, 2016, p. 261, llama la atención, en el decomiso sin condena, que «el límite relativo a la prescripción del hecho carece de sentido en el caso de muerte del acusado o imputado».

con las que hayan sido impuesta (art. 133 CP). Por lo tanto, siendo la duración un criterio de modulación no aplicable a la institución del decomiso, puesto que se decomisan los efectos provenientes del delito, los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del mismo, el recorrido argumental de esta idea tampoco permitiría resolver el problema apuntado.

Acudiendo a otros textos normativos en busca de claridad, resulta igualmente oportuno traer a colación el RD 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, siendo este objeto de reforma, posteriormente, por el RD 93/2018, de 2 de marzo. Con carácter previo a la reforma, las únicas previsiones temporales a su régimen de actuación se establecieron en relación con su puesta en funcionamiento, contenidas en el artículo 3 de la Orden JUS/188/2016, de 18 de febrero²³ tal y como había expuesto la Disposición Transitoria Primera. En consecuencia, la doctrina solamente se había pronunciado sobre este extremo²⁴, pero no sobre si existía algún límite temporal máximo que concretase el cese de la actuación de la ORGA una vez iniciado un procedimiento en los términos de los artículos 9 a 12 del RD 948/2015. Tras el RD 93/2018, de 2 de marzo, y en lo que respecta a la gestión de activos por parte de la Oficina, el artículo 20.2-II del RD 948/2015 –relativo a la apertura del expediente– sí prevé un plazo de seis meses para el archivo, que no caducidad, del procedimiento²⁵.

De otra parte, la LECrim tampoco despeja de manera expresa la incógnita. Así, debe estarse a lo prevenido en su artículo 794, que determina la ejecución de oficio de la sentencia penal por parte del Juez o la Audiencia. Profundizando en la legislación procesal y con carácter previo a la reforma operada con ocasión de la entrada en vigor de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, no había ninguna referencia explícita a la ejecución del decomiso en el Libro VII rubricado «De la ejecución de las sentencias» (arts. 983-998 LECrim)²⁶; tan solo referencias a

²³ Cfr. Orden JUS/188/2016, de 18 de febrero, por la que se determina el ámbito de actuación y la entrada en funcionamiento operativo de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y la apertura de su cuenta de depósitos y consignaciones publicada en el *BOE* núm. 44, de 20 de febrero de 2016, pp. 13131 a 13132.

²⁴ Cfr. ACÓN ORTEGO, 2016, pp. 9 ss.; TAZARONA LAFARGA, 2016, pp. 9 ss.

²⁵ Así, *vid.* el artículo 20. 2-II y III del citado RD: «Asimismo procederá el archivo del procedimiento si transcurridos seis meses desde la solicitud no se recibe respuesta por parte del órgano judicial, de lo que se dará traslado al órgano judicial y al Ministerio Fiscal. Procederá la reapertura del expediente archivado en caso de que el órgano judicial estime la solicitud efectuada por la Oficina, una vez transcurrido el plazo de seis meses».

²⁶ No obstante, es posible encontrar referencias a esta materia en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. En concreto, su artículo 5 establece cómo proceder una vez declarada la firmeza de la resolución judicial en la que se haya acordado el decomiso y la adjudicación definitiva al Estado de los bienes, efectos, ins-

la ejecución provisional sobre los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil y la obligación de ejecutar las penas en la forma y tiempo prescritas en el CP y los reglamentos²⁷. De ahí la necesidad de que la legislación procesal regulase un procedimiento específico en relación con la tramitación de la propia pieza ejecutoria²⁸, incluyendo al decomiso. Resultaba contrario al principio de economía procesal el fraccionamiento y dispersión de los requerimientos al condenado en diversos actos espaciados a lo largo del tiempo²⁹. Cuestión distinta es que la ejecución efectiva de lo acordado en la sentencia obedezca a la concurrencia de factores extralegales o normativos diversos y que, por tanto, no pueda garantizarse una ejecución inmediata de su contenido.

La LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, añade³⁰ un nuevo artículo, el artículo 988 *bis* de la LECrim³¹, que, por fin, establece unos plazos que deben observar todas las partes para el desarrollo y tramitación de esta etapa ejecutoria del procedimiento penal. A tenor del citado precepto, el juez o tribunal dará traslado del auto de incoación a la representación de cada uno de los condenados para que, en el plazo de diez días³² se pronuncien en un escrito, entre otras cuestiones, sobre «cualquier otra solicitud relativa a la ejecución de los pronunciamientos de la sentencia, incluida la sustitución de la pena en los casos que proceda» de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 988 *bis*, apartado 1, letra c). En tal sentido, todas aquellas cuestiones relativas al decomiso que desee plantear el condenado encuentran perfecto acomodo en la posibilidad de presentar: «*cualquier otra solicitud relativa a la ejecución de los pronunciamientos de la sentencia*».

trumentos y ganancias, ya sea en aplicación del artículo 374 CP y del artículo 301.1-II, del mismo texto legal, o bien del artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

²⁷ Esta última obligación se reproduce igualmente en el artículo 3.2 CP.

²⁸ Hasta ese momento, la única referencia a la prontitud y celeridad en la ejecución que podía extraerse de la pieza ejecutoria se circunscribía al ingreso del condenado en el establecimiento penitenciario, imponiéndosele al tribunal el deber de adoptar sin dilación las medidas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 990 LECrim.

²⁹ Esta ha sido precisamente la fundamentación esgrimida por el legislador en la exposición de motivos de la norma: «Se introduce un artículo 988 *bis* con la finalidad de ordenar la fase de ejecución penal. Una de las principales dificultades de esta fase procesal radica en la ausencia casi total de previsión legal al respecto. Con este precepto no se pretende una regulación completa de la ejecución penal, pero sí evitar la dispersión de trámites y resoluciones, centrándolos en un solo momento inicial, de tal forma que, desde ese primer momento, la ejecución quede encauzada a la espera del cumplimiento de las penas y demás pronunciamientos de la sentencia».

³⁰ Así, *vid.* el artículo 20 rubricado: «Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada mediante el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882», numeral Diecisiete del Capítulo II: «Modificación de leyes procesales».

³¹ Analiza este nuevo precepto MUÑOZ CUESTA, RD vLex, 2025, *passim*.

³² En este sentido, aunque el legislador no lo haya precisado, los días se entienden hábiles en los términos de los artículos 182 a 185 de la LOPJ.

Sin embargo, es en el apartado cuarto del artículo 988 *bis* de la LECrim cuando se produce la primera y única mención al decomiso, dado que el Letrado de la Administración de Justicia citará al condenado a una comparecencia en la que se le requerirá el cumplimiento de las penas, el decomiso y las responsabilidades civiles, informándole de las consecuencias que conllevarían en caso de incumplimiento. La referencia explícita al decomiso es muy significativa por cuanto el legislador no solo reafirma la singular naturaleza de esta medida, diferenciándola de las penas y las responsabilidades civiles, sino que constituye un recordatorio muy necesario para que las partes y el tribunal no se olviden de la existencia de esta consecuencia accesorio³³.

Siendo este todo el marco jurídico previsto, indirectamente, no puede extraerse ninguna conclusión, desde la óptica procesal, que permita inferir la existencia de un límite temporal general a la ejecución del decomiso, cualquiera que sea la modalidad de este que haya sido impuesta. Por ello, a la luz de lo expuesto, seguiría en pie la cuestión de si podría prescribir en nuestro ordenamiento jurídico penal el decomiso. Y, si así fuere ¿a partir de qué momento podría considerarse prescrito dicho decomiso?

Desde un punto de vista teórico y en una primera aproximación, los argumentos que pueden esgrimirse a favor de una imprescriptibilidad ejecutiva del decomiso son persuasivos, especialmente en lo atinente a la recuperación de las ganancias no depreciables y de un significativo montante derivadas del delito (dinero, acciones, obras de arte, lingotes de oro, piedras preciosas, joyas, etc.). En este sentido, en tanto en cuanto el delito no constituye una fuente legítima para adquirir la propiedad de ningún bien o derecho pudiera pensarse que, efectivamente, no debiera existir ninguna limitación temporal a la acción ejecutiva del decomiso acordado en sentencia. Así entendidas las cosas, el mero transcurso del tiempo no debiera constituir fuente de legitimación alguna sobre los bienes obtenidos con la comisión del delito³⁴. Como señala la doctrina, el transcurso del tiempo no destierra el origen ilícito de los bienes y

³³ En tal, sentido, en buena técnica legislativa hubiera sido deseable que el articulado se hubiera expresado en otros términos, haciendo una referencia genérica a las consecuencias accesorias del delito y no solo al decomiso. También es trascendental, en los casos que proceda, que la comparecencia del condenado aluda al cumplimiento de la toma de muestras biológicas que establece el artículo 129 *bis* CP.

³⁴ No obstante, la legislación civil vigente contempla una excepción por cuanto concede una prescripción adquisitiva extraordinaria respecto de los bienes muebles objeto de robo y hurto contemplada en el artículo 1956 CC. MIGUEL GONZÁLEZ, 2005, RJUAM, p. 147, califica la norma de «extraordinariamente benigna» con los delincuentes al aceptar que puedan adquirir por prescripción. Esto supone un cambio radical respecto del régimen anterior de tal punto que los cosas hurtadas o robadas no podía ser susceptibles de usucapión ni siquiera por un tercero de buena fe y excluía a los infractores cualquier posibilidad de poder adquirir los bienes por prescripción. Igualmente, crítico con la pervivencia de dicho precepto en la legislación civil, BLANCO CORDERO, REPCP, 2024, p. 31. Es por ello, por lo que tal precepto debería ser derogado al carecer de todo sentido los términos en los que ha sido formulado.

ganancias, de tal punto que los infractores no pueden alegar un derecho adquirido sobre ellos³⁵. A mayor abundamiento, los efectos del delito –especialmente aquellos de naturaleza ilícita y los considerados de género prohibido³⁶– nunca podrían originar un derecho de propiedad legítimo para su tenedor por lo absurdo que supondría la defensa de un planteamiento semejante. Sin embargo, podrían invocarse argumentos sólidos que al menos, cuestionarían la imprescriptibilidad de la ejecución del decomiso.

En primer lugar, la orfandad legislativa imperante en el CP español no puede servir como pretexto para amparar que la ejecución material del decomiso ignore principios básicos como el principio de seguridad jurídica, por mucho que la naturaleza de la institución siga siendo objeto de controversia, aunque cada vez esta se decante más hacia excluir su naturaleza sancionadora, sobre todo, tras la nueva Directiva de 2024. Corolario de lo anterior, la imprescriptibilidad de la ejecución del decomiso (especialmente en lo atiniente al decomiso de ganancias), debe ser objeto de reflexión a la hora de definir sus límites, los cuales, deben tasarse y regularse. Y es que, tan ilógico resulta que un delincuente pretenda consolidar un derecho patrimonial sobre un bien proveniente de un delito, como que el Estado dilate indefinidamente su responsabilidad de reparar y prevenir la comisión de futuros delitos cuando la ejecución del decomiso puede llevarse a cabo en cualquier momento desde el dictado de la sentencia condenatoria o resolución del procedimiento de decomiso autónomo.

De este modo, se defiende con carácter general que la ejecución material del decomiso acordado en sentencia condenatoria o incluso en un procedimiento de decomiso autónomo ha de ser debidamente encauzada conforme a unos marcos temporales concretos, que no deberían prolongarse más allá de la duración de la pena más grave impuesta, tratándose del primer supuesto y de una duración concreta en el segundo. No obstante, no es irrazonable extender estos marcos temporales más allá de dichos plazos, pero siempre sobre la base de una serie de delitos tasados, dependiendo de su gravedad o su capacidad para generar ganancias (pudiendo establecerse una determinada cuantía, en aras de no crear un concepto jurídico indeterminado), amparándose en todo caso en horizontes temporales ciertos y determinados, y salvo que se trataran de delitos imprescriptibles. Es lógico que si el condenado ejecuta con éxito una batería de maniobras elusivas con el fin de poder disfrutar de los

³⁵ Este argumento es igualmente planteado por BLANCO CORDERO, *ibidem*, pp. 30 ss. para justificar el decomiso de las ganancias de los delitos prescritos a través del decomiso autónomo o sin condena.

³⁶ En los términos de lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 1 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

beneficios del delito una vez cumplida la pena³⁷, el Estado deba articular herramientas para responder a tales desafíos y ejecutar los decomisos acordados y no efectivamente realizados³⁸. Pero también es cierto que, cuanto mayor sea el tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia, mayores serán las dificultades ejecutorias. La imprescriptibilidad en la práctica se reputaría una alternativa desproporcionada, pero en caso de defenderse, debiera preverse expresamente³⁹.

De otro lado, tratándose de los efectos del delito de naturaleza ilícita y bienes considerados de género prohibido, el Estado puede proceder a su aprehensión con base a otros preceptos, tal y como sostiene la doctrina en cuanto a la necesaria reconfiguración del objeto de decomiso⁴⁰.

En segundo lugar, que la ejecución de la sentencia penal sea de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 794 de la LECrim, no debe interpretarse como una prerrogativa con vigencia *ad infinitum* para que la Administración de Justicia adopte dichas decisiones cuando mejor lo considere, sin ningún tipo de limitación temporal en lo que a las consecuencias accesorias del delito se refiere. Máxime si se tiene en cuenta que el nuevo artículo 988 *bis* obliga a las partes a pronunciarse sobre los diversos extremos contenidos en la resolución en unos plazos concretos. Es, por tanto, imprescindible que el mencionado auto de incoación aluda expresamente a la ejecución del decomiso en este nuevo proceso que ordena la pieza ejecutoria. Si se omitiese tal pronunciamiento este devendría inejecutable y, por lo tanto, no cabría alegar siquiera la prescripción de la ejecución respecto de los decomisos impuestos en sentencia. En este punto, debe reivindicarse la adecuada técnica jurídica que debe mostrar el tribunal sentenciador a la hora de desglosar la relación de bienes decomisados en la resolución judicial, obligación que se hace igualmente extensiva al

³⁷ En muchos delitos contra el crimen organizado y la corrupción el infractor ya asume la pena privativa de libertad como el peaje necesario para poder enriquecerse, por lo que las ganancias localizadas por las autoridades se convierten en el verdadero *thema decidendi* que da verdadero sentido a la causa criminal. Cfr. CORRAL ESCARIZ, 2023, p. 55.

³⁸ Al margen de poder invocar el decomiso de sustitución en fase de ejecución de la sentencia previsto en el artículo 127 *septies* CP –y que igualmente carece de marcos temporales que definan los límites de su aplicación máxima–. Para mayor detalle sobre dicho precepto, *vid.* por todos, URIARTE VALIENTE, 2019, pp. 17 ss.; CORRAL ESCARIZ, 2023, pp. 131 ss.

³⁹ Existen en el ordenamiento jurídico penal ejemplos de imprescriptibilidad, pero estos están tasados expresamente por el legislador. Así sucede con los delitos y las penas impuestas por delitos de lesa humanidad y de genocidio, los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, a excepción de los castigados en el artículo 614 así como los delitos de terrorismo en los que se hubiere causado la muerte de una persona (arts. 131.3 y 133.2 CP).

⁴⁰ Por todos, *cfr.* DÍAZ CABIALE, REPC, 2016, pp. 13 ss., señalando, entre otros preceptos, los artículos 104.1 y 149.1.29.^a CE como expresión de la obligación constitucional de incautar dichos objetos, en tanto en cuanto es una de las finalidades específicas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado velar por la seguridad ciudadana.

Ministerio Fiscal ⁴¹, por cuanto facilitará mucho esta labor. Así las cosas, y aun cuando el fundamento de este argumento pudiera reducirse a una cuestión estrictamente procesal, la imprescriptibilidad teórica del decomiso de la ejecución del decomiso acordada en una resolución judicial –derivada de la ausencia de un límite temporal legalmente establecido– no ampararía que el tribunal dictase resoluciones posteriores al auto de incoación de la ejecución en las que, por primera vez, se instara al cumplimiento de dicha consecuencia accesoria ⁴². Por lo tanto, en caso de que el tribunal no resolviera sobre la ejecución del decomiso –esto es, cómo debe llevarse a cabo–, o si procede adoptar el decomiso de sustitución *ex art. 127 septies* CP, puede defenderse desde este instante una renuncia tácita por parte de la Administración de Justicia a la ejecución del decomiso en sí. Y ello porque ya habría concluido el momento procesal oportuno en el que deberían haberse concretado todos estos aspectos *ex artículo 988 bis* de la LECrim. De otro modo, generaría indefensión en el condenado el futuro dictado de resoluciones que acuerden por vez primera aspectos de la ejecutoria no debatidos anteriormente ⁴³.

En tercer lugar, la imprescriptibilidad teórica de la ejecución del decomiso no debe ignorar los argumentos político-criminales asociados sobre la realidad de los bienes y los fines perseguidos por aquel, esto es, paliar los efectos negativos que la infracción criminal ha ocasionado, mediante la satisfacción de un interés general colectivo y la reparación de las víctimas a través de su destino a fines sociales. Pero, también es fácil numerar el amplio catálogo de bienes que, por sus peculiaridades y características se deprecian por el uso, una mala conservación o, incluso el mero transcurso del tiempo. El ejemplo paradigmático de esta clase activos lo constituyen vehículos y embarcaciones. De ahí, que sea siempre pertinente señalar un límite temporal para ejecutar el decomiso de los bienes y ganancias derivadas de la infracción criminal. En este punto, los resultados de una tardía ejecución podrían comportar consecuencias irreparables e irreversibles que reducirían el decomiso a una medida puramen-

⁴¹ Cfr. URIARTE VALIENTE, 2021, pp. 11 ss. Así las cosas, sigue siendo frecuente localizar resoluciones en las que el decomiso se acuerda empleando fórmulas vagas o remisiones imprecisas que obligan a los operadores jurídicos a localizar entre los tomos de las causas cuáles han sido los concretos bienes intervenidos para su posterior decomiso. Ejemplo de ello son las SAP Cádiz núm. 206/2025 de 22 de julio [Roj: SAP CA 1846/2025] o la SAP Navarra núm. 250/2025 de 3 de octubre [Roj: SAP NA 1728/2025]. Si no se solicitara aclaratoria alguna *ex artículo 214* de la Ley de Enjuiciamiento Civil el nuevo artículo 988 *bis* LECrim debe servir para reclamar un pronunciamiento claro y detallado de los bienes decomisados precisamente al amparo del apartado 1, letra c).

⁴² En consonancia con lo expuesto, la comparecencia que establece el apartado cuarto del artículo 998 *bis* no debe incorporar ningún extremo adicional más allá de lo resuelto por el tribunal, por mucho que este precepto sea el único que aluda expresamente al decomiso.

⁴³ En tal sentido, adviértase lo absurdo que resultaría que el Estado se interesase por vez primera sobre la ejecución del decomiso incluso con posterioridad a la cancelación de los antecedentes penales.

te simbólica, al haber despojado el trascurso del tiempo cualquier valor económico o provecho real que pudieran haberse obtenido de dichos bienes si se hubieran realizado más tempranamente.

Por último, debe traerse a colación el Considerando 36 de la Directiva 2024/1260/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, el cual, aunque sin fuerza normativa, dispone: «el seguimiento e identificación de los bienes que deben embargarse y decomisarse debe ser posible incluso después de una sentencia condenatoria firme por una infracción penal o tras un proceso que implique un decomiso no basado en una sentencia condenatoria. Por lo tanto, los Estados Miembros podrían establecer plazos razonables después de la sentencia condenatoria firme o la resolución definitiva en procesos que impliquen un decomiso no basado en una sentencia condenatoria tras cuya expiración ya no será posible el seguimiento e identificación»⁴⁴. Por tanto, la propia Unión Europea aun a pesar de la concepción reparadora que mantiene sobre el decomiso, tal como se desprende de su regulación recogida en la citada Directiva, es igualmente consciente de la necesidad de que los Estados establezcan plazos que pongan fin a los procesos de recuperación y decomiso de los activos del delito.

IV. CONCLUSIONES

La naturaleza del decomiso no es sancionadora, ni civil, sino que es un *tertius genus*⁴⁵. Esta institución persigue neutralizar creaciones o incrementos patrimoniales ilícitos en el ámbito de un proceso penal, lo que no conlleva restringir derechos, sino eliminar una situación patrimonial ilícita, por lo que no se ve motivo para que prescriba la acción para su exigencia.

Por el contrario, la imprescriptibilidad en la ejecución del decomiso ya acordado (especialmente en lo atinente a las ganancias) es una idea persuasiva. Aunque se constate la ausencia de un marco regulador que aborde la pres-

⁴⁴ En este sentido, *vid.* igualmente el artículo 17.1 de la mentada Directiva, relativo a la ejecución efectiva del decomiso, el cual exhorta a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que pueda procederse al seguimiento e identificación de los bienes que deban ser objeto de embargo y decomiso. Dicha labor puede realizarse incluso con posterioridad al dictado de una sentencia condenatoria firme por una infracción penal o a resultas de un procedimiento de decomiso impuesto en virtud de los artículos 15 y 16 (relativos al decomiso no basado en sentencia condenatoria y decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos, respectivamente). En este sentido, aunque dicho artículo establezca un mandato finalista, este debe interpretarse de manera conjunta con el Considerando 36, pudiendo el transcurso del tiempo, operar como una circunstancia que condicione su consecución. En tal sentido, sobre la interpretación de dicho considerando *vid.* MAUGERI, SP, 2024, pp. 81 ss.

⁴⁵ Como ya afirmara en su momento MIR PUIG, REDPC, 2004, pp. 3 ss.

cripción de las consecuencias accesorias, ello no excluye el deber de los Tribunales de impulsar su ejecución tan pronto como sea posible, sobre todo, cuando lo decomisible sean bienes depreciables. La trasposición de la Directiva 2024/1260/UE debe ser vista como una nueva oportunidad para que el legislador español aborde la cuestión de los marcos temporales precisos en los que proceda ejecutar el decomiso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACÓN ORTEGO, Ignacio: *La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Aspectos procesales*, Centro de Estudios Jurídicos, 2016, pp. 1-38.
- AGUADO CORREA, Teresa: *El Comiso*, Madrid, 2000.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Garantizar que el delito no resulte provechoso»: *el decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción* en Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, Madrid, 2017, pp. 903-914.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción del dominio)*, en *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, 2012, pp. 337-371.
- *La aplicación retroactiva del decomiso directo de ganancias*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2024, pp. 1-38.
- CASTELLVÍ MONTSERRAT, Carlos: *El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías*, en *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, 2017, pp. 341-356.
- CONTRERAS CEREZO, Pablo Vicente: *Las garantías constitucionales en la nueva regulación del decomiso*, 2016. Disponible en: www.fiscal.es
- CORRAL ESCARIZ, Vicente: *La localización de bienes en la UE y su aplicación en España. Fase clave de la recuperación de activos procedentes del delito*, Valencia, 2023.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: *Valoración crítica de la reforma del comiso: LO 15/2003, de 25 de noviembre*, Revista General del Derecho, 2007, núm. 8.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto: *El fundamento del decomiso como «consecuencia» del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo*, en Estudios de derecho penal: homenaje al Prof. S. Mir Puig, Buenos Aires, Madrid, 2017, pp. 939-948.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio: *El decomiso tras la reforma del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016, núm. 18, pp. 1-70.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar: *Las consecuencias jurídicas del delito*, en Estudios sobre el Código penal reformado, Madrid, 2015, pp. 269-307.

- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Comiso del beneficio ilícito y sanción en el Derecho administrativo*, Revista General del Derecho Administrativo, 2012, núm. 31.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos: *La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto o cómo «resolver» la cuadratura del círculo*, InDret, 2014, núm. 4, pp. 1-30.
- LINDE PANIAGUA, Enrique: *Las leyes orgánicas parciales en la doctrina del Tribunal Constitucional (un ejemplo práctico en el anteproyecto de ley de contrabando)*, Crónica Administrativa, 1981, núm. 94.
- MAUGERI, Anna Maria: *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, Sistema Penale, 2024, pp. 1-109.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Robo y hurto en el Código Civil: especialmente en los artículos 1956 y 1962* Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2005, núm. 12, pp. 143-173.
- MIR PUIG, Santiago: *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, núm. 6.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Capítulo 25. Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos. Sección primera: causas que extinguen la responsabilidad penal*, en Memento práctico Penal Francis Lefebvre, Madrid, 2017, pp. 711-736.
- MUÑOZ CUESTA, Javier: *Particularidades en la ejecución de sentencias penales introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero*, Revista de Derecho vLex, 2025, núm. 249, pp. 1-6.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea/ Vidales Rodríguez, Caty: *Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional*, Estudios Penales y Criminológicos, 2018, v. XXXVIII, pp. 37-92.
- ROIG TORRES, Margarita: *La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española*, Estudios Penales y Criminológicos, 2016, núm. XXXVI, pp. 199-279.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *En la búsqueda de un sistema penal más eficaz en el combate a la corrupción: expectativas depositadas en el decomiso*, Revista Internacional. Transparencia e Integridad, 2016, núm. 1.
- SALVADOR CORDECH, Pablo/ Castiñeira Palou, M.^a Teresa: *Prevenir y castigar*, Madrid, 1997.
- SANTANA VEGA, Dulce M. *Lucha contra la corrupción y transcurso del tiempo*, en Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza, Pamplona, 2018, pp. 571-599.
- TARAZONA LAFARGA, Isabel. *La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Aspectos organizativos*, Centro de Estudios Jurídicos, 2016, pp. 1-20.
- URIARTE VALIENTE, Luis María: *21 cuestiones sobre el decomiso: disposiciones generales, decomiso directo y de sustitución*. Centro de estudios Jurídicos, 20 y 21 de junio de 2019, pp.1-23. Disponible en red: <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/12796>

- *El decomiso en los delitos de tráfico de drogas. Intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento*, en Curso de formación de fiscales. El tráfico de drogas: problemas sustantivos y procesales, 4 a 18 de octubre de 2021, pp. 1-20. Disponible en red: <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13547>
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstas*, Revista Penal, 2007, núm. 19, pp. 162-178.

21. EL DERECHO PENAL COMO SISTEMA INMUNOLÓGICO

CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho penal

I

Lo que esboza el presente y breve trabajo, en homenaje al Prof. Enrique Peñaranda, es que el subsistema funcional del Derecho penal constituye el último eslabón de un «*sistema inmunológico normativo, complejo y adaptativo (o inducido)*» cuya legitimidad se justifica por su asunción, aceptación y observancia. En este contexto, la pena es la *herramienta* de la que se vale el subsistema para cumplir su *función*. Y por *función* se entiende «toda prestación que sirve para sostener un sistema». La pena, aunque determinada por unos fines, ni justifica ni legitima al (sub) sistema. Opera tan solo como instrumento –al igual que el bisturí en el ámbito quirúrgico–. No se puede pretender justificar un sistema a partir del uso de la herramienta con la que opera, como posteriormente se señalará.

Aunque en el presente texto sólo se lleva a cabo una muy sucinta presentación de lo enunciado, que obliga a un ulterior desarrollo, ello impone la necesidad de clarificar las premisas que sustentan dicho enunciado, pues si bien constituye un evidencia indiscutible que el debate sobre la función y la legitimación del Derecho penal ha sido una constante histórica, dicho debate ha adquirido en los últimos tiempos mayor intensidad, fruto, a nuestro parecer, de distintos factores que pueden agruparse en dos: el cambio que ha experimentado el Derecho penal al transitar de lo que denominamos «*moderno Derecho*

penal» a lo que rubricamos como «*Derecho penal moderno*», y la imbricación cada día más intensa de las ciencias sociales con la materia criminal. Ambas cuestiones ameritan las consideraciones que siguen.

II

Lo que denominamos «*moderno Derecho penal*» es el Derecho penal fruto de la filosofía ilustrada, que se ha venido identificando, tradicionalmente, con el Derecho penal del Estado liberal del derecho, caracterizado por una serie de principios y garantías. La persona individual como centro de imputación; el principio de igualdad; el principio de legalidad de los delitos y de las penas con sus derivaciones tanto en lo que referencia a las garantías individuales como el mandato al legislador en el proceso de elaboración de las leyes, el principio de irretroactividad, y la prohibición de analogía; la exclusiva protección de bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques más intolerables (*carácter doblemente fragmentario*); el principio de culpabilidad; el principio de proporcionalidad, y el principio de humanidad de las penas¹. Este modelo garantista, que concibe al Derecho penal como «*ultima ratio*» –principio de subsidiariedad–, y que puede resumirse en la máxima «cuanto menos Derecho penal mejor, cuanta menor pena mejor, y cuanto más benévolo sean las condiciones de cumplimiento de la pena, mejor», hace décadas que, en palabras de Schünemann, «se encuentra en la cuerda floja»². Aunque quizás el diagnóstico más certero sea el de que hace tiempo, y bastante, al modelo deba considerársele un «*ilustre difunto*», cuyas pretensiones de resurrección por parte de algunos, con argumentos contrafácticos poco convincentes, se nos antojan, a estas alturas, quiméricas.

Ciertamente, las causas del óbito no han sido repentinas. No han sido fruto de un cambio radical de paradigma como consecuencia de una nueva y repentina cosmovisión de las cuestiones propias de la Ciencia del Derecho penal y sus derivaciones. El modelo ha fenecido tras un ataque largo y continuado contra partes vitales de sus fundamentos. Y ello ha dado lugar a su

¹ El Manual de RODRÍGUEZ MOURULLO, 1977, es un fiel reflejo de la asunción de este modelo en la doctrina española. Ciertamente es que el texto refundido del Código Penal español de 1973 no podía considerarse una plasmación del modelo de Derecho penal de corte liberal, pero no menos cierto es que las reformas llevadas a cabo en los años 80, en particular las de 1983, para adaptar el texto punitivo a la Constitución de 1978, y la de 1987 ahondando en la misma línea, pusieron de manifiesto la voluntad del legislador de modernizar la legislación penal para adecuarla a lo que se venía entendiendo que debería ser el Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho; de igual modo, SILVA SÁNCHEZ, 2025, asume los principios del Derecho penal liberal.

² *Vid.*, SCHÜNEMANN, 2026.

sustitución por lo que denominamos «*Derecho penal moderno*». Es indudable que parte del ADN del modelo anterior se mantiene intacto en el nuevo por la descendencia directa de éste de aquel. Pero no menos cierto es que otras partes del ADN se han visto alteradas de forma tan radical que han contribuido a su absoluta conversión en un modelo distinto al anterior.

El primer ataque, que aún continua a fecha de hoy, y que ha contribuido a la desnaturalización, ha sido contra el deber ser del «*carácter doblemente fragmentario*» del sistema. Hace tiempo que el binomio bien jurídico fundamental-ataque intolerable se ha visto desbordado en sus dos vertientes. Lo cual ha desdibujado lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo por injusto material del hecho delictivo merecedor de pena sobre la base de la afectación a intereses fundamentales. Guste o no, el concepto de bien jurídico ha perdido sus contornos originarios y se ha desdibujado. De la formulación originaria de Feuerbach, como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal³, se ha pasado a un debate que oscila entre su anclaje constitucional⁴, una

³ Cfr. HASSEMER, 1973.

⁴ *Vid.*, recientemente, en esta línea, DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 279 ss. A este respecto cabe apuntar que, en nuestra opinión, las relaciones entre la Constitución y los diversos sectores del ordenamiento jurídico que enmarca, o sobre los que se proyecta, deberían diferenciarse sobre la base de las distintas especificidades de cada subsector del ordenamiento jurídico. Quiere decirse con ello que, aunque la Constitución se conciba como un «marco» que embrida y delimita las bases y valores fundamentales que organizan el Estado y sus poderes —el Estado de derecho, la separación de poderes, la igualdad, la libertad, la justicia, y la seguridad jurídica, entre otros— la relación entre ésta y dichos subsectores difiere de un modo evidente, y obliga a establecer distinciones. Y esas distinciones ponen de manifiesto que la proyección constitucional no surte los mismos efectos en todos los ámbitos. Aunque el tema no puede ser abordado aquí en detalle, valga lo que sigue a modo sintético ilustrativo: el artículo 137 de la CE, enmarcado en el Cap. Primero del Título VIII establece la forma en que el Estado se organiza territorialmente. Esa organización territorial, constitucionalmente instituida, somete al Derecho administrativo en ese ámbito, e impide asumir en su desarrollo una alternativa que no sea *de lege ferenda*. Por el contrario, otra cosa, totalmente opuesta, sucede en el ámbito del Derecho laboral. Aquí nos encontramos con que el artículo 35 de la CE se limita a señalar el deber de trabajar de todos los españoles y el derecho al trabajo, así como a una remuneración suficiente. Pero nada dice sobre el contenido de dicho deber y dichos derechos. En este caso son las normas laborales —la ley del Estatuto de los Trabajadores y el resto de las leyes laborales— las que dotan de contenido a dichos derechos y condicionan, en gran medida, su interpretación por parte del TC. En este supuesto la proclamación constitucional, y su derivación a la hora de interpretar si se conculcan dichos derechos, se nutre de contenido desarrollado por el propio Derecho laboral. En el caso del Derecho penal la relación entre éste y la Constitución no cabe concebirla, como se ha pretendido por una parte de la doctrina, como la *ley de los diez mandamientos*, que marca el camino a seguir, y del que uno no debe desviarse. Y ello porque la Constitución apenas establece *mandamientos* penales con contenido explícito. Los únicos, los contenidos en los artículos 9 y 24 y 25 relativos al principio de legalidad, al debido proceso de ley y, en el caso del art.25, al fin que deben perseguir la imposición de las penas y de las medidas de seguridad. Pero, aun así, dichas proclamaciones no contemplan el detalle de dichos contenidos. V.gr. los artículos 9 y 25 nada dicen sobre el contenido material, y las implicaciones que ello conlleva en las diversas vertientes sobre las que se proyecta, del principio de legalidad, fruto exclusivo, del desarrollo la ciencia penal. La Constitución reconoce la protección de derechos fundamentales, pero no su nivel de protección. De lo que se deduce que a salvo que uno quiera contraer una *constitucionalitis aguda* debe aceptar que el tipo de relación entre Constitución y Derecho penal es claramente bidireccional.

concepción funcional basada en la dañosidad social⁵ y un concepto personal⁶. Este debate se ha intensificado en los últimos tiempos fruto de incorporación a los textos legales de comportamientos delictivos cuya antinormatividad penal ha sido altamente cuestionada o, al menos, no lo suficientemente justificada. De ahí que se haya remarcado, como lo hace Silva Sánchez, la falta de capacidad crítica del concepto para limitar los procesos de criminalización que se produjeron a partir del último tercio del siglo xx y a lo largo del siglo xxi⁷. Y ello es debido a que buena parte de dichas conductas ascendieron de escala en el ámbito de protección al encontrarse ya reguladas por parte del Derecho público o privado⁸. La protección penal del medio ambiente, determinados comportamientos contra el orden socioeconómico, o los delitos contra la ordenación del territorio, entre otros, constituyen una buena manifestación de ello. Todos estos comportamientos se dice que son expresión de *intereses difusos* o *con función representativa de otros*. Y así se llega hablar de bienes institucionalizados, espiritualizados, y un largo elenco semántico que poco o nada tiene que ver con la puesta en peligro concreto o abstracto-real del bien colectivo, como recuerda este autor⁹. Con todo, el concepto de bien jurídico no solo sigue centrando buena parte del debate sobre la función del Derecho penal, si no que sigue siendo objeto de defensa por un amplio sector de la doctrina como fundamento de la legitimación del Derecho penal¹⁰. Legitimar en la actualidad el Derecho penal moderno sobre la base de la teoría del bien jurídico se nos antoja irreal. No se niega, sería absurdo hacerlo, que lo que se ha dado en llamar «núcleo del Derecho penal» sigue pivotando alrededor de la idea de bien jurídico, entendido como valor o conjunto de valores fundamentales que se encuentran en la base de la convivencia social en un Estado liberal, pero lo cierto es que la legislación penal se ha expandido, y se sigue expandiendo de forma correlativa al modo en que lo hace la sociedad moderna, tanto en el ámbito comunicativo de las relaciones humanas como en el científico tecnológico¹¹. Si fuéramos justos deberíamos admitir que el número de bienes jurídicos que sirven de base legitimadora al conjunto de tipos penales que se configuran sobre dicho concepto originario en un Estado liberal de derecho no supera la docena. Con todo, no cesan los intentos de meter con calzador toda la legisla-

⁵ AMELUNG, 1972, pp. 366 ss.

⁶ HASSEMER, 1989, pp. 80 ss.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 199; En sentido contrario, DE LA FUENTE CARDONA, 2025, pp. 300 ss.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 199.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 200.

¹⁰ Véase como paradigma de esta corriente, SCHÜNEMANN, 2007, pp.21 ss.; 2019, pp. 65 ss.; HEFENDEHL, 2008.

¹¹ Piénsese solo en el impacto que está teniendo en todos los ámbitos de la vida el desarrollo de la IA.

ción penal moderna en el molde del bien jurídico, aunque ya sea imposible definir la forma que ostenta dicho molde¹². Tampoco se niega que, aunque se nos brinde imposible legitimar el conjunto de normas sancionadoras penales bajo el prisma de la teoría del bien jurídico, dicho concepto cumple una utilidad práctica como función sistemático-clasificatoria, y como criterio rector de la categoría sistemática de la tipicidad como ámbito de significado y valoración, como señala Silva Sánchez. Pero, como reconoce este autor, no sirve para soportar el peso de toda una teoría de la criminalización¹³.

La expansión que el Derecho penal lleva experimentando desde mediados de los años 80 del siglo pasado se explica sobre la base de reconducir a su ámbito parte de los nuevos problemas que el progresivo cambio social ha traído consigo. Hacer un elenco exhaustivo de todos ellos sobrepasaría, con creces, la pretensión de la presente contribución. Con todo, conviene enumerar, a título ejemplificativo, algunos de ellos. En el ámbito económico, la asunción de que determinados comportamientos alteraban, o podían alterar, *de forma relevante*, el correcto funcionamiento del mercado ha llevado a la configuración de novedosos tipos penales que hasta entonces se mantuvieron ajenos a la materia penal. El delito de abuso o revelación de información privilegiada (art. 285 CP) constituye un caso paradigmático. La incriminación se extiende incluso a quienes conozcan dicha información con «ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial» (art. 285, apdo. 4.º) y a quienes «sin tener acceso reservado a la información privilegiada la obtenga de cualquier modo distinto a los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada» (art. 285, apdo. 5.º). El precepto, redactado en estos términos, parte de la dicotomía de *outsiders-insiders*, y obvia que en amplios sectores del mercado solo operan *insiders*. Otro ejemplo significativo de esta intromisión del Derecho penal en el ámbito de las relaciones económicas lo configuran los delitos de corrupción en los negocios entre particulares (arts. 286 bis. CP), o en el ámbito de las transacciones internacionales (art. 286 ter. CP). Claramente, lo que se penaliza en estos supuestos es el quebrantamiento de las normas éticas que se presuponen deben regir el mundo de los negocios, de clara raigambre calvinista y con claras connotaciones de obtener beneficios económicos¹⁴. En el sector societario, la falta de información a los socios (art. 293 CP), o la imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP), colindan con la impugnación de los acuerdos sociales prevista en la legislación mercantil (arts. 204 y 293 LSC). También

¹² Cfr. las distintas contribuciones contenidas en VV. AA., 2016.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 202.

¹⁴ Cfr., WEBER, 2001.

en el contexto del Derecho penal de la empresa cabe enmarcar diversas temáticas como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con los intensos debates doctrinales que ello sigue generando, o el de los criterios de imputación y responsabilidad en el ámbito de la toma de decisiones colectivas. Todo lo cual ha creado una enorme convulsión en torno a principios clásicos, que se daban por asentados, como el de culpabilidad o el de responsabilidad penal individual e imputación subjetiva.

Esta expansión también se ha proyectado, como se ha señalado, sobre otros ámbitos de la vida social. Sectores que tradicionalmente estaban confinados en el ámbito del Derecho administrativo, como la materia referente a la ordenación del territorio, o al medio ambiente, o al modo en cómo deben financiarse los partidos políticos han dado el salto al campo del Derecho penal. Los delitos contra la ordenación del territorio, los delitos contra la flora y la fauna, y los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos dotan de contenido a esa realidad. Y ello ha vuelto revitalizar la vieja discusión sobre la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, una discusión nunca zanjada entre quienes consideran que la diferencia es meramente cuantitativa y quienes sostienen que se trata de una diferencia cualitativa. No ha lugar para reproducir aquí la discusión. Pero dos aspectos sí deben ser resaltados. En lo que se refiere a la diferencia que media entre sanciones penales y sanciones administrativas no parece asumible alegar que las sanciones penales, consideradas en conjunto, son más gravosas para la persona que las sanciones administrativas. Basta tener presente que, si se hace un cómputo general sobre las penas que la legislación penal asigna a los comportamientos que considera merecedores de respuesta punitiva, la pena de multa ocupa la primera posición. Pero la cuantía máxima que puede imponerse en concepto de multa penal se ve desbordada, con creces, en determinados ámbitos del Derecho administrativo sancionador, como, por ejemplo, entre otros, en el ámbito de las infracciones a las reglas que rigen el Derecho de la competencia. Y ello con un problema añadido, y no resuelto por la doctrina penal, y es que, si en el ámbito penal rige el principio de personalidad de las penas, no se entiende muy bien por qué el pago de la pena de multa la puede asumir un tercero en nombre del condenado —al igual que en el ámbito sancionador—, que queda relegado a la categoría de pagador *formal*.

En segundo lugar, no le falta razón a Silva Sánchez cuando señala que en el plano descriptivo no es posible hallar un concepto material que englobe, bajo un denominador común, todos los hechos que se tipifican como delito en los códigos penales de los países de nuestro ámbito cultural a no ser que se adopte la vía de acudir a la mera voluntad del Estado de criminalizar

el comportamiento, soslayando tomar en consideración el contenido específico de dicho comportamiento¹⁵. Desde esta óptica, la decisión de mantener o no una conducta en el ámbito del Derecho administrativo sancionador es exclusivamente estratégica. Ciertamente la no asunción de esta postura por su parte, y poniendo el foco en el significado específico del comportamiento en cuestión es lo que le lleva a una lógica diferenciadora de tres clases de delitos que muestran una relación de gradualidad entre sí: *los delitos mala in se nucleares*, *los delitos mala in se periféricos*, y *los delitos mala quia prohibita*¹⁶. La clasificación conlleva y explica, en opinión de Silva Sánchez, una respuesta punitiva diferenciada, y toma como presupuesto la imposibilidad de desarrollar una teoría unitaria de la criminalización. Pero aun asumiendo esta diferenciación gradual que tiene como elemento constitutivo un elemento de intensidad diferencial del significado comunicativo de cada una de estas conductas, no menos cierto es que todas ellas se engloban bajo el mismo rótulo que a su vez tiene su propio significado. Y tampoco puede negarse que salvo en los delitos *mala in se nucleares*, los que afectan a bienes intrínsecos de la persona, en los delitos *mala in se periféricos* y *mala quia prohibita* en muchas ocasiones la decisión de mantener una conducta como delito o como infracción administrativa responde exclusivamente a razones estratégicas¹⁷. La no incriminación del homicidio por imprudencia leve constituye un buen ejemplo¹⁸.

Pero la expansión de del sistema no solo se constata en el hecho de introducirse en campos que históricamente le fueron ajenos, y creando nuevas categorías como el Derecho penal económico con sus diferentes secciones —la criminalidad de empresa, los delitos societarios, delitos fiscales y contra la Seguridad Social, delitos bursátiles, etc.—, sino que también se constata su proyección sobre fenómenos sociales que se moldean y son moldeados por las interacciones y estructuras culturales. La llamada sociología de las emociones. La proyección se concreta, en este ámbito, en la criminalización de las ofensas a los sentimientos religiosos, en el castigo de los delitos de odio¹⁹, o en la más que problemática criminalización del maltrato a los animales²⁰.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p.214.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 140, 141, 215-218.

¹⁷ De ahí que SILVA SÁNCHEZ, 2025 asuma «lo discutible de su propia criminalización» (p. 221).

¹⁸ También puede traerse a colación lo sucedido con la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción. Fueron razones puramente pragmáticas las que justificaron que durante la década de los noventa y hasta la reforma de 2007 (art. 384 CP) dicho comportamiento se considerase únicamente como infracción administrativa.

¹⁹ Sobre las implicaciones del fenómeno y su repercusión penal *vid.*, ALCÁCER GUIRAO, 2020; VV. AA., 2018.

²⁰ *Id.*, GIMBERNAT ORDEIG, 2016, p. 17.

El cambio de paradigma no se ha producido solo por criminalizar comportamientos que desbordan claramente los límites del elenco tradicional de bienes jurídicos considerados como intangibles y que dotaban de sentido a la imposición una pena criminal. Al mismo, también han contribuido otros factores. Entre ellos, la invasión de modelos pragmáticos y de privatización como resolución alternativa de conflictos. En este contexto solo cabe mencionarlos: el principio de oportunidad con base en criterios de interés público; la mediación penal; los programas víctima-victimario, y la reparación como tercera vía alternativa a la pena. Estos modelos pragmáticos han sobrepasado el nivel de propuestas y debate teórico y han adquirido carta de naturaleza al haber sido asumidos en la aplicación judicial del Derecho²¹.

De igual modo no debe obviarse que en el ámbito europeo asistimos a una clara influencia de la Unión Europea en las cuestiones penales de los países miembros. A través de los reglamentos y directivas comunitarias, y la obligación de transposición de éstas, algunas áreas de la materia penal se ven claramente condicionadas. Baste citar, a título ejemplificativo, el tráfico ilícito de drogas y el tráfico de personas, la ciberdelincuencia, la protección de datos, el fraude a los consumidores, las prácticas anticompetencia y el blanqueo de capitales. Sin olvidar la propia protección de los intereses financieros de la UE. Si a ello se añade el papel, cada día más relevante, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y los avances en cooperación en materia judicial, ello nos ofrece un cuadro que diverge radicalmente del representado por el modelo con el que tradicionalmente se había venido operando.

Esta nueva situación en la que se encuentra inmersa el Derecho penal en la actualidad debe complementarse con la fenomenología de la percepción del crimen en las sociedades postmodernas. Y los datos que ofrece dicho análisis fenomenológico muestra una clara divergencia con los datos que actualmente ofrece la fenomenología del delito. Las estadísticas fenomenológicas del delito llevan mostrando, desde hace tiempo, bajas o moderadas tasas de criminalidad en España, con algunos matices, en comparación con el resto de los países de la Unión Europea²². Pero estos datos objetivos contrastan con las estadísti-

²¹ Desde la Ley 41/2015, el principio de oportunidad se contempla en la LECrim en los artículos 963.1.1.ª, 964.2 y 965. Y en la jurisdicción de menores se materializa a través de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal para archivar el caso o solicitar la aplicación de medidas alternativas, especialmente en delitos leves y patrimoniales basándose en la reparación del daño y el escaso interés público (art.963 LECrim aplicable por remisión). La mediación penal se regula en el Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril), que también contempla programas víctima-victimario; en el CP (art. 84.1) y en la LO 1/25, de 2 de enero, de medidas en materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia al impulsar los MASC (Métodos Alternativos de Solución de Controversias).

²² De acuerdo con los informes de los distintos organismos oficiales, Eurostat, Portal Estadístico del Ministerio del Interior, ONU, España tiene tasas de criminalidad muy bajas en homicidios (muy inferiores a la media de la UE y de USA), menores que las de Francia, Alemania o Reino Unido, si bien se han de-

cas de la percepción pública de la seguridad. Dichas estadísticas fenomenológicas discurren en la dirección contraria a las de la evolución de la criminalidad. Son varias las causas que coadyuvan a dar una explicación a la falta de convergencia: el rol que están desempeñando los medios de comunicación, que otorgan a las noticias referidas a crímenes un papel preponderante en los noticiarios, lo que implica mostrar imágenes de comportamientos delictivos y comentarlos de forma reiterada; la presencia constante de las víctimas de los hechos en dichos medios narrando su experiencia —«el crimen vende, y la presencia de la víctima contando lo acaecido, y sus sentimientos, más»—; el papel de las redes sociales; los mensajes falsos que emanan de determinados actores políticos. Todo ello coadyuva a dar una imagen distorsionada de la realidad que genera sentimientos imaginarios de inseguridad y miedo, que se canalizan a través de la exigencia de adopción de medidas más contundentes para atajar esa falsa sensación de altas tasas de criminalidad. La respuesta a dicha demanda es sobradamente conocida: incrementar las penas para transmitir la imagen ilusoria de que frente al crimen se actúa de la forma democrática que demanda la ciudadanía. De este modo se han justificado, entre otros, cambios legislativos como el que supuso la introducción de la prisión permanente revisable en el año 2015. En resumidas cuentas, el nuevo modelo también se presenta como más democrático, en tanto en cuanto el legislador dice atender a las demandas directas de la mayoría de los ciudadanos que exige las respuestas más contundentes contra el fenómeno delincencial²³.

III

Si el modelo que hemos denominado *moderno Derecho penal* se ha ido erosionando por los embates que ha sufrido desde los distintos frentes apuntados, la irrupción en el debate sobre la configuración del Derecho penal de las teorías sociológicas funcionalistas a comienzos de la década de los años 80 del siglo pasado también ha contribuido a su debilitamiento. Es innegable que la

tectado incrementos en ciberdelincuencia, tráfico de drogas y la delincuencia relacionada con la presencia de bandas latinas. Con todo, Global Peace Index posiciona a España como uno de los países más seguros de Europa (puesto 25 en 2025).

²³ Aunque este aspecto merece a ser objeto de consideración detallada por las implicaciones que tiene en la función que debe cumplir la dogmática jurídico-penal, conviene adelantar que le asiste la razón a ROBLES PLANAS, 2021b, pp. 1220, 1221, cuando señala que en un sistema constitucional democrático las opiniones de la mayoría de los ciudadanos, expresadas en sus votos, y proyectadas sobre el legislador, gozan de *legitimidad formal* frente a las minorías. Pero ello «va unido al peligro de que las necesidades sociales mediatizadas por los partidos políticos desplacen a las consideraciones de racionalidad valorativa», lo que supondría una tiranía instrumental. Comparte, entre otros, esta crítica SCHÜNEMANN, 2026.

cuestión sobre el cometido que debe cumplir del Derecho penal, y el modo en que éste debe configurarse, ha recibido distintas respuestas a lo largo de la historia, estando dichas respuestas estrechamente vinculadas al modelo de Estado que se preconizara en cada momento. Pero a partir de la aceptación de los postulados del Estado liberal y democrático de derecho, las cuestiones referidas al cometido y configuración de los principios que deben regir el sistema penal, asumiendo su amarga necesidad, obtuvieron un aceptable consenso en el ámbito occidental europeo.

Este consenso entró en crisis a partir 1983 a raíz de la publicación, ese año, del Tratado de Günther Jakobs²⁴. La orientación sociológico funcionalista del contenido del Tratado, basada en la Teoría sociológica de los sistemas de Luhman, supuso tal efecto disruptivo que llevo a los penalistas a enfrascarse en un encarnizado debate, que aún hoy continua, sobre la validez y consecuencias de los nuevos postulados contenidos en la obra de Jakobs. Lo que propone esta nueva concepción es que el objeto de protección del Derecho penal es asegurar la vigencia de las normas que constituyen el núcleo de la identidad de una determinada sociedad²⁵. Aunque algunos de sus partidarios ya no vinculan la doctrina a la teoría de sistemas y optan por engarzarla en el marco de la tradición filosófica hegeliana, los postulados básicos, aunque con matices que no pueden desarrollarse aquí, se mantienen. Lo mismo cabe sostener la denominada teoría de la prevención general positiva como fin que cumple la pena: la estabilización de la vigencia de las normas. Que dicho efecto se deba a razones ético-jurídicas o sea debido a razones psicológicas no afecta al postulado originario²⁶. Con todo, el hecho de otorgar al derecho un mero carácter descriptivo, relegando la vertiente normativa a un segundo plano, puso en solfa la validez de las formas estructurales adoptadas hasta ese momento.

IV

Si se asume que el estilo y la forma arquitectónica del *Derecho penal moderno* guarda poco parecido con la del *moderno Derecho penal* la cuestión que surge es cómo describir dicho estilo y dicha forma. En este sentido la respuesta que aquí se ofrece es que el *Derecho penal moderno* constituye el último eslabón de un sistema inmunológico complejo de carácter normativo funcional que opera en el seno de una determinada sociedad, y que a mayores es adaptativo.

²⁴ JAKOBS, 1983.

²⁵ JAKOBS, 1983, núm. 1/8.

²⁶ *Vid.*, PÉREZ MANZANO, 1990; 1997, pp. 73 ss.

Por sistema inmunológico se entiende el conjunto de estructuras y procesos en el seno de un organismo que le protege contra males procedentes de agentes patógenos a los que neutraliza o destruye con la finalidad de preservar su conservación. Pero la función que cumple no es la de introducir mejoras en el estado del organismo atacado, pues éste puede presentar o bien lesiones congénitas, o bien lesiones fruto de anteriores ataques que resultaron fructíferos. Lo que intenta es mantener el organismo en el mismo estado en que se encontraba antes de sufrir la agresión patógena. Opera a modo de escudo de protección.

Si aplicamos el concepto al mundo del Derecho, como hace Luhmann²⁷, éste se constituye también como un mecanismo *de anticipación de posibles conflictos*²⁸. Pero el mecanismo está configurado para operar a distintos niveles, y con diferente intensidad, en función del tipo de conflicto al que se quiere anticipar. En este sentido presenta un alto grado de complejidad, pues su *modus operandi* difiere de unas situaciones a otras. Una segunda característica de dicho sistema inmunológico es que se trata de un sistema de carácter *normativo* que toma como base el binomio justo/injusto²⁹ o, si se prefiere, el de *legal/ilegal*. Como los conflictos para los que está diseñado hacer frente difieren en su significado la respuesta normativa también difiere en el tipo de respuesta o tratamiento que se aplica, si bien el conjunto conforma una especie de cadena en que cada uno de los eslabones conectados entre sí presenta unas características propias y diferenciadoras. A las normas que configuran subsistema del Derecho penal se las puede considerar como el último eslabón de la cadena. Y por constituir el eslabón que soporta los mayores embates, dichas normas son las normas más reforzadas. Si se permite continuar con el símil, el eslabón que conforman las normas penales es un eslabón con contrete. Este contrete es la pena criminal³⁰.

Convendría llegados a este punto, pronunciarse más en profundidad sobre la estructura y configuración normativa. Ante la imposibilidad de hacerlo, debido a la brevedad de estas líneas, baste señalar aquí que asumimos como propios los postulados del concepto de antinormatividad de Binding en los términos expresados por Robles Planas³¹. Con ello quiere decirse que la función instrumental que las normas penales cumplen se encuentra vinculada a

²⁷ LUHMANN, 1998, pp. 337 ss.

²⁸ LUHMANN, 1998, p.337.

²⁹ LUHMANN, 1998, p.338.

³⁰ También otros eslabones normativos gozan de contrete, v.gr. las normas administrativas sancionadoras, pero el refuerzo de dichas normas no alcanza la intensidad del de las normas penales.

³¹ ROBLES PLANAS, 2021a, pp. 20 ss.

instancias axiológicas valorativas³². Pero como junto a la antinormatividad, la punibilidad conforma la segunda pieza del sistema, los criterios de racionalidad valorativa se proyectan tanto sobre las prohibiciones o mandatos como sobre el merecimiento y necesidad de pena tanto en abstracto como en concreto³³. Pero desde esta perspectiva es fácil incurrir en la falacia naturalista de que del «ser» no se deriva «el deber». Aunque no menos cierto es que «el deber ser» no configura de facto el «ser». De ahí que quizás no le falte la razón a Rorty cuando pone de manifiesto que «si hoy nos vemos como moralmente más avanzados, ello no se debe a que creamos conocer más verdades morales. Es más bien porque tenemos más experiencia en el sentido de tener un sentido más vivido de las alternativas y de las consecuencias que pueden seguir de diferentes elecciones [...]». Es porque somos beneficiarios de desarrollos culturales que en los tiempos de Kant y Bentham estaban solo iniciándose»³⁴. Discutir si los valores son objetivos o subjetivos resulta tan quimérico como intentar convencer a un terraplanista de que la tierra es redonda³⁵. Los valores se toman en consideración porque los pensamos, y en esa medida constituyen extractos de visiones a gran escala sobre como debemos vivir o como debemos comportarnos. En este sentido, las normas penales reflejan y se adecuan a esas visiones, a esos desarrollos culturales que paulatinamente se van interiorizando, y de ahí su carácter adaptativo a dichos valores y a los conflictos que derivan de su negación. La pena, en este contexto, no es más que la herramienta de la que se vale el sistema. Herramienta que cumple finalidades distintas en tanto se aplica a la persona –¡o persona jurídica!– y en tanto se percibe por la generalidad que su aplicación ha servido como respuesta al conflicto. Pretender sostener que la herramienta sirva, únicamente, para justificar el sistema es lo mismo que pretender decir «que el uso de la pala es lo que justifica la necesidad de construir el edificio». Por lo demás, es indudable que el sistema, tanto en su configuración como en su aplicación, puede presentar fallos (al igual que una intervención quirúrgica mal planificada, mal ejecutada, o indebidamente aplicada), y las pretensiones de mejora le competen al propio sistema. Y aquí es donde no solo la política criminal desempeña un papel crucial, sino que la tarea requiere el apoyo indispensable de una dogmática crítica. Ahondar en esta temática sobrepasa el ámbito de lo esbozado en homenaje a mi querido compañero el Prof. Enrique Peñaranda.

³² De igual modo que el recurso al bisturí como herramienta que permite llevar a cabo la intervención quirúrgica presupone la previa determinación de la necesidad de la propia intervención.

³³ Sobre la disputa entre facticidad y normatividad, *vid.*, ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP*, 1999, pp.177 ss. Y sobre el merecimiento y necesidad de pena, ROBLES PLANAS, 2021a, pp. 11 ss.

³⁴ RORTY, 2024, pp.209-210.

³⁵ Así RORTY, 2024, p. 207.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, Rafael: *Facticidad y normatividad: notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 52, 1999, pp. 177-226.
- La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías, Madrid, 2020.
- DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador: La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales, Madrid, 2025.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Presentación*, en La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, 2016.
- HASSEMER, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxiorientierten Rechtsgutslehre, Fráncfort del Meno, 1973.
- «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1989, pp. 257-276.
- HEFENDEHL, Roland: *El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativas*, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, 2008, pp. 425-444.
- JAKOBS, Günther: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlín, 1983.
- LUHMANN, Niklas: Sistemas sociales, 2.^a ed., México, 1998 (traducción de Silvia Pappé y Brunhilde Erker).
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: Culpabilidad y prevención, Madrid, 1990.
- *Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena*, en Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Valencia, 1997.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: Teoría de las normas y sistema del delito, Barcelona, 2021.
- *El relativismo político-criminal como problema*, en Estudios penales en homenaje al profesor Lorenzo Salgado, Salamanca, 2021.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Derecho penal. Parte general, Madrid, 1977.
- RORTY, Richard: Sobre la filosofía y los filósofos, Madrid, 2024 (traducción de Ángel Manuel Faerna).
- SCHÜNEMANN, Bernd: El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos, Bogotá, 2007 (traducción de Ángela de la Torre Benítez).
- El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho, Madrid, 2019 (traducción de Raquel Roso y Carmen Pérez-Sauquillo).
- *El Derecho penal del Estado liberal de Derecho en la cuerda floja*, en Libro homenaje al profesor Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, 2026.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2025.
- VV. AA.: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid, 2016.

■ LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

VV. AA.: DELITOS DE ODIO. DERECHO COMPARADO Y REGULACIÓN ESPAÑOLA, Madrid, 2018.

WEBER, Max: La ética protestante y el espíritu del capitalismo, Madrid, 2001 (traducción de Joaquín Abellán García).

22. ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: ¿CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN O DE CIERRE DEL SISTEMA?

FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS¹
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN

La participación a título lucrativo (en adelante PTL) constituye una figura problemática en el contexto del sistema penal español. Su regulación en el artículo 122 del Código Penal («*El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación*») introduce una consecuencia jurídica vinculada a la comisión de un delito respecto de sujetos que no han tenido intervención en los hechos, ni objetiva ni subjetivamente. Faltando cualquier contribución causal o psíquica al hecho típico no encaja, por lo tanto, en los esquemas clásicos de la teoría de la autoría y participación criminal². El

¹ Este trabajo se enmarca en las labores de investigación realizadas al amparo del Proyecto de investigación PID2023-149161NB-I00 «Los riesgos de influencias indebidas en las decisiones públicas: prevención y control», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MICIU), la Agencia Estatal de Investigación (DOI: 10.13039/501100011033) y por la Unión Europea a través de los fondos FEDER, y del Proyecto de investigación RED2024-153998-E «Evaluación de la estrategia e instrumentos de prevención de la corrupción en Europa», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MICIU) y la Agencia Estatal de Investigación (DOI: 10.13039/501100011033).

² BORGES TERRA, 2024, 252.

beneficiario del lucro no domina el curso del delito, ni coopera en su ejecución o participa en la formación de la voluntad delictiva. Desde esa perspectiva no resulta forzado presentarla como una suerte de punto de fricción estructural entre principios dogmáticos esenciales del Derecho penal —en particular, la exigencia de culpabilidad y responsabilidad personal— y la conveniencia (político-criminal) de que la actividad delictiva termine por aprovecharle económica o patrimonialmente a terceros ajenos a ella³. Esta tensión explica tanto algunos rasgos de su configuración legal, como las dificultades sistemáticas que plantea su encaje en el ordenamiento jurídico. De ahí la relevancia de que examinar su fundamento y naturaleza, pues sólo a partir de ellos pueden comprenderse la lógica que encierra y sus límites aplicativos.

A título de brevísima referencia histórica, interesa apuntar que no fue introducida en el ordenamiento penal español hasta el Código Penal de 1848, manteniéndose desde entonces —con ligeras variaciones— en los sucesivos textos punitivos. En su formulación originaria obligaba «que por título lucrativo participe de los efectos de un delito o falta... al resarcimiento hasta la cuantía en que hubiere participado», expresión que revelaba a las claras su orientación estrictamente patrimonial. El Código Penal de 1995 la incluyó en el actual artículo 122, ampliando su alcance al darle entrada, junto al resarcimiento del daño, a la restitución de la cosa. La reforma de 2015 suprimió la referencia a las faltas, dando lugar a la redacción actualmente vigente. Fuera del referido artículo 122 no encuentra reflejo ni en el resto del Código Penal ni en el Civil, siendo objeto de algunas menciones puntuales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo, con relación a la fianza prevista en el artículo 615.

II. FUNDAMENTO Y NATURALEZA

La determinación del fundamento y de la naturaleza jurídica de la PTL constituye uno de los aspectos más controvertidos de su regulación, siendo reflejo de su carácter un tanto anómalo dentro del sistema penal.

Como ya se ha avanzado, el artículo 122 CP le impone a un sujeto que no ha intervenido en él, ni objetiva ni subjetivamente, una consecuencia jurídica ligada a la comisión de un delito. Así las cosas, es evidente que esa *modalidad de participación* no puede reconducirse a ninguna forma de autoría, ni siquiera desde las concepciones más amplias del dominio del hecho. El beneficiario del lucro no controla el curso causal del delito, ni adopta decisiones relevantes

³ BORGES TERRA, 2024, 255 y 256.

para su ejecución. En realidad, el beneficio se obtiene con posterioridad al *iter criminis*. Siguiendo esa misma lógica, tampoco cabrá asimilarla a las formas clásicas de participación criminal, ya que falta el elemento esencial de toda participación punible: la contribución causal o psíquica al hecho principal. Para darle salida a esa asimilación conceptual habría que desvincular la responsabilidad de los partícipes criminales de la realización del injusto típico.

Con arreglo a otra línea interpretativa, y en atención al contenido de las obligaciones descritas en el artículo 122, la PTL podría calificarse como una modalidad más de responsabilidad civil derivada del delito. Esta explicación tampoco resulta, sin embargo, totalmente satisfactoria. Si el beneficiario fuese un responsable civil en sentido técnico, su régimen ya vendría plenamente cubierto por las normas generales sobre responsabilidad civil *ex delicto*, sin necesidad de tener que acudir a previsiones específicas. Tampoco resulta convincente su caracterización como un *tertium genus* entre responsabilidad penal y civil, una construcción más apoyada en consideraciones funcionales que en una fundamentación dogmática sólida.

La interpretación más coherente –probablemente– con la estructura del precepto y con los principios estructurales del sistema penal español es la que la concibe como una institución de naturaleza esencialmente restitutoria, ajena a toda finalidad punitivo-sancionadora y desvinculada de cualquier criterio de imputación subjetiva del injusto penal. Su fundamento técnico no estriba, así, en la causación de un daño –que el partícipe no produce ni al que contribuye en manera alguna ninguna–, sino en razones de justicia material y equidad, y en concreto en la necesidad de preservar el principio de que nadie debe poder enriquecerse injustamente a partir de los efectos de un delito⁴. En esa línea, el Tribunal Supremo ha venido declarando expresamente que la responsabilidad del beneficiario no es sino consecuencia del principio general de interdicción del enriquecimiento injusto⁵.

La lógica de esta figura no es la del castigo, sino la del reequilibrio patrimonial, lo que explica tanto la inexistencia de imputación subjetiva, como la limitación cuantitativa de la obligación al importe del beneficio efectivamente obtenido. Desde esta óptica, la redacción legal que le destina el artículo 122 resulta conceptualmente equívoca, al vincular la noción de «participación» con la idea de «daño», cuando el partícipe no contribuye en absoluto a su producción. La obligación que se le impone no nace del injusto penal, sino de la

⁴ DÍAZ LÓPEZ, *DLL*, 2015, 5; BANACLOCHE PALAO, 2021, 25; RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 102; CASTELLÓ FOZ, *DLL*, 2023, 8; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 7.

⁵ STS 532/2000, de 30 de marzo, con cita de otras; STS 1006/2021, de 17 de diciembre; STS 145/2022, de 17 de febrero.

prohibición de un desplazamiento patrimonial carente de causa legítima. Su inclusión en el texto punitivo representa, por ello, a una opción legislativa discutible, que –probablemente– sólo resulta compatible con los principios de culpabilidad y responsabilidad personal si se le reconoce la naturaleza de una cláusula de excepción, a interpretar de manera estricta⁶.

El planteamiento que acaba de exponerse es *parcialmente* contestado por un sector doctrinal, que cuestiona la finalidad primordial del artículo 122 sea la de evitar el enriquecimiento injusto en abstracto⁷. En su opinión, el presupuesto decisivo del artículo 122 CP no sería la mera recepción gratuita de efectos delictivos, sino la obtención de efectos patrimoniales que deben ser restituidos o destinados al resarcimiento del daño causado a una víctima concreta. Ello lo lleva a circunscribir el ámbito de aplicación de la PTL a los delitos «con víctima» y, correlativamente, a excluir de él los que, aun generando beneficios económicos, no comportan un empobrecimiento patrimonial individualizable. La propuesta, que tiene la doble virtud de reforzar el carácter estrictamente reparador de la PTL y de subrayar sus diferencias con otros mecanismos específicamente orientados a la *neutralización* general de las ganancias ilícitas, como el decomiso, no está exenta de objeciones: el tenor literal del artículo 122 CP no vincula expresamente la obligación del beneficiario a la existencia de un perjudicado concreto, sino a la obtención de efectos patrimoniales causalmente derivados del delito.

III. PRESUPUESTOS

Como mecanismo excepcional dentro del sistema penal, la aplicación de la PTL debe quedar sometida a criterios rigurosos y restrictivos.

En primer lugar, exige la existencia de un delito previo ajeno, aunque no siempre resultará necesaria una condena penal en sentido estricto. Parece razonable pensar, en este sentido, que el legislador ha querido hacerla compatible con aquellas sentencias que aprecie la existencia de alguna de las eximentes del artículo 20 CP⁸. Si subsiste la obligación del órgano judicial de pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del delito (*ex* artículos 118 y 119), también lo hará la obligación de hacerlo con relación a las posibles responsabilidades resarcitorias del beneficiario. Esta solución es coherente con la naturaleza

⁶ BORGES TERRA, 2024, 279

⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, 2025, 344.

⁸ RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 103 y 104; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 10.

del artículo 122 CP, cuya finalidad –reiteramos– no es la de sancionar una conducta penalmente reprochable, sino la de neutralizar una situación de aprovechamiento patrimonial objetivamente vinculada a un delito ajeno.

El segundo de los requisitos es el relativo al elemento cognitivo exigible al beneficiario del lucro. La PTL se define por la ignorancia de que el beneficio procede de un delito⁹. Asociarla a otro perfil de casos (en que el beneficiario sí conoce ese origen o en que su desconocimiento es consecuencia de una infracción grave de los deberes de cuidado) desnaturalizaría la figura y la aproximaría indebidamente a tipos penales como la receptación o el blanqueo de capitales, cuya estructura descansa precisamente en una imputación subjetiva del injusto. De ahí que parte de la doctrina la haya descrito como una suerte de receptación civil, únicamente compatible con la buena fe del beneficiario.

Es indudable que esta concepción (rígida) del elemento cognitivo de la PTL plantea dificultades dogmáticas y prácticas. De un lado, porque no puede pretenderse que el artículo 122 termine por dar cobertura a situaciones en que la ignorancia del beneficiario puramente ficticia o estratégicamente buscada. De otro, porque la determinación de esa falta de conocimiento constituye un juicio de carácter subjetivo particularmente complejo, referido a un elemento difícilmente acreditable mediante prueba directa. La jurisprudencia ha salvado el problema introduciendo con frecuencia estándares propios del dolo eventual o de la imprudencia grave¹⁰. Asumiendo los argumentos precitados, entiendo, sin embargo, que el desconocimiento del origen ilícito debería operar como un requisito autónomo y absoluto, resultando decisiva, en consecuencia, la reconstrucción procesal de ese estado interno de ignorancia.

La figura exige un presupuesto cognitivo mínimo adicional: que el beneficiario sea consciente de que está adquiriendo a título lucrativo. No basta con que, desde un punto de vista puramente objetivo, su patrimonio se vea incrementado (en los términos que se indicará a continuación); es necesario que tenga conciencia de la adquisición gratuita del bien o ventaja. Si no la tiene, no podrá afirmarse que participa a título lucrativo, aunque de facto se haya beneficiado de los efectos del delito. Esta exigencia ha sido puesta de manifiesto por la SAP de Barcelona 615/2021, de 1 de julio, que conoció de un supuesto en el que un cliente bancario recibió una suma de dinero creyendo legítimamente que procedía del adelanto de un cheque, cuando en realidad se trataba de fondos

⁹ QUINTERO OLIVARES, 2010, 18 ss.; CÓRDOBA RODA, 2011, 938 y 939; RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 104; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 11; STS 428/2006, de 30 de marzo; STS 209/2020, de 21 de mayo; STS 145/2023, de 17 de febrero. De otra opinión SEGRELLES DE ARENAZA, 1994, 889, que defiende la posibilidad de exigir responsabilidad por PTL a quienes hayan participado en el que tienen su origen los efectos.

¹⁰ STS 742/2012, de 3 de octubre. *Vid.* otras referencias en RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 112 y 113.

pertenecientes a otros clientes, utilizados indebidamente por un empleado de la entidad. La Audiencia descartó la responsabilidad a título lucrativo al entender que el receptor no era consciente de estar adquiriendo gratuitamente un beneficio, sino que creía estar actuando en el marco de un negocio jurídico válido.

IV. EL CONCEPTO DE LUCRO Y SU VINCULACIÓN CON EL DELITO PREVIO

La delimitación del concepto de lucro constituye otra de las piezas clave para preservar el carácter excepcional de la figura y evitar su deslizamiento hacia fórmulas de responsabilidad objetiva o expansiva. En el marco del artículo 122 CP no puede identificarse con cualquier ventaja económica indirecta, ni con meras expectativas de ganancia, beneficios hipotéticos o incrementos patrimoniales puramente formales o transitorios¹¹. Ha de tratarse de un lucro efectivo, real y evaluable, incorporado de manera concreta al patrimonio del beneficiario mediante un verdadero acto de aprovechamiento. La jurisprudencia ha sido particularmente clara sobre este extremo, condicionando la aplicación de dicho precepto a la existencia de un aprovechamiento efectivo y no una mera apariencia de beneficio y descartándola cuando la intervención del tercero ha tenido un carácter meramente instrumental o transitorio¹² (STS 114/2009, de 11 de febrero; STS 616/2009, de 2 de junio).

Es importante incidir en esta idea, que sirve para desterrar equívocos en una figura necesitada de precisión. No todo contacto patrimonial con los efectos del delito constituirá lucro. Es necesario que existan un acto traslativo y una incorporación patrimonial efectiva. Extramuros del artículo 122 se situarán así, todos los supuestos de titularidad aparente, posesión instrumental o tránsito nominal de bienes o dinero, cuando no se traduzcan en un aprovechamiento real. El tercero deberá disponer del bien o del valor obtenido como propio, integrándolos en su esfera patrimonial. Suscribiendo esta línea interpretativa, la STS 688/2020, de 14 diciembre, no apreció aprovechamiento en el caso de unos padres que donaron a su hija, menor de edad, unas participaciones sociales a fin de evitar el pago de unas obligaciones contraídas con un tercero. La donación y aceptación se había realizado por los propios padres, siendo un acto simulado, y la menor, una vez adquirida la mayoría de edad, tampoco había dispuesto de las participaciones, ni realizado ningún negocio jurídico. La STS 76/2018,

¹¹ STS 114/2009, de 11 de febrero; STS 76/2018, de 13 de febrero; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 13.

¹² En la doctrina pueden verse DELGADO SANCHO, 2020, 74; BANACLOCHE PALAO, 2021, 63 y 107.

de 13 febrero, por su parte, absolvió como partícipe a título lucrativo al marido de una trabajadora que había distraído diferentes cantidades de dinero, aprovechándose de su puesto de trabajo, ingresándolas en una cuenta que tenía junto a su él. Aunque este figuraba como cotitular, la cuenta era íntegramente gestionada por ella. El Tribunal destaca que el marido no había hecho suya ninguna de las cantidades y figuraba sólo formalmente en la cuenta.

El carácter lucrativo de la participación implica, además, que la adquisición ha tenido que producirse sin contraprestación alguna, esto es, de manera gratuita. Quedarán excluidos, por ello, los negocios jurídicos onerosos, en los que exista una contraprestación real y efectiva. Esta exigencia no puede interpretarse, no obstante, de modo formalista: resultará imprescindible indagar si la onerosidad es auténtica o únicamente aparente, puesto que prácticas como la fijación de precios simbólicos, ínfimos o manifiestamente inferiores al valor de mercado pueden encubrir verdaderas adquisiciones lucrativas¹³. El análisis ha de atender, pues, a criterios materiales, valorando la equivalencia real de las prestaciones y evitando que simulaciones contractuales sirvan para eludir la aplicación del precepto. Es decisivo, asimismo, el dato de que el beneficio se derive directamente del hecho delictivo, sin apoyarse en relaciones meramente circunstanciales, remotas o indirectas. La concurrencia de circunstancias o factores que rompan ese nexo –causal– echará por tierra la posibilidad de exigir la responsabilidad prevista en el artículo 122, desplazando la eventual cuestión del enriquecimiento al ámbito estrictamente civil.

Finalmente, el lucro ha de ser concreto y cuantificable. La responsabilidad del partícipe se limita (estrictamente) a lo efectivamente percibido y aprovechado, con independencia del daño total causado por el delito. El partícipe no participa en el delito, sino del delito: exclusivamente de sus efectos patrimoniales, y sólo hasta el límite exacto de su enriquecimiento. Esa delimitación cuantitativa constituye una verdadera garantía para el beneficiario, preservando la naturaleza restitutoria de la figura e impidiendo su transformación en una sanción encubierta.

V. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD Y CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN

La responsabilidad derivada de la PTL viene estrictamente limitada al importe del beneficio efectivamente obtenido por el tercero. El artículo 122 CP no establece una responsabilidad ni acumulativa ni autónoma con respecto de la del

¹³ MONTÉS PENADÉS, 1996, 638 y 639; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 14.

autor o cómplice del delito, sino una solidaria con ellos¹⁴, cuyo alcance queda circunscrito al valor del aprovechamiento patrimonial recibido. Con su exigencia no se trata, por lo tanto, de añadir una nueva cantidad a la ya exigible al autor o cómplice del delito, sino de permitirle al perjudicado dirigir su pretensión resarcitoria también frente al tercero beneficiado, sin que el total exigible pueda superar el daño efectivamente causado ni, en lo que respecta al partícipe, el importe de su lucro. En consecuencia, si el responsable penal satisface íntegramente la responsabilidad civil, quedará extinguida la obligación del partícipe, que se corresponde con ninguna responsabilidad adicional o superpuesta.

El límite cuantitativo del importe del lucro –como ya se ha avanzado, una expresión inequívoca de que la responsabilidad del beneficiario no surge directamente del delito, sino del aprovechamiento gratuito de sus efectos– trae consigo la necesidad de que queden suficientemente acreditados, ya no sólo la existencia de un desplazamiento patrimonial derivado del delito, sino también su alcance económico (STS 1006/2021, de 17 de diciembre).

Esa exigencia de determinación cuantitativa no impide, con todo, que, cuando el lucro consista en cantidades de dinero, la restitución deba comprender también los intereses legalmente devengados¹⁵. Esta cuestión, de indudable relevancia práctica, ha sido resuelta por la STS 253/2009, de 11 de marzo, con el argumento de que el dinero no se agota en su valor nominal en el momento del desplazamiento ilícito, sino que incorpora también la potencialidad de generar rendimientos. Desde esa perspectiva, limitar la restitución a la cifra estrictamente percibida supondría tolerar una forma indirecta de enriquecimiento injusto. Junto a los intereses legales del dinero, la jurisprudencia ha reconocido igualmente la procedencia de que se exija el pago de los moratorios. La STS 845/2016, de 8 de noviembre, afirma con claridad que no existe razón alguna para eximir (al beneficiario) de su abono, recordando que la acción civil *ex delicto* no pierde ese carácter por el hecho de ejercitarse en el proceso penal. A la restitución dispuesta por el artículo 122 CP debe dársele, por ello, el mismo tratamiento que recibiría en el proceso civil, so pena de introducir diferencias injustificadas en función de la vía procesal elegida por el perjudicado.

Con todo, la exigencia de intereses encuentra también su límite en la propia lógica que fundamenta la figura. Si la finalidad de la figura de la responsabilidad por PTL es impedir el enriquecimiento injusto, la restitución no debe ir más allá de lo que, en términos de valor, ya está implícito en el beneficio obtenido. Por ello no resultará procedente exigir intereses correspondientes a

¹⁴ RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 107; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 15; CASTELLVÍ MONSERAT, 2025, 335; STS 433/2015, de 2 de julio; STS 507/2020, de 14 de octubre.

¹⁵ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 16 y 17.

períodos en los que las cantidades hubieran quedado judicialmente bloqueadas o inmovilizadas, teniendo en cuenta que desde ese momento dejaron de producir rendimientos para el beneficiario. Extender la responsabilidad más allá de ese punto supondría generar un enriquecimiento carente de justificación en favor del perjudicado.

Naturalmente, dado que el tercero no responde en calidad de culpable, su presencia en el juicio oral no será necesaria cuando las cantidades recibidas—incluidos, en su caso, los intereses procedentes—hayan sido íntegramente reintegradas con anterioridad a la vista (extinción de la obligación civil). Así lo ha reconocido la STS 209/2020, de 21 de mayo, al afirmar que, satisfecha la responsabilidad derivada del enriquecimiento injusto, decae la necesidad de su intervención procesal.

VI. DELIMITACIÓN FRENTE A LA RECEPCIÓN, EL BLANQUEO DE CAPITALES Y EL DECOMISO DE TERCERO

La delimitación de la participación a título lucrativo frente a otras figuras con las que presenta puntos de contacto constituye un aspecto delicado. En particular, su relación con los delitos de recepción y blanqueo de capitales, así como con la del decomiso de tercero, ha generado importantes tensiones interpretativas, que exigen una clarificación cuidadosa para evitar solapamientos incompatibles con el principio de legalidad y con la función de garantía propia del Derecho penal.

Por lo que se refiere al delito de recepción, debe partirse de su condición de ilícito penal autónomo, caracterizado por la realización de actos de adquisición, recepción, ocultación o aprovechamiento de efectos procedentes de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, acompañados del conocimiento de su origen ilícito. Esta estructura típica, que combina elementos objetivos y subjetivos, marca una frontera nítida con la participación a título lucrativo. Mientras que el receptor responde penalmente por una conducta de favorecimiento posterior conscientemente orientada a aprovechar el delito ajeno, el partícipe a título lucrativo asume una responsabilidad de naturaleza civil derivada exclusivamente del enriquecimiento patrimonial injustificado obtenido a título gratuito. Precisamente por ello, el artículo 122 CP no puede operar como una categoría subsidiaria destinada a colmar déficits probatorios del tipo subjetivo de la recepción, so pena de vaciar de contenido sus exigencias típicas y vulnerar el principio de tipicidad.

Mayores dificultades presenta la delimitación frente al delito de blanqueo de capitales. Este se configura como un delito de estructura compleja, orienta-

do a la protección del orden económico y financiero, que exige la realización de conductas de ocultación, encubrimiento, transformación o integración de bienes procedentes de una actividad delictiva en el tráfico lícito, acompañadas de un elemento teleológico específico: la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o de facilitar la elusión de las consecuencias jurídicas del delito previo. A ello se añade un elemento cognitivo cualificado, consistente en el conocimiento del origen delictivo de los bienes o, en su modalidad imprudente, una infracción grave de los deberes de cuidado. La PTL se sitúa en un plano claramente distinto. No presupone una conducta de ocultación ni una actuación orientada a integrar los bienes en el tráfico económico con apariencia de licitud, sino únicamente la obtención de un beneficio patrimonial gratuito derivado del delito ajeno ¹⁶.

Salta a la vista que de ese criterio de delimitación puede seguirse una suerte de zona de exclusión, cuando determinadas conductas no pueden dar vida al blanqueo –por faltar la finalidad de ocultación o integración– ni a la propia participación a título lucrativo –por conocerse el origen delictivo o haber intervenido el sujeto fácticamente en el delito previo–. Para evitarlo se han barajado criterios interpretativos (como un entendimiento meramente normativo, y no fáctico, del requisito de la no intervención en el delito previo, equivalente a la ausencia de responsabilidad penal por él ¹⁷) que permitirían la aplicación del artículo 122 CP en los casos en que el sujeto no pudiera ser condenado penalmente por blanqueo a pesar de beneficiarse lucrativamente de los efectos del delito. A mi modo de ver, empero, sólo una delimitación rigurosa de ambas figuras, consciente de sus zonas de fricción, pero fiel a las exigencias dogmáticas de cada una de ellas, permite preservar la coherencia del sistema y evitar soluciones aparentemente funcionales, pero incompatibles con los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica. La participación a título lucrativo debería quedar reservada a supuestos de beneficio patrimonial obtenido sin título oneroso y sin responsabilidad penal por el delito generador del lucro, mientras que el delito de blanqueo de capitales exige una conducta cualitativamente distinta, orientada a la ocultación o integración de bienes ilícitos en el tráfico económico. La existencia de posibles zonas de exclusión no justifica el convertir una figura de naturaleza civil o patrimonial en un mecanismo de expansión encubierta del Derecho penal, ni el utilizar la responsabilidad por enriquecimiento injusto como un sustituto funcional del reproche penal ¹⁸.

¹⁶ DEL CARPIO DELGADO, *RP*, 2017, 37 ss.

¹⁷ DEL CARPIO DELGADO, *RP*, 2017, 45 y 46; STS 1313/2006, de 26 de noviembre.

¹⁸ RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 109; BORGES TERRA, 2024, 261.

La discusión sobre la convergencia de la PTL con el decomiso de terceros merece un capítulo aparte. En línea de principio presentan diferencias sustanciales en cuanto a su fundamento y naturaleza jurídica, sus presupuestos de aplicación y, también, su régimen procesal. Sin embargo, la progresiva expansión del segundo, especialmente tras las reformas orientadas a reforzar la lucha contra la delincuencia patrimonial y económica, ha intensificado los riesgos de solapamiento. Veámoslo.

Desde el punto de vista del fundamento, sabemos ya que la PTL se apoya en la prohibición del enriquecimiento injusto. El artículo 122 CP impone una obligación de restitución o de resarcimiento a quien, sin intervención alguna en el ilícito penal, ha participado gratuitamente de sus efectos, proyectando en el proceso penal principios (propios del Derecho civil) como el de la nulidad de los negocios de causa ilícita y el de la consiguiente obligación de restitución. El decomiso, por el contrario, constituye una consecuencia accesoria de naturaleza controvertida (en mi opinión predominantemente penal), orientada a impedir la consolidación de situaciones patrimoniales ilícitas y a privar al delito de cualquier rentabilidad.

Las divergencias se acentúan al analizar los presupuestos de aplicación¹⁹. La PTL requiere de la existencia de un delito previo y presupone la buena fe del adquirente, entendida como la ausencia de conocimiento sobre el origen ilícito de los bienes. Esta exigencia resulta incompatible con cualquier forma de mala fe, actuación como testaferro, simulación negocial o participación en el delito. El decomiso de terceros, por su parte, se fundamenta precisamente en la concurrencia de indicios de ilicitud conocidos o cognoscibles por el tercero. Otra diferencia particularmente relevante se aprecia con relación al título de adquisición. Mientras que la PTL exige necesariamente una adquisición gratuita y el conocimiento de estar adquiriendo a tal título, el decomiso de terceros puede recaer tanto sobre adquisiciones gratuitas como onerosas (en este último supuesto, cuando exista contraprestación, el ordenamiento recurre al decomiso por valor equivalente previsto en el artículo 127.3 CP).

Por último, las diferencias se proyectan también en el plano procesal²⁰. La naturaleza civil de la participación a título lucrativo determina que la acción sea disponible –sujeta al plazo general de prescripción previsto en el artículo 1964 del Código Civil, fijado en cinco años para las acciones personales que no tengan señalado un plazo especial–, que el tercero solo pueda ser llamado a instancia de parte y que su posición procesal sea la de un responsable civil. El decomiso a terceros, por el contrario, responde a una lógica de actuación de

¹⁹ RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 102; 129 y 130.

²⁰ RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 123 y 124; STS 1006/2021, de 17 de diciembre.

oficio, con un régimen cautelar más intenso y con consecuencias patrimoniales que pueden anticiparse incluso antes de la sentencia definitiva.

Dicho todo ello, es cierto que la introducción del artículo 127 quáter CP y, en particular, de las presunciones de conocimiento o sospecha del origen ilícito en los supuestos de transmisión gratuita o por precio inferior al de mercado ha intensificado los riesgos de confusión entre ambas figuras, pudiendo operar un efecto de desplazamiento (indebido) de supuestos que deberían resolverse en el ámbito del artículo 122 CP hacia el régimen del decomiso, con una sensible merma de las garantías propias del adquirente de buena fe.

Aun contando con ello, hay que reafirmarse en la idea de que responden a lógicas normativas distintas y de que, precisamente por ello, resulta imprescindible preservar una delimitación estricta entre ambas figuras, evitando que el decomiso se utilice como un atajo para eludir las exigencias dogmáticas y procesales del artículo 122 CP y garantizando así el respeto a los principios de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica. El beneficiario no responde por haber conocido, querido o aceptado el delito, sino por encontrarse en una situación patrimonial objetivamente vinculada a sus efectos. Conforme al criterio que considero más acertado, el conocimiento del origen delictivo no opera, por tanto, únicamente como un límite externo orientado a excluir la aplicación del artículo 122 CP en ciertos casos en que, al acreditarse, deban entrar en aplicación otras figuras (penales o civiles). Lo que se describe en dicho precepto es un mecanismo excepcional, de naturaleza esencialmente reparatoria, cuya legitimidad dogmática depende de una delimitación estricta de sus presupuestos de aplicación. La buena fe es incompatible con la sospecha o el conocimiento²¹, y si se puede probar que el tercero ha actuado de buena fe nunca podrá traerse en aplicación el decomiso²². Expandir el ámbito material de la PTL, utilizándola como sustitutivo funcional de medidas de decomiso, compromete la coherencia interna de la figura y tensiona los principios de culpabilidad, legalidad y proporcionalidad.

VII. SÍNTESIS

Algunas resoluciones judiciales revelan la tendencia a forzar la aplicación de la PTL más allá de lo que autorizan su configuración normativa y sistemática, en una dinámica que responde tanto a su posición fronteriza dentro del sistema penal como a la presión por ofrecer una respuesta jurídica a situa-

²¹ BORGES TERRA, 2024, 273 y 279.

²² RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *CPC*, 2022, 122; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2024, 50; CASTELLVÍ MONSERAT, 2025, 345.

ciones de enriquecimiento derivado del delito y que generan una acusada percepción de injusticia material. Elemento clave en esa utilización instrumental de la figura es la relajación de los requisitos relativos al elemento cognitivo, que ha permitido darle entrada, en la arquitectura de la figura, a estándares próximos al dolo eventual o a la imprudencia grave.

Esta utilización instrumental resulta, sin embargo, dogmáticamente inaceptable, en la medida en que transforma una figura excepcional en un recurso subsidiario del sistema penal. La PTL no puede concebirse como una cláusula abierta destinada a corregir cualquier situación de beneficio patrimonial derivado del delito. Cuando se pierde de vista su carácter estrictamente excepcional y restitutorio, el artículo 122 CP corre el riesgo de convertirse en un instrumento de expansión del Derecho penal patrimonial, tensionando los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BORGES TERRA, L.: La delimitación entre el delito de blanqueo de bienes y la participación a título lucrativo, Sevilla, 2024.
- BANACLOCHE PALAO, J., El partícipe a título lucrativo, Madrid, 2021.
- DEL CARPIO DELGADO, J., *Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 Cp y la participación por título lucrativo del artículo 122 CP: una primera aproximación*, Revista Penal, núm. 39, 2017, pp. 31 ss.
- CASTELLÓ FOZ, M., *La responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo*, Diario La Ley, 10214, 2023, pp. 2 ss.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *Repensando la participación a título lucrativo*, en Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, 2025, pp. 325 ss.
- CÓRDOBA RODA, J.: *De la responsabilidad civil derivada de los delitos*, en Comentarios al Código penal, Madrid, 2011, pp. 938 ss.
- DELGADO SANCHO, C. Responsabilidad civil ex delicto. Guía práctica sobre la responsabilidad civil derivada de la comisión de determinados delitos, Madrid, 2020.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso*, Diario La Ley, núm. 8667, 2015, pp. 1 ss.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M., La participación a título lucrativo y el decomiso de bienes de terceros, Sevilla, 2024.
- MONTÉS PENADÉS, V. L.: *Título V-Capítulo II*, en Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, Valencia, 1996, pp. 629 ss.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 12, 2010, pp. 1 ss.

- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.: *Debate actual en torno a la participación a título lucrativo y el decomiso a terceros*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 138, 2022, pp. 97 ss.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I.: *Artículo 122*, en Comentarios al Código penal, tomo IV, Madrid, 1994, pp. 873 ss.

IV

Parte especial

1. UNA MIRADA VINTAGE SOBRE LOS CIBERDELITOS

MARÍA ACALE SÁNCHEZ ¹
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Cádiz

*Al Prof. Enrique Peñaranda:
primeros frutos de mi actual trabajo*

I. PRESENTACIÓN

El actual desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TIC's) ha facilitado considerablemente muchas de las actividades cotidianas de la vida como pagar en un supermercado, firmar un documento o contactar con otra persona de forma que del pago en efectivo, se ha pasado al pago con tarjeta, *bizum*, o con transferencia bancaria, de la firma ológrafa, a la firma digital y de los servicios de Correo postal, a WhatsApp, *Telegram* o *Instagram*. Lógicamente, los cambios en los usos sociales reflejan cambios también en los procesos de victimización, en la medida en que al tiempo que han venido a facilitar la vida diaria, las TIC's han abierto ventanas de oportunidad a la criminalidad que ha encontrado nuevas posibilidades para cometer una estafa, una falsificación de un documento, un atentado contra la intimidad o contra la libertad sexual. El cambio de paradigma llega hasta el punto de que las estafas informáticas conocidas en 2024 crecieron un 490 % sobre las registradas en 2016.

¹ Proyecto I+D «Protección penal de la imagen frente al chantaje de los nuevos desafíos del siglo XXI: venganzas sexuales, fake news, trampantojos y otros enredos» (PID2024-159340OB-I00).

Todo apunta pues a que las *estafas de la estampita* han pasado a mejor vida y han sido sustituidas por las ciber estafas –también llamadas *phishing*². El fenómeno al que se hace mención no solo es ya una realidad, sino que los avances tecnológicos que se suceden vaticinan que en un futuro se incrementarán las cifras de la delincuencia que transita por vericuetos informáticos.

Debe dejarse sentado que nadie está protegido frente a los nuevos riesgos por las huellas digitales que nuestro comportamiento va dejando³. Y el impulso que se le ha dado por parte de las distintas Administraciones públicas a la administración electrónica a partir de la aprobación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y la 40/2014, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público favorece el flujo de los datos personales y por ende, la exposición a procesos de victimización.

Lógicamente, de la mano de los cambios sociales experimentados, también el ordenamiento jurídico y el Código penal en particular ha ido experimentando cambios para adaptarse a aquéllos de manera que en el texto original de la LO 1/1995, se han sucedido un conjunto de modificaciones enderezadas a adaptar la protección de bienes jurídicos clásicos, así como a castigar nuevas conductas que hasta que el desarrollo tecnológico no ha evidenciado los riesgos que esconde, no se ha sentido la necesidad de proceder a hacerlo.

Muy temprano, la normalización y generalización del uso de las TIC's dio lugar a que un sector de la doctrina entendiera que su impacto en la vida de las personas y en las relaciones sociales permite visibilizar la *seguridad digital* como un nuevo bien jurídico, nacido al ritmo vertiginoso en el que la vida ha experimentado el vuelco al *ciberespacio*. Y ello lleva a estos autores a defender la existencia de un bien jurídico colectivo que guarda relación con la seguridad online: la ciberseguridad, de la que depende que estén a resguardo nuestros datos personales. Hoy sin embargo es posible hacer una interpretación *vintage* de estas figuras delictivas, en el sentido, como se verá, de defender que, como la vida diaria, también el Código penal ha de normalizar la protección de los bienes jurídicos de siempre frente a nuevos riesgos poniendo a resguardo el principio de legalidad⁴.

El estudio del arsenal punitivo con el que hoy cuenta el Código penal pone de manifiesto la existencia de figuras delictivas que mantienen un diferente nivel de maridaje entre las nuevas realidades sociales y los bienes jurídicos protegidos.

² Vid. Balances de la Criminalidad del Ministerio del Interior (<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/balances>).

³ ACALE SÁNCHEZ, 2025, pp. 217 ss.

⁴ En la literatura más reciente, identifica la «libertad informática» como bien jurídico protegido entre otros en el delito del artículo 197.2 y 197 bis.1: MÍNGUEZ ROSIQUE, 2025, p. 1175.

II. CIBERDELITOS

1. Acercamiento

Por ciberdelitos pueden entenderse aquellas figuras delictivas que incorporan en el ámbito de la tipicidad manipulaciones de naturaleza informática y que por eso serán denominados –dentro de la etiqueta más amplia de los ciberdelitos– *delitos informáticos*, junto con otro conjunto de conductas que incorporan como elementos nucleares las funciones de comunicación e información que desarrollan estas modernas tecnologías⁵. Ese vínculo entre las tecnologías de referencia y los bienes jurídicos protegidos se lleva a cabo de forma explícita si bien cuando se trata de delitos nuevos que llegan al Código para hacer frente a fenómenos criminales que se desenvuelven por su naturaleza en el ámbito online, en ocasiones, el legislador omite dicha referencia, lo que no impide catalogarlos como los ciberdelitos que son: difícilmente se puede hacer frente al *revenge porn*, por ejemplo, ignorando las características criminológicas que lo definen.

Hoy, tras sucesivas reformas, el Código castiga ciberdelitos que atacan contra la integridad física (art. 156 bis), la integridad moral (art. 177 bis), el patrimonio (arts. 249, 256, 264, 264 bis y 264 ter⁶), la propiedad intelectual (arts. 270.2, 3 y 5.c y 272), el mercado y los consumidores (art. 282 bis y 286.4), la intimidad (arts. 197.1, 2 y 7, 197 bis y 197 ter), la libertad ambulatoria (art. 172 ter), la libertad sexual (arts. 183, 186, 189 y 189 bis), la seguridad de los menores (arts. 143 bis, 156 ter y 361 bis), la Constitución (art. 577), los derechos fundamentales (art. 510.3) y el orden público (art. 577).

Como se observa, a falta todavía de la subdivisión entre delitos informáticos y relativos a las TICs, el elenco de bienes jurídicos respecto de los cuales el legislador ha previsto en el ámbito de la tipicidad la incidencia de estas tecnologías es amplio. Se trata de figuras delictivas que lejos de atacar contra bienes jurídicos novedosos nacidos al albur de los tiempos actuales, atacan contra bienes jurídicos protegidos por las leyes penales desde antes de que la informática viniera a facilitar nuestras vidas al tiempo que a abrir ventanas de oportunidad a la criminalidad. Y es que se trata antes y hoy de los bienes jurídicos más vulnerables que tutela y ha tutelado desde los primeros momentos de la codificación, nuestro Código penal.

En común tienen todas ellas el hecho de que autor y víctima no está previsto legalmente que coincidan en las mismas coordenadas de espacio y tiem-

⁵ Vid. GIL Y GIL/HERNÁNDEZ BERLINCHES, 2019, pp. 154 ss.

⁶ Téngase en consideración el artículo 573.2 en el ámbito de los delitos de terrorismo.

po en el momento de la consumación, que se produce con la mera interacción online de ambos. A diferencia pues de los procesos victimales de corte más clásico que exigen en muchos casos el contacto corporal o cuanto menos la proximidad física de autor y víctima, los nuevos escenarios que favorecen la comisión de estas conductas los alejan, y ello con independencia de que la finalidad que persiga el autor cuando lleva a cabo la conducta típica sea obtener un encuentro personal en un futuro.

A continuación se llevará a cabo un estudio de los ciberdelitos existentes en el Código con la finalidad de comprobar si protegen bienes jurídicos nuevos, o si se limitan a ampliar las conductas típicas hasta abarcar una serie de manipulaciones informáticas⁷ o las singulares características de espacio y tiempo en las que el autor lleva a cabo su delito⁸.

2. Delitos informáticos

Si se sigue el orden sistemático que impone el Código, la primera de esas figuras delictivas –introducida tras la reforma operada por la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual– aparece regulada en el artículo 172 ter.5⁹. Su naturaleza informática viene dada por el hecho de que el autor ha de crear un perfil falso en redes sociales, páginas de contacto u otros medios de difusión online utilizando la imagen de otra persona cuando de esa forma le cause situación de acoso, hostigamiento o humillación que viene a caracterizar a esta modalidad de *stalking* online a través del cual se lesiona el bien jurídico libertad. No obstante, dicha conducta guarda una innegable relación con la protección de la imagen personal –es el objeto material del delito– y con la libertad sexual –la víctima se ve involucrada en páginas de contacto que tienen

⁷ De sumo interés resulta la referencia coincidente que lleva a cabo el legislador en los delitos contra la intimidad (art. 197 ter), en las estafas informáticas (art. 249.2) y en los daños informáticos (art. 264 ter) a la utilización por parte del autor de un *programa informático* o a *otros medios diseñados* para facilitar el acceso a los datos íntimos o a la información sobre la que el autor comete sus manipulaciones para causar daños o alcanzar un beneficio económico (*vid.* la STS 183/2024, de 29 de febrero).

⁸ Se trata de un sujeto que comete su delito transitando por las redes sociales desde la intimidad, el confort y la confianza que le genera poder actuar oculto en su guarida (*vid.* STS 183/2024, de 29 de febrero), lejos de la posible interrupción por parte de la víctima o de terceras personas. Esta dinámica comisiva conlleva una forma subliminalmente alevosa de delinquir. A los efectos de colmar el dolo, señala la SAP de Valladolid 88/2021, de 29 de marzo, que basta tener un conocimiento de mero usuario.

⁹ El carácter informático de la conducta analizada no impide la posible subsunción de otros comportamientos que se valen del entorno de las redes sociales en el resto de las conductas que se castigan en el artículo 172 ter. Basta pensar en el autor que de forma insistente y reiterada altere la vida cotidiana de la víctima estableciendo contacto con ella a través de WhatsApp o de sus redes sociales. Puede verse en este sentido la STS 295/2025, de 28 de marzo.

una finalidad clara—, lo que determina que en su interior se vean constreñidos varios bienes jurídicos por este delito informático¹⁰. La llegada al Código de esta modalidad de *stalking* no significa que hasta entonces no haya sido constitutivo de delito la utilización de la imagen personal ajena para abrir perfiles falsos en las redes sociales. En este sentido, la SAP de Islas Baleares 216/2011, de 13 de octubre castigó como autor de la conducta tipificada en el artículo 197.2 al sujeto que creó un perfil en internet en el que colgó fotos sin consentimiento de la persona fotografiada (que aparecía desnuda)¹¹. Con la inclusión en el artículo 172 ter.5 de esta conducta, se ha producido un evidente cambio de interpretación del desvalor de resultado inherente a la misma, que pasa del ámbito de la intimidad, al de la libertad si bien en ambos casos resulta clara la utilización de la imagen personal que es la que soporta el atentado informático¹². La duda legal gira solo en torno a la identificación del bien jurídico afectado por una conducta sobre cuya peligrosidad para quien la sufre parece estar clara.

Por otra parte, los delitos contra la intimidad son un verdadero campo de minas en cuanto a la identificación de conductas en las que se hace mención expresa a la informática y a las TIC's. De entre todas ellas, en este lugar ha de prestarse especial atención a la conducta castigada en el artículo 197 bis que fue incorporada al Código a través de la reforma operada por la LO 1/2015, y en la que se castiga un delito informático contra la intimidad (*hacking*)¹³ consistente en el acceso o el mantenimiento ilícitos en un sistema de información vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo. De la misma naturaleza informática es el delito de interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos que se «produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información» del artículo 197 bis.2, dándose la singularidad de que en este caso la naturaleza *informática* de la conducta se constata por la utilización de artificios o instrumentos técnicos, así como por el resultado de la interceptación de las transmisiones no públicas de datos informáticos. El hecho de que ambas conductas se consumen sin necesidad de que el autor entre a conocer archivo alguno, permite a un sector de la doctrina afirmar que se trata de figuras delictivas en las que se protege la *seguridad informática*¹⁴. La lógica de

¹⁰ Sobre el tratamiento jurisprudencial de la utilización de las fotos subidas a Facebook *vid.* RUIZ MORALES, 2019, p. 189; SOLARI MERLO, Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, 2021, pp. 91 ss.

¹¹ Se afirma que «dichas fotografías fueron hechas, con el beneplácito y consentimiento de la Sra. Lourdes».

¹² *Vid.* por todos JAREÑO LEAL, 2008; CALETTI, 2024.

¹³ GIL Y GIL/HERNÁNDEZ BERLINCHES, p. 195.

¹⁴ GIL Y GIL/HERNÁNDEZ BERLINCHES, pp. 195 ss.

este razonamiento no parece discutible, si bien es posible tener en consideración que se trata de proteger las condiciones de seguridad en el ámbito informático del bien jurídico intimidad a través de un delito de peligro.

En el ámbito de los delitos patrimoniales se incluyen las estafas y los daños informáticos¹⁵. En ambos casos, se recurre a la misma técnica de tipificación en virtud de la cual a los convencionales delitos de estafas (art. 248) y de daños (art. 263) se le añaden las estafas (art. 249) y los daños (arts. 264, 264 bis y 264 ter) informáticos de manera que se adapta la protección del patrimonio a las precisas formas de ataque que se producen en el ámbito tecnológico. En efecto, la versión vigente del delito de estafa informática del artículo 249 es fruto de la reforma que del mismo operó 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, cuya finalidad no fue otra que la de separar la estafa informática de las estafas genéricas adaptando y corrigiendo algunos de los elementos más clásicos que dificultaban la subsunción de estas estafas informáticas que consisten en conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero a través de una manipulación informática o artificio semejante equiparable al engaño. Los paralelismos con el delito madre de estafa son, como se ve, innegables¹⁶. El propósito del legislador ha de ser valorado positivamente, si bien no se ha prestado especial atención a los graves problemas concursales que suscita: basta tener en consideración los hechos probados en la STS 834/2012, de 25 de octubre, en la que se señala –en un supuesto de *phishing*– que «estamos, por tanto, en presencia de una actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática –banca online– a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que

¹⁵ Entre los factores que vienen a restringir las características más atractivas de las víctimas a sufrir este tipo de delitos, se encuentra la edad. Así, cuando de ciberdelitos de naturaleza patrimonial se trata, los datos existentes ponen de manifiesto que afectan fundamentalmente a personas de edad avanzada que pican (*phishing*) en el anzuelo que les ha lanzado el autor por sus formas de vida que pasan por su confianza, su ingenuidad y la falta de redes sociales en el mundo real con los que compartir sus vidas (estafas por amor, ganadores de premio, o beneficiarios de herencias de familiares lejanos...): *vid.* la STS 413/2015 de 30 junio, en el que se enjuicia un timo conocido como «cartas nigerianas», en su variante de la falsa herencia.

¹⁶ La jurisprudencia viene considerando «manipulación informática» el uso de la clave de acceso a la cuenta corriente obtenida por el autor. Así afirma la STS 509/2018, de 26 de octubre que «la identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el artículo 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva».

se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad»: por una parte, existe una manipulación informática que consiste en la redirección de los usuarios a una página web que es una réplica de la original —este es el engaño—, a consecuencia de la cual, el autor consigue las claves de acceso y dependiendo de que las mismas hayan sido «entregadas» (por el engaño) por la víctima o conseguidas por el autor a partir de una manipulación informática, será aplicable una u otra modalidad de estafa.

Por su parte, el genuino delito de daños informáticos viene castigado en el artículo 264¹⁷ consistente en «de manera *grave*» borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles «datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos» cuando «el resultado producido fuera *grave*»¹⁸. La pluralidad de conductas a las que se refiere el precepto abarca desde el borrado hasta la causación de daños a través de *malware* que atacan a los datos informáticos, los programas informáticos o los documentos electrónicos ajenos¹⁹.

Como ha podido observarse, los delitos informáticos tipificados en nuestro Código penal han venido a robustecer la protección de los clásicos bienes jurídicos de la libertad, la intimidad y el patrimonio frente a nuevas conductas en las que el autor se prevale junto a sus conocimientos informáticos, de la posibilidad de llevar a cabo sus acciones a resguardo de la intervención de una tercera persona que intervenga en defensa de la víctima. Este es el plus de desvalor de acción que sostiene a estas figuras como delitos autónomos de los genéricos atentados contra la libertad, la intimidad y el patrimonio.

3. Los ciberdelitos que incorporan las TIC's como elementos nucleares de la tipicidad

Junto a los delitos que incorporan las referidas manipulaciones informáticas, deben ser analizados aquellos otros en los que las TIC's forman parte de la tipicidad.

¹⁷ Téngase de nuevo en consideración el artículo 573.2 en el ámbito de los delitos terrorismo.

¹⁸ La jurisprudencia se ha centrado en la exigencia por dos veces del requisito de la gravedad: *vid.* las SSTs 220/2020, de 22 de mayo y 91/2022, de 7 de febrero.

¹⁹ *Vid* la STS 183/2024, de 29 de febrero, en la que el autor, administrador de una red, crea un programa informático denominado «bomba lógica», un software que se incrusta en varios códigos cuyo principal objetivo era «realizar un ataque malicioso a la parte lógica del ordenador para borrar ficheros, alterar el sistema o incluso inhabilita por completo el sistema operativo de un PC».

Entre ellos tras la reforma del Código operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección de la infancia y de la adolescencia, deben tenerse en consideración las conductas castigadas en los artículos 143 bis, 156 ter y 361 bis cuyo objetivo fundamental ha sido el de castigar la distribución o difusión pública 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» (art. 143 bis), a «la autolesión» (art. 156 ter) y al «consumo de productos o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas» (art. 361 bis), siempre que vayan dirigidos a personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección²⁰. La relación entre las conductas sancionadas y las TIC's es tal que de utilizarse otras vías, dejarían de ser delitos.

Al margen ya de las diseminadas referencias que a las TIC's se hacen en el tipo central del artículo 270.1 de los delitos contra la propiedad intelectual²¹, brilla con nombre propio el delito de piratería informática del artículo 270.2. El carácter de ciberdelito aparece en este caso derivado de la propia conducta típica, es más, de la *esencia* de la misma, que consiste en facilitar el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones de propiedad intelectual sin autorización de los titulares, «en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a obras y contenidos»²².

Dentro de los delitos contra la intimidad²³, han de calificarse como ciberdelitos las conductas castigadas en los párrafos primero y segundo del artículo 197.7 a pesar de su tenor literal. En efecto, la conducta castigada en el artículo 197.7. I llegó al Código penal a través de la reforma que del mismo llevó a cabo la LO 1/2015 con la finalidad de hacer frente a los casos de *revenge porn* tras el mediático caso de *Olvido Hormigos*, nombre de una concejala que entregó a su pareja un video de contenido sexual y que éste tras la ruptura distribuyó a través de internet²⁴. No obstante, se da la paradoja de que

²⁰ En el ámbito del artículo 510.3 se agrava la pena si la incitación al odio «se hubiera llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas».

²¹ Así, dentro del artículo 270, en el número 5.a) se mencionan las «copias digitales», en la letra d) las «medidas tecnológicas» y en el número 6 (que está en el *iter criminis* de la conducta castigada en el artículo 270.2) se castiga al que posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador.

²² RODRÍGUEZ MORO, 2023, pp. 307 ss.

²³ DOVAL PAIS/JUANATEY DORADO, 2009, pp. 547 ss.

²⁴ Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, pp. 13 ss.; SÁNCHEZ BENÍTEZ, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2021, sin paginar.

en el tipo no se hace ninguna referencia a las TIC's. A pesar de ello, debe incluirse esta conducta dentro del bloque de los ciberdelitos caracterizados como «delitos que incluyen las TIC's» en el ámbito de la tipicidad en la medida en que nació para hacer frente precisamente a la difusión de imágenes íntimas a través de internet ²⁵.

Por su parte, la conducta castigada en el párrafo 2.º del artículo 197.7 ha llegado al Código a través de la reforma operada por la LO 10/2022 como complemento de la prevista en el párrafo anterior, pues la realidad ha venido a poner de manifiesto que la intensidad del daño que sufre la intimidad de la víctima cuando ve distribuidas imágenes suyas íntimas sin su consentimiento se multiplica cuando otra u otras personas las difunden a terceros –con el riesgo para la víctima de terminar haciéndose virales al ser retuiteadas. En este caso tampoco se hace mención expresa a las TIC's, y sin embargo se sobreentiende que cuando se ha procedido a su castigo, se ha hecho precisamente a partir de la realidad objeto de intervención.

Puede concluirse afirmando que ambas figuras son muestra de un derecho penal moderno que parte de la realidad criminológica que señala el ámbito online como el flujo natural por el que transcurren determinadas conductas. No obstante, el hecho de que en las dos se guarde silencio en torno al uso de las redes sociales como ámbito de comisión específico de estas conductas deja abierta la posibilidad de que sean cometidas cuando el autor las difunda por otros medios de otra naturaleza.

Finalmente, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual de los menores y de las personas con discapacidad ²⁶, las TIC's cobran una especial significación en los artículos 183, 186 y 189 bis, dada la especial vulnerabilidad de estas víctimas a sufrir engaños, chantajes y abusos de naturaleza sexual.

El artículo 183 fue introducido en el Código a través de la reforma que operó la LO 5/2010 (y posteriormente por las LLOO 1/2015 y 10/2022). Su finalidad, según se avisaba en el preámbulo de la primera ha sido la de cumplir con la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, incidiendo en dos ideas nucleares que vienen a legitimar su existencia como delito autónomo: la facilidad de acceso al ámbito de las TIC's para entrar en contacto con menores de 16 años, así como el anonimato que le permiten al autor (SAP de Castellón 299/2019, de 24

²⁵ CALETTI, *Diritto Penale Contemporaneo*: Rivista trimestrale, 2018, pp. 71 ss.

²⁶ Unas veces menores de 16 años, otras de 18 que se equiparan, en algún caso, a las personas con discapacidad y en otras no.

de septiembre). En efecto, el artículo 183 tipifica el delito de *grooming* y en él es esencial que el autor «a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación contacte con un menor de 16 años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento». La utilización de tales medios tecnológicos es esencial a los efectos de su relevancia típica, hasta el punto de que el acercamiento realizado bis a bis no es típico y todo lo más podría ser castigado como tentativa de agresión sexual a menor de edad del artículo 181. Por su parte, el número 2 del artículo 183 castiga al que a través de los mismos medios descritos en el número 1 «contacte» con un menor de 16 años y «realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor». Al ser conductas distintas, nada impide que ambas entren entre sí en concurso de delitos (SAP de Zaragoza 250/2017, de 13 de septiembre).

Ciberdelitos sexuales son también las conductas relacionadas con la pornografía infantil de los artículos 189 y 189 bis. El primero de ellos es el que en puridad castiga el delito de «pornografía infantil» y en su interior, más allá de la inclusión de la difusión por cualquier medio²⁷, y de la referencia contenida en el número 5 al consumo de «pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las TIC's», lo que verdaderamente confiere carácter de ciberdelitos a las distintas conductas que en él se castigan es la previsión contenida en su número 8, en virtud de la cual «los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español»²⁸. De la definición de pornografía infantil ha de resaltarse en este momento que se considera

²⁷ La forma de distribución más común en la actualidad es a través de internet, con el acceso a páginas de contenido sexual que ponen en contacto a otros distribuidores que intercambian su material (P2P) que han sido analizadas policialmente y a las que se refiere la STS 429/2019, 27 septiembre.

²⁸ Su párrafo 2.º añade que «estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal». El hecho de que el autor cometa el delito en estas condiciones amplía las dificultades procesales para localizarlo por lo que parece que existen datos desde los cuales poder afirmar que la bolsa oculta de criminalidad es mayor en la delincuencia online que en la offline. *Vid.* por todos GARCÍA TORRES, *Revista Ciencia Policial*, 2024, pp. 15 ss. Las SSTS 300/2015, de 19 de mayo y la más reciente 629/2025, de 3 de julio, analizan las posibilidades de manipulación de una conversación de WhatsApp, de manera que se desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria.

tal «todo material que represente de manera visual a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada», referencia esta última a la pornografía técnica en la que el material no sea –como señala el precepto– real y sea meramente simulada, vía por la que se admite la tipicidad de la creación de material pornográfico en la que aparezcan menores con técnicas de *deepfake*, única vía para castigar en la actualidad estas conductas²⁹.

Finalmente, el artículo 189 bis, incorporado al Código por la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia, castiga actos preparatorios de las conductas previstas en el propio capítulo V (de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores), así como en los capítulos II (De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y IV (De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual). El precepto se centra en el empleo de las TIC's para distribuir o difundir públicamente contenidos que específicamente estén destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos castigados en esos concretos capítulos.

La aproximación realizada a los ciberdelitos incluidos en el Código penal pone de manifiesto que se trata de figuras delictivas que atentan contra los clásicos bienes jurídicos de la vida, la salud, la propiedad intelectual, la intimidad, la libertad sexual y la salud colectiva, ampliando su protección frente a conductas novedosas desconocidas en otros momentos históricos porque hacen frente a comportamientos que solo se entienden en el marco de la forma de vida actual.

III. DELITOS TRADICIONALES

Con todo, más allá de los delitos en los que expresamente se hace mención a la informática o en los que las TIC's ocupan un lugar esencial, es posible encontrar otras figuras delictivas en las que poder subsumir comportamientos

²⁹ En estos momentos sigue su trámite parlamentario el Proyecto de Ley Orgánica (121/000052) para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales que prevé incorporar un nuevo delito de «trato degradante» que gira en torno a los *deepfake* en un nuevo artículo 173 bis en el que se castiga a «quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias». El precepto añade un párrafo segundo en el que se agrava la pena «si dicho material ultrafalsificado se difunde a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual».

que se desenvuelven en el ámbito online³⁰. Basta pensar en los delitos que incorporan como conducta típica la «captación», que hoy se lleva a cabo a través de internet³¹ o la difusión castigada en el artículo 186 «por cualquier medio directo» o la «exhibición» de material pornográfico entre menos de edad o personas con discapacidad³². Este es el motivo por el cual también las injurias y calumnias, a pesar del silencio que guardan, tienen una indudable relación con las TIC's. En este sentido, es fácilmente comprensible que cuando el artículo 211 define las injurias y calumnias hechas con publicidad está implícitamente admitiendo la publicidad y la propaganda online.

La posibilidad de que clásicas figuras delictivas sirvan para hacer frente a nuevas conductas que se producen en un escenario virtual ha requerido en muchos casos una evolución en su interpretación clásica. Es lo que ha sucedido con el delito de violación, que de exigirse el contacto corporal entre sujetos activos y pasivos como consecuencia de que se haya considerado durante años un delito de propia mano³³, se ha pasado a admitir que se cometa a través de un ordenador como ha hecho la STS 447/2021, de 26 de mayo³⁴, de cuya dinámica comisiva se desprende que se trataba de un *hacker* que extorsionaba a través de internet a mujeres, que tenían que llevar a cabo determinados comportamientos de tipo sexual ante una *web-cam* si no querían ver distribuidas imágenes suyas íntimas que el autor había obtenido al introducirse en sus ordenadores con programas informáticos de forma subrepticia y sin consentimiento. Uno de los actos a los que se vio obligada la víctima fue a la introducción de objetos por las vías señaladas en el artículo 179³⁵.

Pero también puede pensarse para ilustrar el abanico de posibilidades que se abre para interactuar penalmente en el ámbito de las TIC's a través de deli-

³⁰ Muy novedosa resultó ya en 1995 la inclusión dentro del artículo 197 junto a los «papeles» o las «cartas», de los «mensajes de correo electrónico» o los «soportes informáticos, electrónicos o telemáticos» del número 2.º *Vid.* al respecto MORALES PRATS, 2011, pp. 449 ss.

³¹ La captación es elemento típico en los delitos de tráfico de órganos (art. 156 bis), la trata (art. 177 bis), el mercado y los consumidores (art. 282 bis) y de los delitos de terrorismo (art. 577.2).

³² También castiga la difusión «por cualquier medio» en este caso de pornografía infantil el artículo 189.b).

³³ Por todos, GONZÁLEZ RUS, 1982, pp. 217 ss.

³⁴ Los hechos son calificados como violación intimidatoria. Puede verse en sentido similar la STS 377/2018, de 23 julio en la que se castigó a un hacker por varios delitos de abusos sexuales, hechos que en aplicación de la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual serían constitutivos de violación.

³⁵ En ningún momento existe contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo pero se constata que «el acusado, aprovechándose de la posición de poder que le proporcionaba el apoderamiento ilícito de archivos con imágenes de M. de contenido sexual y atemorizando a M. con que podía difundirlos y causarle con ello un gran perjuicio, consiguió que ella, para que él las viera y pudiera, así, obtener satisfacción erótica, ejecutara ante la *web-cam* conductas de contenido sexual –se desnudaba, se masturbaba, se introducía dedos y objetos por la vagina e incluso simulaba hacerlo por vía anal–».

tos que las ignoran en los hechos sancionados en la STS 547/2022, de 2 de junio, en la que se condena a un *youtuber* como autor de un delito de trato degradante por poner en marcha en su canal lo que él denominó un «reto» consistente en rellenar galletas de una conocida marca con pasta dentrífica y entregarlas a personas indigentes. El video resultante lo subió a su página y recibió un elevado número de visitas³⁶ que le generaron beneficios económicos a través de la publicidad.

A ayudar a visibilizar la interconexión existente entre los ámbitos delictivos online y offline acuden por lo demás aquellos casos en los que, cometido un delito en el mundo offline, su autor recurre a las redes sociales para difundirlo. Así ocurrió en la agresión sexual cometida por la *manada de Pamplona*, cuando tras la consumación de la violación, dos de los autores subieron videos y fotos que habían grabado a sus redes sociales con la finalidad de exhibir su «hazaña». Los hechos fueron castigados por la SAP de Navarra 239/2019, de 19 de noviembre como un delito contra la intimidad del artículo 197.1.5³⁷.

Sirvan pues estos ejemplos como muestra del potencial que ofrecen las clásicas figuras delictivas para hacer frente a la nueva delincuencia online.

³⁶ Según consta en la Sentencia «acto seguido el acusado aparece en el vídeo en primer plano y con el ánimo de ridiculizar y vejear a dicha persona, y en general a todas las personas que se encuentran en situación de extrema pobreza, se dirigió a sus cientos de miles de seguidores diciéndoles textualmente: «la verdad es que se siente bien uno cuando ayudas a una persona. Obviamente la parte del oreo con pasta dental, a lo mejor me habré pasado un poco, pero mira el lado positivo, esto le ayudará a limpiarse los dientes que creo que no se limpiará los dientes en un par de días o desde que se volvió pobre» (sic). Esta sentencia, por lo demás, ha pasado a ser conocida porque condenó al *youtuber* a la pena de 15 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo. Se le impuso también la pena de prohibición de acudir al lugar del delito entendiendo por tal la red social de *Youtube* por 5 años, lo que implicó el cierre por este tiempo de su canal, no pudiendo crear otros durante el cumplimiento de la condena. A terminar con esa discusión viene ahora el 121/000052 Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales que prevé incorporar «la pena de alejamiento de los entornos virtuales, para un mejor cumplimiento de la prevención general y especial en el ámbito de los delitos tecnológicos. En concreto, se modifican los artículos 33, 39, 40, 45, 48, 56, 70 y 83 del Código Penal para incorporar la pena de prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, cuando el delito se comete en su seno. De este modo, se vincula el contenido de la pena a la naturaleza del delito, y se establece una mayor protección de las víctimas, evitando la reiteración de conductas punibles». Por su parte, el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria de 30 de septiembre pasado prevé la inclusión de una nueva pena en los artículos 33.2, 39, 48.4 y 70.3 consistente en «la prohibición de publicar o difundir mensajes, textos, imágenes u otros contenidos que tengan relación directa con el delito cometido, por tiempo superior a 5 años».

³⁷ En los hechos probados de la sentencia se señala que dos de los miembros de la Manada mientras realizaban la violación múltiple de la que fueron condenados por la STS 344/2019, de 5 de julio «con sus respectivos teléfonos móviles grabaron vídeos y uno, obtuvo dos fotos... Los autores actuaron en todo momento con el ánimo de captar y dejar constancia de los actos de naturaleza sexual, realizados sobre la «denunciante», descritos en el apartado «B» del Antecedente de Hechos Probados de nuestra Sentencia 38/2018, sin que esta prestara de forma expresa o tácita su asentimiento, a que se realizaran las grabaciones, ni a que se tomaran las fotos».

IV. CONCLUSIÓN

El estudio realizado de la parte especial del Código penal permite –en esencia– identificar tres niveles de maridaje entre las TIC’s y los bienes jurídicos protegidos. En el primer lugar se encuentran los delitos informáticos, que provocan la lesión de un bien jurídico mediante una manipulación de esta naturaleza; en segundo lugar, aquellos otros en los que las mencionadas tecnologías proporcionan el ámbito en el que interactúa el autor y la víctima, y finalmente, es posible identificar figuras delictivas de corte clásico que, con el tiempo, se han adaptado a los nuevos riesgos y a las nuevas situaciones en las que aquellos se desenvuelven. En ninguno de estos casos ha sido necesario identificar un bien jurídico nuevo relacionado con la seguridad informática, sino que ha bastado con concretar el grado de la ofensa para los clásicos bienes jurídicos protegidos. La seguridad informática no es más que el *leitmotiv* que sostiene la inclusión en el Código de cada una de ellas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: *Violencia sexual de género online: nueva ruta para el tránsito de una violencia clásica*, en *Mujeres y derechos fundamentales. Estudios desde distintas especialidades*, Lima, 2025, pp. 217-254.
- *Derecho penal, imagen e intimidación: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2013, pp. 13-64.
- CALETTI, Gian Marco: *Revenge porn e tutela penale: prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, *Diritto Penale Contemporaneo: Rivista trimestrale*, núm. 3, 2018, pp. 71-108.
- *Habeas corpus digitale. Lo statuto penale dell’immagine corporea tra privatezza e riservatezza*, Torino, 2024.
- DOVAL PAIS, Antonio/JUANATEY DORADO, Carmen: *Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y(o) a la propia imagen*, en *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo I, Valencia, 2009, pp. 545-568.
- GARCÍA TORRES, María Luisa: *Ciberseguridad vs ciberdelincuencia: obstáculos procesales en la persecución de la ciberdelincuencia organizada. Propuestas para una más eficaz represión de los ciberdelitos*, *Revista Ciencia Policial*, núm. 182, 2024, pp. 15-69.
- GIL Y GIL, Alicia/HERNÁNDEZ BERLINCHES, Roberto: *Cibercriminalidad*, Madrid, 2019.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982.

- JAREÑO LEAL, Ángeles: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid, 2008.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina: *Descubrimiento y revelación de secretos*, en *Memento penal*, Madrid, 2025.
- MORALES PRATS, Fermín: *Comentarios al artículo 197*, en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5.^a ed., 2011, pp. 449-470.
- RODRÍGUEZ MORO, Luis: *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal tomo III. Derecho penal. Parte Especial*, vol. I, Madrid, 2023, pp. 307-342.
- RUIZ MORALES, Manuel Luis: *Facebook y otras redes sociales, Derecho a la propia imagen y derecho penal*, en *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Granada, 2019, pp. 189-201.
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian: *Difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima (art. 197.7 del Código penal): a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 70/2020, de 24 de febrero*, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 56, 2021, sin paginar.
- SOLARI MERLO, Mariana: *Medidas de autoprotección en redes sociales. Análisis de los hábitos de los usuarios de Facebook, Instagram y Twitter*, *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, núm. 27, 2021, pp. 91-117.

2. «REPRODUCCIÓN SUBROGADA» COMO FORMA DE «VIOLENCIA REPRODUCTIVA» EN EL INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

«Maternidad de alquiler», «maternidad por sustitución», «maternidad subrogada», «gestación por sustitución», «reproducción subrogada», son algunos de los nombres que se vienen usando en la literatura *ad hoc* para referirse a una técnica reproducción en la que, tras un acuerdo previo entre las partes, la mujer gestante no deviene madre tras el parto. El informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, Reem Alsalem¹, define la reproducción subrogada como una práctica en la que una mujer («la madre sustituta») queda embarazada y gesta un hijo para otra persona o pareja (los «progenitores comitentes» o «progenitores previstos»), afirmando que «estos arreglos pueden realizarse directamente entre la madre sustituta y los progenitores previstos o facilitarse a través de una clínica o agencia de reproducción subrogada». Insiste dicho informe desde el inicio en

¹ Naciones Unidas. Asamblea General, A/80/158. 14 de julio de 2025 («informe de la relatora especial»).

el uso terminológico del término «madre sustituta» y no el de «persona gestante», en tanto en cuanto conceptualarlo como «persona gestante» sería usar una fórmula neutra en cuanto a sexo y al género, mientras que, la gestación es exclusiva de la mujer. «Neutralidad» que, en la propia denominación, reduciría a la mujer a su función reproductora, cosificándola.

Incluye el informe de «informe de la relatora especial» en el término «reproducción subrogada» tanto los casos en los que el óvulo procede de la propia madre sustituta, como aquellos en los que el óvulo procede de madre comitente o de donante (llamada ésta «reproducción subrogada gestacional»), en la que la madre sustituta no tiene vínculo genético con el niño. En ambos casos la «reproducción subrogada» podrá ser comercial o altruista. Al incluir los gastos médicos y conexos derivados de la gestación subrogada en el ámbito de las modalidades «altruistas», las legislaciones que la admiten, en muchos casos están dando lugar a que la «reproducción subrogada» sea casi siempre comercial por naturaleza.

Los distintos Estados están regulando jurídicamente de diferente forma esta forma de reproducción que técnicamente es posible y moralmente es, al menos, discutible. En la propia Unión Europea se pueden encontrar regulaciones jurídicas completamente divergentes². Así, se puede pasar desde su consideración como delito, aún realizada por nacionales en el exterior, en la República Italiana³, a su regulación en el Estado Griego⁴, pasando por fórmulas legislativas como la española, que, desde un plano jurídico privado, con firmeza califican nulo cualquier acuerdo en el sentido indicado, afirmando que —en todo caso— la filiación se determina por el parto. Esto es, en cualquier caso, sea cual sea el acuerdo adoptado, la madre será siempre la mujer gestante que da a luz al recién nacido⁵; cualquier fórmula que trate de simular una filiación distinta podría integrar alguno de los delitos contra el estado civil de las personas⁶.

El fenómeno es situado por el informe de la relatora especial en una realidad transfronteriza en el que la mayor parte del pago va a parar a las agencias de intermediación. Contratos transfronterizos que han dado lugar a problemas de reconocimiento de filiación mutua entre Estados, provocando distorsiones interpretativas tras el nacimiento del fruto de la gestación así conveniada.

² Al respecto, *vid.* ALCÁZAR ESCRIBANO, REJyC, 2024, pp. 309-345.

³ Legge n. 169/2024, que modifica el artículo 12 della legge 19 febbraio 2024, n. 40, en materia de perseguibilidad del delito de gestación para otros, también ejecutada en el extranjero por ciudadanos italianos.

⁴ La Ley 3089/2002 que modifica los artículos 1458 ss. del Código Civil griego, modificada por Ley 3305/2005; Ley 4272/2014; y por la Ley 4958/2022.

⁵ Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁶ Artículos 220 ss del Código penal.

En relación con la posible interrupción voluntaria del embarazo en los términos y con los requisitos recogidos en cada Estado, señala expresamente el informe citado, dentro de la «violencia económica»⁷ que el acuerdo supone, lo siguiente: «se negaba la compensación a numerosas mujeres y se las dejaba sin asistencia cuando abortaban o no cumplían todos los requisitos de su contrato», «en algunos casos, las mujeres que no quedaban embarazadas, debían pagar por su cuenta los tratamientos de fertilidad», «en muchos contratos se les exige a las madres sustitutas que renuncien, por adelantado, a su derecho a tomar sus propias decisiones», a garantizar a «“los progenitores previstos” el “recurso al aborto selectivo” tras la implantación del máximo número de embriones para aumentar el éxito del parto».

No obstante, el informe de la relatora especial, en relación a la violencia reproductiva, afirma expresamente que «los desequilibrios de poder entre las madres sustitutas y los progenitores comitentes tienen graves consecuencias cuando estos últimos imponen un aborto en casos de embarazos múltiples o discapacidad fetal», para lo que —afirma el informe— se usan «tácticas coercitivas como incentivos económicos, amenazas de acción legal, o el retiro de la ayuda brindada tanto a la madre como al bebé», justificando demandas civiles «alegando que el niño pertenece a los progenitores comitentes»; situación que se ve especialmente expuesta en casos de embarazos múltiples o de selección de sexo. Afirmando que también pueden ser objeto de «esclavitud o trata», señalando que «las partes comitentes ejercen este derecho de *usus* sobre el cuerpo de la mujer... obligándola a que se someta a una “reducción embrionaria” o a un aborto».

A pesar del reciente informe de Naciones Unidas, lo cierto es que no es común acudir a la problemática jurídico penal que plantea la interrupción voluntaria del embarazo en relación con una hipotética legislación que permita el acuerdo de subrogación en la maternidad. De hecho, los textos articulados de propuestas de regulación que se han planteado en los últimos años en España solucionan el problema con una simple referencia a que la mujer gestante podrá libremente adoptar la decisión de interrumpir la gestación dándose las circunstancias recogidas en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Así lo reconoce el artículo 6.2 de las distintas proposiciones de Ley que presenta-

⁷ Junto a la «violencia económica», señala en mencionado informe, la violencia psicológica, relacionada —sobre todo— con el posterior proceso de separación del bebé, la violencia física, vinculada con el tratamiento médico al que deben ser sometidas para sincronizar su ciclo con el de la donante,

ra en legislaturas pasadas el grupo parlamentario ciudadanos en el Congreso de los Diputados⁸.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce el derecho de la mujer embarazada –con un determinado procedimiento– a interrumpir voluntariamente el embarazo sin tener que dar explicaciones del porque lo hace. Esta interrupción del embarazo podrá hacerla en cualquier momento hasta las 14 semanas de gestación, con el único requisito de que su consentimiento sea informado, y hasta las 22 semanas en caso de que surjan determinadas anomalías en la gestación del feto. Esta Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, no distingue en ningún caso el origen de la gestación. Es aplicable tanto en una gestación cuyo inicio fue deseado, como en uno de los llamados «embarazos no deseados», de igual forma que es aplicable tanto para gestaciones que tienen origen en una relación sexual, como en aquellas que son el fruto de aplicar alguna de las técnicas de reproducción asistida. Lo único que se exige es que la gestación haya comenzado y que se den los requisitos acerca del consentimiento informado y que la misma se produzca dentro de las 14 semanas de gestación, o que, en el caso del artículo 15 se interrumpa la gestación en los plazos y con las indicaciones médicas exigidas en el mismo.

La previsión de los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010, está concebida dentro de una estructura global que parte, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, de que la filiación se determina con el parto, de modo que –al margen de la procedencia biológica del material genético utilizado en la gestación– gestación y maternidad van íntimamente unidas.

No obstante, el simple planteamiento de la admisión de que puedan surgir efectos jurídicos «erga omnes» del acuerdo de subrogación en la maternidad, por el que una mujer gesta el hijo de otras personas, rompe con los parámetros sobre los que se ha construido el armazón jurídico en la materia. Así, en el caso de admitir la hipótesis de la maternidad subrogada, como señala el Comité de Bioética de España, obligaría a cambiar la relación gestación-maternidad, en tanto que «la gestación deja de verse como la primera etapa de la relación materno-filial, en la que se establecen unos vínculos fundamentales que perdurarán a lo largo de toda la vida y ofrecen la base más idónea para la construcción del vínculo materno-filial, y pasa a verse como un servicio que cualquier mujer

⁸ *BOCG*. Congreso, XII Legislatura; serie B. Propositiones de Ley, 8 de septiembre de 2017; *BOCG*. Congreso, XIII Legislatura; serie B. Propositiones de Ley, 19 de julio de 2019; *BOCG*. Congreso, XIV Legislatura; serie B. Propositiones de Ley, 14 de abril de 2023.

puede prestar a otra o a un hombre, de forma desinteresada o lucrativa, pero sin especiales efectos negativos ni para ella ni para el niño que ha gestado»⁹.

II. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y MATERNIDAD SUBROGADA. ANÁLISIS DE LEGE DATA

El camino seguido a lo largo de la historia hasta llegar a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no ha sido un camino de rosas para garantizar el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. La despenalización de determinados supuestos de la interrupción voluntaria del embarazo en la legislación española es relativamente reciente, habiéndose alcanzado –siempre con grandes dificultades– sólo en las últimas décadas, y no siempre ha sido una decisión adoptada en el ámbito de la libertad de la mujer embarazada. Así, sólo con la reforma del Código penal (texto refundido de 1973) de 1985¹⁰, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985¹¹, se incluyen algunas indicaciones que –si concurren en unos plazos determinados de la gestación– abrían parcialmente la puerta a la despenalización de la interrupción voluntaria a petición de la mujer gestante. Ahora bien, sólo la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo deja claramente en el ámbito decisorio de la mujer gestante la decisión de continuar o no con la gestación, en unos plazos determinados. Es decir, en la primera fase de la gestación, será prioritario en todo caso la decisión de la mujer gestante que, por las razones que ella considere adecuadas, el derecho a la autodeterminación de la mujer y de decidir sobre su propio cuerpo. Lo alcanzado en las últimas décadas respecto a capacidad de la mujer gestante, con la admisión de pactos previos al inicio de la gestación, no tendrá efectos jurídicos sin una norma jurídica que expresamente les dé cobertura. Incluso de haber una norma en este sentido, sería discutible su constitucionalidad.

La vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, parte –como inicia su preámbulo– del estrecho vínculo entre la capacidad de procreación y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, con la decidida protección de este ámbito tan íntimo de la autonomía personal de la mujer. El legislador no ignora la obligación que asiste al Estado de garantizar la vida del nasciturus desde

⁹ Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Madrid, 19 de mayo de 2017.

¹⁰ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417bis del Código Penal.

¹¹ BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985.

el inicio de la gestación hasta el nacimiento. En esa dicotomía de intereses que pudieran verse contrapuestos en algún momento regula por primera vez en España un sistema de plazos en el que dentro de las primeras catorce semanas de gestación se garantiza el derecho de la mujer a acceder a la interrupción de la gestación, si bien, previa información de las razones que asisten al Estado para tutelar la vida del nasciturus. En definitiva, como se ha denominado, el modelo del consentimiento informado.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, está concebida para una identificación entre gestación –como proceso fisio-biológico en el que se desarrolla el fruto de la concepción en el seno de la mujer gestante hasta el nacimiento– y maternidad –como relación jurídica de filiación entre la mujer y el ser humano que llega a nacer–, esto es, desde la perspectiva del principio romano «mater certa est».

Por otra parte, para analizar la situación de lege data en un hipotético contrato de maternidad subrogada en el que la gestante decidiera interrumpir voluntariamente el embarazo, hay que acudir a la regulación de la maternidad subrogada que hace la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Llegados a este punto, en la actualidad, la situación vigente deriva de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Al respecto, el artículo 10 de la Ley 14/2006, afronta expresamente la gestación por sustitución en los siguientes términos: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero»; para, a continuación de forma taxativa sentencie: «2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto»¹².

Con esta fórmula, el artículo 10 de la Ley 14/2006 despeja cualquier duda acerca de los efectos jurídicos derivados de un hipotético contrato de maternidad subrogada o de maternidad por sustitución, declarándolo nulo a todos los efectos en España un contrato de dicha naturaleza, aclarando en el apartado segundo que en todo caso la filiación se determina por el parto¹³. Con esta fórmula parece que el legislador español manifiesta su voluntad de mantener el aforismo romano «mater certa est» también en materia de reproducción asisti-

¹² El artículo 10.3 de la Ley 13/2006, dispone lo siguiente: «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

¹³ Otra cosa será la solución que, en el plano jurídico-civil, a efectos de inscripción en el Registro Civil haya que dar a situaciones de facto llevadas a cabo en otro Estado en el que dicho acuerdo de gestación por sustitución sea admitido en Derecho.

da, es decir, en tema de filiación, respecto de la madre se consolida un mandato de certeza, tanto para la reproducción sexual o asistida. Es cierto, que ese mandato de certeza no puede afirmarse por una continuidad biológica, en tanto que la propia Ley 13/2006 regula la procreación con donación de óvulos, lo que dará lugar a la discordancia entre la «filiación biológica» y la «filiación jurídica», siendo esta última la única con efectos sociales y jurídicos. Al respecto, la certeza materna la fija el legislador español en la gestación, culminada con el parto. La rotundidad con la que se establece que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», impide cualquier otro planteamiento.

Así, si maternidad y gestación coinciden en la misma mujer, sólo ésta, la mujer gestante, será la que tendrá la capacidad de decisión en los supuestos determinados en la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, tanto en los casos del artículo 14 como en los casos del artículo 15.

Al respecto, resulta meridianamente claro, estando prohibido el contrato de maternidad por sustitución, sin que surja ninguna relación jurídica entre la parte subrogante y el fruto de la gestación, en ningún caso (sea cual sea el origen del material genético utilizado), la única persona con capacidad para decidir la interrupción de la gestación en los términos incluidos en los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010 es la mujer gestante. Sólo y exclusivamente a ella le garantiza el artículo 12 de dicho texto legislativo el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que determina dicha Ley. Dicha garantía exige que las condiciones para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo se interpreten en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la gestante que solicita la interrupción, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Téngase en cuenta que ni el artículo 14 ni el artículo 15 Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, hacen referencia al origen del embarazo. Especialmente relevante es el artículo 14 de dicho texto legislativo, en tanto en cuanto que recoge el sistema de consentimiento informado de la mujer embarazada que quiere interrumpir la gestación, no exige entre los requisitos un determinado origen sexual del inicio de la gestación.

Con la regulación jurídica vigente cualquier cláusula relativa a un hipotético resarcimiento por daños y perjuicios causados por la decisión de la gestante de interrumpir el embarazo que se pudiera incluir en un contrato de maternidad por sustitución no tendría efecto alguno, en tanto que el propio contrato en sí mismo es nulo de pleno derecho.

III. INTERROGANTES QUE SURGEN ANTE LA HIPÓTESIS DE UNA HIPOTÉTICA REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Obviamente, un cambio legislativo en la concepción de la gestación como algo diferenciado jurídicamente de la maternidad, obliga también a plantear si las respuestas jurídicas previstas para una concepción de la gestación identificada con la maternidad, con independencia del origen y de material genético empleado, son válidas en una hipótesis en la que la maternidad subrogada sea un hecho, y la gestación no suponga relación jurídica alguna con el individuo que nazca tras su culminación. Ante ello, y centrándonos en la posibilidad de interrumpir la gestación en los plazos y con los requisitos objetivos recogidos en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, surgen interesantes cuestiones de no siempre fácil respuesta: ¿Qué ocurre cuando, dentro de los requisitos legales, los padres comitentes deciden interrumpir la gestación?; En el hipotético caso en el que tuviese un valor vinculante la decisión de la parte comitente para imponer a la madre gestante la interrupción del embarazo, ¿qué ocurre ante una opinión contradictoria entre los miembros de la pareja comitente?; ¿Sería vinculante la decisión de la mujer comitente en el caso en el que no exista un acuerdo de voluntades entre las partes de la pareja comitente, por el hecho de ser mujer, en tanto que la interrupción voluntaria del embarazo es una decisión exclusiva de la mujer?; ¿Podría ser vinculante la decisión del padre comitente, en aquellos casos en los que en el proceso de gestación la mujer gestante porte parte de su material genético?; ¿Debe decidir la pareja comitente aun en aquellos casos en los que el material genético proceda de donante anónimo?; ¿Qué ocurre, por el contrario, cuando dentro de los requisitos legales es la madre gestante la que decide interrumpir el embarazo?; ¿Basta con aplicar lo que se estipule en el ejercicio de la autonomía de la libertad en el contrato de gestación acordado entre las partes contratantes, previo a la transferencia embrionaria? ¿en qué casos, en ejercicio de esa autonomía de la voluntad, cabría la revocación inicial del consentimiento?; ¿Qué ocurre y que efectos tiene la revocación del consentimiento una vez iniciada la gestación?; ¿El derecho a decidir la gestación y, con ello, su desarrollo hasta el parto, forma parte del derecho fundamental a la libertad e la mujer gestante?; ¿Se puede renunciar a un derecho fundamental?; ¿Qué ocurre cuando la mujer gestante no supera la presión de gestar el desarrollo de material genético ajeno y decide renunciar a la gestación, a pesar de haber superado todo el proceso psicológico previo a la adopción del acuerdo de gestación?

Por otra parte, en la hipótesis de que la parte comitente decidan suspender el proceso de gestación, pueden plantearse dos hipótesis: a). Que la renuncia se produzca antes de la transferencia de los embriones con los que se iba a desarrollar la gestación gestante. En cuyo caso la interrupción del proceso no supone más que un incumplimiento contractual cuya solución podría estar bien ubicada en el ámbito civil (indemnización). La gestación no ha comenzado, por lo que no plantea problemas relativos a la aplicación de la Ley 2/2010, de 3 de marzo; b) Que la renuncia se produzca después de la transferencia de los embriones. ¿Quién decide en estos casos?; ¿Es posible incluir en el contrato de gestación por sustitución «la renuncia expresa del derecho de la mujer gestante a interrumpir voluntariamente la gestación, en los términos cuyo ejercicio le garantiza la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo»?; ¿qué eficacia tendría una cláusula de estas características?; ¿Es posible incluir en el contrato de gestación por sustitución «el derecho de la parte comitente a decidir sobre la interrupción de la gestación de la mujer gestante», en tanto que el futuro individuo será «hijo» suyo y no de la madre gestante?; ¿Quién decide la continuación o no de la gestación en casos de que surjan anomalías fetales en su desarrollo?; ¿Cómo se regula la filiación en el caso en el que, reconociendo la capacidad para decidir la interrupción de la gestación a la parte comitente, la mujer gestante decide continuar con la gestación en contra de la decisión de la parte comitente?

Son múltiples las interrogantes que pueden plantearse en relación con la decisión para continuar la gestación tras un contrato de subrogación, en tanto que, aún con un detallado convenio entre las partes, las decisiones posteriores tomadas por la mujer gestante son decisiones que toma sobre su propio cuerpo, y suponen la materialización del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, lo cual incluye también el derecho a revocar el consentimiento dado para actos futuros sobre su cuerpo.

No debe olvidarse, por tanto, que durante todo el periodo temporal que dura la gestación se «juega» sobre los límites de un derecho fundamental cuya titularidad corresponde en exclusiva a la mujer gestante. Lo que lleva a plantear problemas que, al margen de la moral o la ética, afectan directamente al Derecho positivo. Al respecto, el punto de partida debe ser el del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo como un derecho exclusivo de la mujer gestante, recogido así tras una larga y controvertida lucha de la mujer por sus derechos en las últimas décadas hasta llegar a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de la salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, al plantear la admisión de la maternidad por sustitución o subrogada es obligado plantear la titularidad de la capacidad para consentir la interrupción de la gestación, y, si es necesario, distinguir la situa-

ción de la mujer que queda embarazada por cualquier forma (sexual o por la aplicación de una técnica reproductiva asistida) de su propia descendencia, de la situación de la mujer que contrata la cesión de su cuerpo para gestar la descendencia de otros, en cuyo caso habría que considerar a ésta como un simple vehículo para la supervivencia de una vida que le es ajena.

Obviamente, si –en el caso de la existencia de un contrato de gestación por sustitución– la mujer gestante decide interrumpir la gestación de motu propio, y de ello derivase –por un incumplimiento contractual– la obligación de resarcir los gastos generados a la parte comitente por el proceso y la indemnización por la pérdida del hijo que esperaban tener y que la conducta de la gestante ha impedido, al margen de unos hipotéticos daños morales por no poder ver realizados sus deseos de tener un hijo, se puede estar entrando en la cosificación y la mercantilización del cuerpo de la mujer. En definitiva, limitar a una cuestión económica, propia el Derecho privado, la responsabilidad por el incumplimiento contractual, sin dejar de perder la gestante el derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, habría que compatibilizarlo con el ejercicio del Derecho a la libre disposición de su propio cuerpo.

Realmente la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no exige a la mujer embarazada unas razones tasadas para permitirle dentro de los plazos marcados, interrumpir el embarazo, y aunque no lo califica expresamente como el ejercicio de un Derecho fundamental, si le garantiza su ejercicio en los términos y con los requisitos recogidos en los artículos 14 y 15 del texto legislativo. De tal modo que, con la admisión de cláusulas penales en los contratos civiles de gestación por sustitución, su ejercicio se vería condicionado por razones económicas, en tanto de su materialización derivaría una responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados a la parte comitente por el ejercicio de un derecho fundamental de la mujer gestante, de decidir sobre su propio cuerpo. En definitiva, el ejercicio del derecho a decidir sobre su propio cuerpo durante la gestación por parte de la gestante quedaría sujeto a lo estipulado en el contrato privado de gestación subrogada. En este sentido, incluso en el contrato se podrían incluir las razones que permitirían a la gestante interrumpir la gestación sin que de dicha interrupción surgiera la obligación de indemnizar a la parte subrogante.

Esto lleva necesariamente a cuestionarse si el contrato de subrogación realmente lo que implica es una renuncia al derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la gestante. En realidad, colisionan dos intereses que pudieran ser contrapuestos, por una parte, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que es reconocido por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, exclusivamente a la mujer gestante; de otro lado, los

efectos derivados de la admisión de la subrogación de la maternidad parecen dirigidos a garantizar los derechos de la parte comitente y, no se olvide, de las empresas dedicadas a este tipo de prácticas reproductivas.

Otro problema que surge es el relativo a la capacidad para decidir continuar con la gestación en caso de que surjan anomalías en el feto. ¿Quién decide? ¿Qué ocurre si la gestante decide continuar con la gestación del material genético de terceros contra la voluntad expresada por la parte comitente? Al margen de la determinación de la filiación del sujeto que llegara a nacer, ¿podría imponerse la interrupción del embarazo a la mujer que gesta el hijo de otros en estos casos?

Por otra parte, ¿hay que hacer una legislación específica en materia relativa a la interrupción del embarazo de la mujer gestante fruto de una técnica de gestación subrogada diferenciada de la existente que parece prevista para la gestación iniciada por vía sexual? En caso afirmativo, ¿esa hipotética legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo, debe tener tratamiento cuando esté el resultado de la ejecución de los acuerdos alcanzados en un contrato de gestación por sustitución sea comercial o sea altruista?; ¿podría considerarse la actividad comercial como una cierta «profesionalidad» en la que decide la gestante y la subrogada está obligada a aceptar al hijo nacido con determinadas taras, salvo que así lo dispusiese expresamente el contrato de subrogación?; ¿es posible seguir afirmando que no se está negociando con el cuerpo de la mujer gestante como simple objeto del convenio?

En definitiva, una serie de interrogantes a los que, en el caso de regular la contratación de gestación subrogada, deberán tener prevista una respuesta previa y cierta y que, dotada de seguridad jurídica, respete la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer que va a «ceder» su cuerpo para gestar la descendencia de terceras personas, con lo que ello implica física, psíquica y emocionalmente en cada una de las etapas del procedimiento hasta el nacimiento.

IV. BREVE REFERENCIA A LA PROPOSICIÓN DE LA LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (122/000316)

En la pasada legislatura el Grupo parlamentario Ciudadanos presentó, de nuevo, en el Congreso de los Diputados para su tramitación la «proposición de Ley reguladora del derecho de gestación por subrogación»¹⁴, si bien

¹⁴ *BOCG*. Congreso, XIV Legislatura; serie B. Propositiones de Ley, 14 de abril de 2023.

la disolución del Parlamento, como ocurrió en la legislatura anterior, provocó la caducidad de la iniciativa.

Dicha proposición de Ley partía de un hipotético «derecho a la gestación por subrogación, entendiendo por tal, el que asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para construir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en razones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales»¹⁵. Es decir, esta propuesta de regulación permitiría exclusivamente la regulación solidaria.

En su artículo 2, la propuesta legislativa diferencia entre «mujeres, madres, padres y de los niños», mientras que el artículo 3, recoge las definiciones, a efectos de esta Ley, en cuyo apartado b) define la «mujer gestante por subrogación, estableciendo que es «es la mujer que, sin aportar material genético propio, consciente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer»; mientras que por «progenitor o progenitores subrogantes», considera «la persona o personas que acceden a la paternidad o a la maternidad mediante la gestación por subrogación, aportando su propio material genético».

La propuesta de Ley en cuestión limita la condición de la mujer gestante por subrogación a gestar el hijo o hijos del padre/madre/padres/madres, que serán los progenitores subrogantes.

Ahora bien, el artículo 6.1 de la proposición de Ley presentado por el Grupo Parlamentario Ciudadanos recoge entre los derechos de la mujer, el derecho a gestar sin aportar material genético propio, mediante un contrato de gestación por sustitución, el hijo o hijos de del o de los progenitores, para –a continuación– en el apartado segundo del mismo artículo 6 afirmar que «las disposiciones de la presente Ley ni modifican, ni derogan los derechos que a la mujer le reconoce la legislación general, en particular, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. En consecuencia, la mujer gestante podrá interrumpir el proceso, dentro de los supuestos reconocidos por la legislación general, en pleno ejercicio de su autonomía y sin consecuencia negativa alguna para ella».

La propuesta legislativa sigue admitiendo que la capacidad para consentir la interrupción de la gestación está garantizada a quien gesta el fruto de la fecundación, siendo ésta –en los términos expuestos en los artículos 14 y 15 de

¹⁵ Exposición de Motivos de la Proposición de Ley reguladora del Derecho a la gestación por subrogación.

la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo—, expresión del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, la vida, la integridad física y moral, la libertad ideológica y la no discriminación.

Ahora bien, de otro lado, cuando el artículo 9 de la proposición de Ley recoge en su apartado segundo las determinaciones que, como mínimo, ha de tener el contrato de gestación por subrogación, incluye la exigencia del «consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes». La inclusión de la exigencia del consentimiento de la mujer gestante informado, libre y expreso para llevar a cabo la gestación por sustitución conlleva una serie de obligaciones a las que se someten las partes, entre ellas, las de llevar a término la gestación. El problema surge cuando dicho artículo 9 incluye como requisito para materializar la gestación subrogada la irrenunciabilidad del consentimiento, lo cual —para tener eficacia práctica— implica la renuncia al ejercicio del derecho que asiste a la mujer gestante a interrumpir de forma unilateral la gestación del hijo de la parte subrogante. Al respecto, la proposición legislativa en cuestión plantea una clara contradicción entre la vigencia de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y la exigencia de la irrevocabilidad del consentimiento prestado en el contrato de gestación de subrogación, el cual va dirigido necesariamente a finalizar la gestación del hijo de otros.

De llegar a ser vigente una regulación en los términos expuestos, parece que lo dispuesto en el artículo 12 y siguientes de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, como expresión del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, sería de aplicación preferente respecto de la aplicación de la irrenunciabilidad al mismo exigido en una hipotética ley en los términos de la proposición legislativa en estudio. No tiene sentido afirmar la vigencia de todos los derechos que asisten a la mujer gestante, incluyendo expresamente lo regulados en la legislación vigente relativa a la interrupción voluntaria del embarazo y, al mismo tiempo, obligar a impedir la renuncia al consentimiento prestado para llevar a término la gestación. Por lo que el requisito de la irrenunciabilidad del consentimiento prestado quedaría exclusivamente a efectos de la renuncia a cualquier ejercicio de acción alguna de filiación tras el término de la gestación con el nacimiento.

La solución consistente en que en estos casos surgirá la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados a los comitentes en vía civil, por una hipotética interrupción voluntaria del embarazo de acuerdo y con los requisitos cuyo ejercicio le garantiza la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, da lugar a la admisión de una mercantilización y cuantificación económica del ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la

gestante, lo cual no es compatible con la propia concepción de la irrenunciabilidad del Derecho fundamental.

Por otra parte, en la propuesta de Ley comentada, dentro de catálogo de infracciones graves que incluye en el artículo 24.b), en su apartado segundo incluye «la participación en el proceso de gestación por sustitución de la mujer gestante cuando ésta incumpla negligentemente los requisitos u obligaciones establecidas en el artículo 7», lo cual necesita de una interpretación pausada. El artículo 7.1, por su parte, incluye los requisitos que debe cumplir la mujer gestante para poder participar en el contrato de gestación por subrogación, los cuales, en principio no plantean problemas, pues son requisitos que se exigen a la mujer en el momento de adquirir el compromiso de la gestación del hijo de terceros. Ahora bien, el problema comienza a plantearse cuando el apartado 2 de dicho artículo 7, de la propuesta legislativa, obliga a la mujer a mantener algunos de dichos requisitos durante todo el periodo de la gestación: en concreto los recogidos en los apartados c) («tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto de las exigencias fijadas a los donantes»), d) («Tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos»), f) («Disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad») o h) («no tener antecedentes penales»).

Además, el apartado 3 de este artículo 7, de la propuesta legislativa en cuestión, obliga a la mujer gestante a someterse «en todo momento», a las pruebas psicológicas y medicas «para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos».

Si a todo lo anterior se suma la tipificación como infracción administrativa grave del artículo 24.b.2) la participación en el proceso de gestación por sustitución con el incumplimiento «negligente» de estas obligaciones, lo que se está imponiendo a la gestante durante, al menos, nueve meses es la obligación de estar sana física y psíquicamente, de no padecer procesos de depresión o desórdenes psíquicos, de disponer de una situación socioeconómica adecuada, no tener ningún episodio del que derive responsabilidad penal y no —si es así— tener una negligencia con el alcohol o con drogas.

Esta relación jurídico-administrativa a la que se somete la mujer gestante respecto de hechos íntimos y que impone a la mujer una determinada forma de vida durante el periodo que dura la gestación, suponen un atentado inadmisibile a la libre autodeterminación de gestante y la misma dignidad humana.

El sometimiento a un hipotético contrato de gestación por subrogación no puede imponer modos de vida a la mujer gestante, aún más, no puede imponer obligaciones de actuaciones prudentes con su estado socioeconómico y sancionar a la misma por el hecho realizar alguna conducta que pudiera dar lugar a la comisión de un ilícito penal durante la gestación, de cualquier naturaleza.

V. CONCLUSIONES Y TOMA DE POSTURA

Una opción futura por una hipótesis de regulación de la maternidad subrogada, donde el desarrollo del embarazo se desligue de la maternidad, en el que de la gestación no se derive relación de filiación alguna, y que ésta se afirme de la parte que contrata la gestación con la mujer a la que se le transfiere un material genético ajeno hasta el nacimiento, debe abordar claramente determinados aspectos relacionados con la titularidad de la capacidad para interrumpir voluntariamente el embarazo, y de las consecuencias jurídico-penales que de ellas se derivan. Al respecto, deben establecerse algunas puntualizaciones:

1. Debe excluirse, en todo caso, la subrogación de la maternidad onerosa. Es decir, la gestación por sustitución a cambio de dinero implica la mercantilización del cuerpo de la mujer, siendo sometido el mismo a las reglas del mercado, con la lesión a la inviolabilidad humana que ello supone. Como afirma el informe especial de relatora de Naciones Unidas, la gestación por sustitución a cambio de dinero implica, necesariamente, el sometimiento a una dependencia económica de la mujer gestante durante toda la gestación, al margen de todas las situaciones físicas, psíquicas, emocionales o sociales que pudieran surgir en los distintos periodos desde la transferencia embrionaria hasta el parto que se verían fuertemente sesgados por la amenaza de la contraprestación económica existente y las consecuencias en la persona gestante que pudieran derivarse de un posible incumplimiento contractual de tipo mercantil.

2. Partiendo de que para poder compatibilizar una posible despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo con una legislación permisiva con la maternidad subrogada sólo sería posible desde una perspectiva solidaria y altruista de la gestante, debe garantizarse que sólo ésta es a la que se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo de acuerdo a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, o cualquier otra que la sustituya. No cabe incluir en una hipotética Ley sobre la maternidad subrogada la irrevocabilidad de un consentimiento futuro con efectos físicos, psíquicos, emociona-

les o sociales, de quien prestó el consentimiento en un momento previo al inicio de la gestación.

3. La parte comitente, debe asumir el riesgo de que durante el embarazo la madre gestante pueda decidir acudir a su interrupción en los términos determinados en la Ley Orgánica que regule a la interrupción voluntaria del embarazo.

4. En el caso anterior, dentro de la información que se debe dar a la gestante antes de la interrupción del embarazo debe incluirse la relativa a la existencia del contrato de gestación subrogada previamente firmado. Si bien, en todo caso la decisión de continuar con la gestación debe seguir siendo exclusiva de la gestante, sin que de su ejercicio pueda derivarse una obligación de contraprestación económica. Situación de relativa incertidumbre que deben asumir los subrogantes, como asume, por ejemplo, el progenitor masculino en el caso de una gestación sexual en una pareja llamémosle «convencional».

5. Igualmente sucede con la posibilidad de interrumpir la gestación por causas médicas tasadas en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. No debe caber duda alguna de que la capacidad para decidir la interrupción de la gestación entre la 14 y las 22 semanas señaladas en el texto legislativo, en los casos en los que exista grave riesgo para la vida de la embarazada. Situación que también debe predicarse para los casos en los que dentro del mismo plazo se determine el riesgo de la existencia de graves anomalías en el feto.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁZAR ESCRIBANO, María Angustias: *Gestación subrogada. Consecuencias jurídicas y legislativas de la Directiva Europea 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo*, Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, n. 10, 2024, pp. 309-345.

3. ¿ENRIQUECIMIENTO SIN INGRESO? LA NO REALIZACIÓN DEL GASTO DEBIDO COMO FORMA DE BENEFICIO DELICTIVO

ISIDORO BLANCO CORDERO*
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

El denominado «ahorro de gastos» constituye una forma específica de beneficio económico, caracterizada no por la obtención de nuevos ingresos, sino por la conservación ilícita de recursos cuyo desembolso era jurídicamente exigible, especialmente en delitos basados en la omisión de obligaciones de pago o inversión –como el fraude fiscal, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, las infracciones penales medioambientales, urbanísticas o contra la seguridad de los trabajadores–. Aunque, desde un enfoque económico-jurídico, el ahorro de gastos puede generar un efecto patrimonial funcionalmente equiparable al de una ganancia directa, su incorporación a las categorías dogmáticas tradicionales suscita dificultades de considerable relevancia. Tales problemas se manifiestan, en particular, en su calificación como producto del delito –y, por ende, en su eventual sometimiento a decomiso–, en su idoneidad para integrar el elemento típico del ánimo de lucro, así como en las notables

* Trabajo realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de I+D+i PID2022-138775NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, titulado «Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública» y Proyecto titulado «Agravantes y subtipos agravados. Una propuesta de racionalización del Código penal desde la racionalidad legislativa», código PID2022-136847NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación (Programa de Generación de Conocimientos).

dificultades probatorias que plantea la individualización, dentro del patrimonio del autor, de la porción correspondiente a los gastos indebidamente evitados. Estas cuestiones adquieren especial relevancia en ámbitos como la relación entre el delito fiscal y el blanqueo de capitales, la aplicación de los delitos contra la propiedad intelectual, la interpretación del delito de malversación en conexión con la Ley Orgánica de amnistía, la atribución del beneficio a las personas jurídicas y la inclusión del ahorro de gastos en el decomiso de ganancias, áreas en las que la jurisprudencia y la doctrina recientes mantienen debates abiertos. Precisamente, la presente contribución, que presentamos para homenajear la trayectoria docente e investigadora del Profesor Enrique Peñaranda Ramos, tiene por objeto analizar estos debates.

II. EL DEBATE JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA SOBRE EL AHORRO DE GASTOS: DELITO FISCAL Y BLANQUEO, DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y MALVERSACIÓN

La jurisprudencia española ha abordado la relevancia penal del ahorro de gastos en diversos contextos, entre los que destacan su proyección en los delitos contra la propiedad intelectual, su consideración en el delito fiscal como posible antecedente del blanqueo de capitales, y, de forma más reciente y controvertida, su tratamiento en el ámbito de la malversación.

1. El debate sobre el ahorro de gastos en los delitos contra la propiedad intelectual

El delito tipificado en el artículo 270 CP, relativo a los delitos contra la propiedad intelectual, en la redacción dada por LO 15/2003, de 15 de noviembre, calificaba como delictiva la conducta de «quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica [...]». Una de las cuestiones más debatidas en torno a este precepto residía en la interpretación del «ánimo de lucro»¹. Antes de la reforma de 2015, la noción oscilaba entre una interpretación extensiva –equiparable a la aplicada en los delitos patrimoniales clásicos (hurto o robo)–, que lo identificaba con la intención de obtener

¹ Ampliamente sobre este debate, GÓMEZ RIVERO, 2013, pp. 127 ss.

cualquier ventaja (patrimonial)², incluso, según la jurisprudencia, la meramente contemplativa, y una interpretación más restrictiva³. Esta última, sostenida por un sector amplio de la doctrina y de la jurisprudencia, consideraba que trasladar sin matices el concepto patrimonial a los delitos contra la propiedad intelectual resultaba problemático, pues existía ya un sistema de protección civil que tutelaba de manera amplia los derechos de autor. Una aplicación extensiva podía desdibujar las fronteras entre el ilícito civil y el penal, razón por la cual terminó imponiéndose una lectura más estricta: el ánimo de lucro debía implicar la intención de obtener un beneficio patrimonial relevante derivado de una explotación comercial indebida, excluyéndose las conductas de particulares que solo comportaban un mero ahorro del precio de adquisición o de licencia. Esta posición, consolidada en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado⁴ (en adelante FGE), supuso que prácticas masivas como las descargas en redes P2P, aunque lesivas de los derechos de autor, quedaran relegadas al ámbito civil, reduciendo considerablemente la aplicación del precepto penal.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, sustituyó el ánimo de lucro por el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. El Preámbulo de la reforma explicaba que esta modificación pretendía abarcar conductas en las que no existe un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto. La FGE ha interpretado que este delito solo es de aplicación cuando «el sujeto actúe con ánimo de lucro comercial, entendido como intención de obtener un rendimiento económico, ganancia o ingreso», precisando que el beneficio «siempre se referirá a una ganancia o ventaja distinta del mero ahorro del precio por el disfrute de la obra o prestación, y obtenida a escala comercial, esto es, mediante una actividad orientada a esta finalidad». Por tanto, si alguien descarga o visiona una obra sin pagar, solo obtiene un ahorro de la contraprestación, sin actuar comercialmente, lo que sitúa esta conducta fuera del tipo penal⁵.

² Véase, por ejemplo, CASTIÑEIRA PALOU / ROBLES PLANAS, InDret, 2007, p. 8, para quienes «no es fácil interpretar el ánimo de lucro de una forma distinta a como se hace habitualmente en los delitos contra la propiedad en el CP. Máxime si se tiene en cuenta que cuando el legislador ha querido introducir finalidades comerciales lo ha hecho expresamente, como sucede en el caso de la propiedad industrial donde se exige que los distintos comportamientos se realicen “con fines industriales o comerciales” (arts. 273 y 274 CP)». También GIL GIL / MARTÍN FERNÁNDEZ, InDret, 2009, p. 8, interpretan el ánimo de lucro en sentido extensivo o amplio, que comprendía en estos casos el ánimo de ahorrarse el precio de la obra.

³ Véase la doctrina y jurisprudencia citadas por RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, e-Eguzkilore, 2019, pp. 10-11.

⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2006, pp. 35 s., decía que «el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial».

⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2015, p. 9.

Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que la reforma operada por la LO 1/2015 abrió la puerta a considerar el ahorro de gastos como una forma de beneficio económico en los delitos contra la propiedad intelectual. Desde esta óptica, no solo quedarían comprendidas las conductas de explotación comercial de obras sin autorización, sino también aquellas en las que el sujeto evita pagar el precio de adquisición o de licencia. Algunos autores afirman que esta ampliación responde a la necesidad de superar la interpretación excesivamente restrictiva anterior, que había dejado extramuros del tipo penal múltiples prácticas de usuarios que, mediante descargas o instalaciones de software, obtenían un beneficio económico indudable al ahorrarse el coste de mercado del bien protegido. Barrio Andrés entiende que la reforma «daba cobertura a la interpretación, defendida por un sector doctrinal, del ánimo de lucro como inclusivo del propósito de mero ahorro del precio de la obra lícita»⁶. En la misma línea, Pérez González considera que el beneficio indirecto se proyecta precisamente en ese evitar pagar el precio de la obra o prestación, lo cual constituye un «gran ahorro» susceptible de subsumirse en el artículo 270 CP⁷. También Tirado Estrada subraya que las nuevas fórmulas jurídicas no pueden tener idéntico alcance que las anteriores⁸. Finalmente, Rodríguez-Vázquez destaca el efecto expansivo de la reforma, extendiendo la punibilidad a conductas de usuarios que antes quedaban fuera del tipo⁹. Por tanto, concluye este sector doctrinal, la inclusión del ahorro de gastos como beneficio económico indirecto se presenta como un elemento coherente con el *telos* expansivo de la reforma y con la finalidad de reforzar la tutela penal de los derechos de autor frente a nuevas formas de vulneración en entornos digitales.

No obstante, el TS parece decantarse por la postura que considera que el consumidor final del bien objeto de derechos de propiedad intelectual que no ha pagado el precio no actúa con ánimo de lucro. La STS 1223/2023, de 15 de marzo, recuerda que el debate que existió en su momento con el contenido del ánimo de lucro se dirigía a impedir que «pudiera considerarse sujeto activo del delito al consumidor final del producto (que no actuaría, en este sentido, con ánimo de lucro)». El concepto de ánimo de lucro exigido en el tipo penal entonces vigente «integra tanto los beneficios directos o indirectos, contemplados éstos como «lucro comercial o a escala comercial», lo que deja fuera el ahorro de los gastos que debiera realizar el consumidor final que no paga por la obra. Es decir, el TS parece seguir manteniendo una

⁶ BARRIO ANDRÉS, 2018, p. 169.

⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, e-Eguzkilore, 2018, p. 28.

⁸ TIRADO ESTRADA, 2016, p. 179.

⁹ RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, e-Eguzkilore, 2019, pp. 14-15.

posición restrictiva: el ahorro de gastos no constituye, por sí mismo, un beneficio económico penalmente relevante en los delitos contra la propiedad intelectual, salvo que se inserte en una actividad de explotación o distribución con vocación comercial.

2. El delito fiscal como antecedente del delito de blanqueo de capitales

En el ámbito del delito de blanqueo de capitales, uno de los debates dogmáticos y jurisprudenciales más relevantes concierne a la delimitación de si la cuota tributaria defraudada en el delito fiscal puede calificarse como objeto material del tipo previsto en el artículo 301 CP. Como es sabido, el tipo penal del blanqueo exige que los bienes tengan su origen o procedencia en una actividad delictiva¹⁰, sin limitar expresamente cuáles pueden ser tales delitos antecedentes. Bajo este esquema, el sistema de incriminación vigente admite que cualquier infracción penal generadora de beneficios patrimoniales sea idónea para constituir el presupuesto del blanqueo, lo que incluye –al menos en abstracto– el delito fiscal o fraude tributario tipificado en el artículo 305 CP.

El concepto de bienes en materia de blanqueo de capitales se interpreta de manera amplia, conforme a los estándares establecidos en los principales instrumentos internacionales (en especial los de Naciones Unidas, tales como la Convención de Viena de 1988¹¹, la Convención de Palermo de 2000¹² y la Convención de Mérida de 2003¹³), con el fin de abarcar todo activo susceptible de tener origen delictivo. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, define los bienes como «todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública» (art. 1.2). La novedad más significativa de esta definición radica en la mención expresa a

¹⁰ El núm. 2 del artículo 301 se refiere a la *verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad* de los mismos.

¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

¹² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

¹³ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

la cuota defraudada en los delitos contra la Hacienda Pública. La referencia explícita a la cuota defraudada –aunque incorporada en el ámbito preventivo– tiene evidentes repercusiones interpretativas en el plano penal, al reforzar la tesis de que el producto del delito fiscal puede integrarse en el círculo de bienes susceptibles de blanqueo.

Entre las posturas contrarias¹⁴ a admitir el fraude fiscal como delito previo del blanqueo de capitales, destaca el argumento de que el dinero no declarado (dinero negro o B) no se genera en el delito fiscal ni tiene su origen en un delito. Quintero Olivares sostiene que el objeto material del blanqueo de capitales debe estar causalmente vinculado al delito antecedente, mediante el cual «el autor obtiene algo que no tenía antes del delito»¹⁵. Conforme a esta interpretación, quedarían excluidos aquellos delitos que no producen un incremento efectivo en el patrimonio del infractor. Desde esta perspectiva, el dinero de quien no ha pagado sus impuestos no constituiría un producto del delito fiscal y, por tanto, no podría ser objeto del delito de blanqueo¹⁶. Esta tesis se apoya en tres argumentos principales: a) la cuota defraudada representa simplemente una falta de empobrecimiento, sin que exista un enriquecimiento patrimonial material; b) dicha cuota procede de actividades económicas lícitas sujetas a tributación; c) los gastos ahorrados al no pagar impuestos no representan un beneficio patrimonial añadido, sino bienes ya integrados en el patrimonio del contribuyente.

Frente a esta posición, otro sector doctrinal –al cual nos adherimos– admite que la cuota tributaria defraudada sí puede ser objeto de blanqueo¹⁷. El argumento parte de dos premisas: primera, que solo pueden blanquearse «bienes», concepto este amplio; segunda, que la cuota tributaria constituye un «bien» en la medida en que representa una cuantía económica concreta y perfectamente determinable. El hecho de que el dinero ya existiera previamente en el patrimonio del defraudador no impide considerar que la cuota tributaria procede causalmente del delito fiscal. Las expresiones «origen» y «procedencia» relativas a los bienes son semánticamente equivalentes e indican que la vinculación entre el bien y la actividad delictiva debe ser causal. Aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, la actividad delictiva es causa de un bien cuando impacta en su existencia, composición, valor, titularidad, posesión o custodia. Si se elimina mentalmente la conducta defraudatoria, la cuota

¹⁴ Un detallado análisis de las distintas posturas doctrinales puede verse en GONZÁLEZ URIEL, 2022, pp. 155 ss.

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, AJA, 2006, p. 5.

¹⁶ *Ibidem*, p. 6.

¹⁷ Véase BLANCO CORDERO, RECPC, 2011.

tributaria no permanecería en el patrimonio del contribuyente, lo que confirma el vínculo causal exigido por el artículo 301 CP. Así, cuando el delito fiscal genera un ahorro superior a los 120.000 euros, dicho ahorro no consiste en la creación *ex novo* de riqueza, sino en la evitación de un desembolso jurídicamente debido. No obstante, desde una perspectiva jurídico-penal, ese ahorro se traduce en una cuantía económica concreta, valorable y causalmente vinculada a la conducta delictiva, que constituye el bien derivado del delito y puede integrar el objeto material del delito de blanqueo. En realidad, la principal dificultad no radica en su origen delictivo sino en la identificación e individualización de los bienes en el patrimonio del contribuyente.

La jurisprudencia española ha consolidado esta interpretación. En la sentencia 974/2012, de 5 de diciembre, conocida como el caso «Ballena Blanca», la Sala Segunda del Tribunal Supremo abordó la cuestión y concluyó que la cuota defraudada puede considerarse como un bien derivado de una actividad delictiva, siendo por ello susceptible de blanqueo. Esta opinión jurisprudencial ha sido confirmada por otras sentencias posteriores, como la STS 507/2020, de 14 octubre, según la cual el delito fiscal del artículo 305 CP «genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo».

En definitiva, la jurisprudencia española ha consolidado la admisión del ahorro de costes –en concreto, la cuota tributaria defraudada– como bien idóneo para integrar el objeto material del delito de blanqueo de capitales. Esta línea interpretativa reconoce que el delito fiscal genera un beneficio económico real para el defraudador, consistente en la suma que deja de ingresar en la Hacienda Pública.

3. Malversación de caudales públicos y aplicación de la Ley Orgánica 1/2024 de amnistía

La evolución legislativa del delito de malversación en España ha estado marcada por una constante redefinición de su alcance típico. Tras la LO 1/2015, el artículo 432 CP pasó a remitirse a las figuras de la apropiación indebida (art. 253 CP) y la administración desleal (art. 252 CP). Esta configuración fue aplicada por el TS en la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, relativa a los responsables del denominado proceso independentista catalán,

en la que se condenó por malversación del artículo 432 CP en relación con el artículo 252 CP. Posteriormente, la LO 14/2022 reestructuró nuevamente la tipificación, introduciendo tres modalidades diferenciadas: la apropiación de caudales públicos con ánimo de lucro (art. 432 CP), el uso temporal con reintegro (art. 432 bis) y el desvío a fines públicos distintos de los legalmente previstos (art. 433 CP).

En los delitos de malversación se ha entendido que la utilización de fondos públicos en beneficio propio o de terceros puede equivaler a un ahorro de gastos. Un ejemplo paradigmático es el denominado caso ERE en Andalucía: la Audiencia Provincial de Sevilla entendió que el sistema fraudulento «permitía el enriquecimiento de empresas, a través del ahorro de gastos, y de terceros, ajeno a cualquier interés social o público debidamente acreditado»¹⁸. Este razonamiento fue posteriormente confirmado por el TS, que reiteró que los recursos públicos indebidamente utilizados en subsidios equivalieron a «no tener que pagar», lo que supuso un enriquecimiento ilícito para las empresas beneficiadas¹⁹.

Con todo, el debate más intenso en la actualidad gira en torno a la posibilidad de amnistiar la malversación a la luz de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía²⁰. En el Auto de la Sala Segunda de 1 de julio de 2024, dictado tras la entrada en vigor de dicha ley, el TS se pronunció sobre la amnistía de los sujetos condenados en la mencionada STS 459/2019, de 14 de octubre. El Preámbulo de la LO 1/2024 declara amnistiadas las malversaciones cometidas entre el 1-11-2011 y el 13-11-2023 «en el contexto del denominado proceso independentista catalán». El preámbulo de la Ley Orgánica afirma la voluntad de que no se castiguen las malversaciones en las que «los fondos públicos se destinaron a la preparación, realización y consecuencias de las consultas del 9 de noviembre de 2014 y el referéndum del 1 de octubre de 2017, así como los que se destinaron a reivindicar, promover o procurar la independencia de Cataluña» y matiza que la amnistía no alcanza a los actos «que implican un enriquecimiento personal o beneficio patrimonial». El texto de la ley, al determinar su ámbito objetivo de aplicación en el artículo 1.1.a) y b), párrafo segundo, incluye en la amnistía los delitos de malversación en el contexto independentista «siempre que no haya existido propósito de enriqueci-

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 490/2019, 19 de noviembre de 2019.

¹⁹ Así, la STS 900/2023, 30 de noviembre de 2023, señaló que el sistema «permitía el enriquecimiento de empresas, a través del ahorro de gastos, y de terceros, ajeno a cualquier interés social o público debidamente acreditado».

²⁰ Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

miento»²¹. Para aclarar y precisar dicha expresión, en su Exposición de Motivos, el apartado VI señala que «[l]a presente norma específica que sólo los actos de malversación dirigidos a los fines mencionados en la ley pueden acogerse a ella, excluyendo expresamente aquellos que implican un enriquecimiento personal o beneficio patrimonial». El artículo 1.4 de la ley advierte que «no se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial»²².

La clave interpretativa reside, por tanto, en delimitar qué debe entenderse por «propósito de enriquecimiento personal». El debate doctrinal y jurisprudencial se ha polarizado en dos posturas antagónicas:

1. Primera tesis: ausencia de propósito de enriquecimiento personal. Esta posición sostiene que los condenados carecían de ánimo de enriquecimiento personal, pues los fondos se destinaron a la financiación de un proyecto político ilícito, pero no a incrementar su patrimonio personal. Esta interpretación –recogida en votos particulares del propio Tribunal Supremo– subraya que en los hechos probados de la STS 459/2019 no se acreditó enriquecimiento privado alguno, sino un uso instrumental de recursos públicos. Extender la noción de lucro al mero «ahorro» derivado de no haber utilizado dinero propio constituiría –según esta tesis– una reinterpretación forzada, incompatible con los principios de legalidad, taxatividad y orientación *pro reo* de toda medida de gracia²³. Autores como Lascuraín Sánchez²⁴ y González Cussac²⁵ han criticado el razonamiento del Tribunal (que admite la existencia de un beneficio en forma de ahorro), calificándolo de artificioso, circular e hipotético, al confundir la ausencia de empobrecimiento con un verdadero enriquecimiento.

2. Segunda tesis: existencia de un beneficio patrimonial en forma de ahorro. La posición mayoritaria en el Tribunal Supremo²⁶ considera que la

²¹ También quedan excluidos de la amnistía los delitos de malversación cuando «[l]os actos tipificados como delitos afectarán a los intereses financieros de la Unión Europea» [art. 2 e)].

²² Señala RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, REE, 2025, p. 204, que la LO 1/2024 crea inseguridad jurídica por su imprecisión pues, al abordar específicamente la malversación, algunos órganos judiciales han amnistiado estos delitos y otros no lo han hecho por su diferente interpretación de estos conceptos.

²³ Véase el voto particular de la Magistrada Excm. Sra. Ana Ferrer, en el ATS 8322/2024 – ECLI:ES:TS:2024:8322A, 01/07/2024.

²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Diario del Derecho, 2024.

²⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, Almacén de Derecho, 2024.

²⁶ En el mismo sentido se habían pronunciado los fiscales que defendieron la acusación pública en el juicio del *procés*, para quienes la amnistía no era aplicable a los políticos independentistas con-

amnistía no resulta aplicable a las malversaciones porque se cometieron «con propósito de enriquecimiento» y «para obtener un beneficio personal de carácter patrimonial». Los condenados obtuvieron un beneficio patrimonial en forma de ahorro económico: al emplear fondos públicos para financiar el proceso independentista catalán, evitaron tener que sufragar dichos gastos con su patrimonio. El ATS 8322/2024 afirma expresamente que quien utiliza fondos públicos en este contexto obtiene «el incuestionable beneficio personal que se deriva de no aportar dinero procedente de su peculio»²⁷. Esta concepción, defendida por autores como Gimbernat Ordeig²⁸ y Alfaro Águila-Real²⁹, entiende que el beneficio patrimonial se manifiesta no sólo en la apropiación directa de caudales, sino también en el ahorro derivado de destinar recursos públicos a gastos propios, por ilegítimos que sean. Desde esta perspectiva, el principio de subrogación real justificaría considerar incorporados los fondos desviados al patrimonio de los responsables, en la medida en que evitaron una disminución de su haber privado³⁰.

En definitiva, la interpretación jurisprudencial más reciente en relación con la malversación y la aplicación de la Ley Orgánica 1/2024 ha afianzado la admisión del ahorro de gastos como forma de beneficio patrimonial o enriquecimiento personal, incluso en ausencia de apropiación directa de fondos públicos. Se trata de una concepción amplia del enriquecimiento, discutida doctrinalmente, que parte de la idea de que el desvío de recursos públicos comporta un beneficio patrimonial ilícito, bien sea por incorporación directa, bien por la evitación de un gasto que debería haber recaído sobre el autor.

denados por malversación en la sentencia del 1-O, ni a los que estaban siendo investigados por el mismo delito, porque dichas malversaciones se cometieron «con propósito de enriquecimiento» y «para obtener un beneficio personal de carácter patrimonial» (además de porque esas malversaciones «afectaron a los intereses financieros de la UE»). Según el informe que elaboraron tales fiscales, los funcionarios públicos constituidos en autoridad se apropiaron de fondos públicos con ánimo de lucro propio, no de terceros, lo que implica un enriquecimiento personal al poder disponer para sus ilícitos fines de fondos públicos. Además, señala el informe, existió beneficio patrimonial, pues con ánimo de lucro se apropiaron de los fondos públicos asumiendo sobre ellos facultades de titularidad al destinarlos al pago de los contratos públicos ilícitos para realizar las actividades que conformaban el *procés* en su globalidad.

²⁷ ATS 8322/2024 – ECLI:ES:TS:2024:8322A, 01/07/2024.

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Diario del Derecho, 2024.

²⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Almacén de Derecho, 2024.

³⁰ Desde la doctrina se han alzado voces muy críticas con la postura del TS según la cual, al emplear los acusados fondos públicos para los gastos del proceso independentista, se ahorrarían pagarlos de su bolsillo. Este argumento ha sido calificado de «bastante artificioso» (en palabras de JAVATO MARTÍN, Revista Ius Criminale, 2025, p. 226.), «circular y creativo» (GONZÁLEZ CUSSAC, Almacén de Derecho, 2024), que no es correcto (NÚÑEZ CASTAÑO, Hay Derecho blog, 2024) o que se basa en un razonamiento hipotético (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Diario del Derecho, 2024; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Almacén de Derecho, 2024).

III. OTROS ÁMBITOS EN LOS QUE SE DISCUTE EL AHORRO DE GASTOS: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DECOMISO

1. El ahorro de gastos como beneficio para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma del Código penal mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo una modificación de especial relevancia en el artículo 31 bis CP, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al sustituir el término «provecho» por la fórmula «en beneficio directo o indirecto». La FGE ha mantenido una interpretación amplia de esta cláusula que, junto al beneficio directo, contempla también el beneficio indirecto, sosteniendo que permite «extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedad), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales»³¹. La STS 154/2016, de 29 de febrero, entiende por beneficio indirecto «cualquier clase de ventaja, incluso de siempre expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto a otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico» se comete³². La sentencia adopta así una interpretación particularmente amplia que, si bien no menciona de manera explícita el ahorro de gastos (como sí hace la FGE), permite razonablemente integrarlo, en la medida en que abarca cualquier ganancia económicamente valorable obtenida por la entidad.

En plano doctrinal, diversos autores³³ han propuesto igualmente una lectura extensiva del concepto de beneficio, defendiendo que pueden considerarse

³¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

³² Véase STS 29/2016, de 15 de julio; STS 89/2023, de 10 de febrero.

³³ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2011, p. 13, señala que el beneficio indirecto incluye el ahorro de costes: Díez RIPOLLÉS, 2012, p. 21, piensa que el beneficio comprende aspectos tales como el «ahorro de gastos, mejora de posición en el mercado o cualquier otro beneficio con traducción económica, incluso si no tiene relación funcional con el giro de la empresa»; DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2024, p. 189, señala que el beneficio indirecto se produce cuando persona física cometa el delito para ahorrar a su empresa unos costes preventivos (por ejemplo, cuando el directivo autorice el vertido contaminante para no incurrir en los costes de procesar los residuos tóxicos); también GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 240.

En resumen, tanto la doctrina como la FGE sostienen que, tras la reforma de 2015, el artículo 31 bis CP permite considerar el ahorro ilícito de costes como un beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

2. El decomiso del ahorro de gastos

El debate en torno al decomiso de ganancias (art. 127 CP) no se circunscribe exclusivamente a las plusvalías positivas generadas por la actividad delictiva, sino que se extiende también a las ventajas económicas de signo negativo, en particular, al ahorro de gastos. Este fenómeno se produce en aquellos supuestos en los que el autor del delito no experimenta un incremento patrimonial directo, sino que evita un empobrecimiento derivado de desembolsos legalmente exigibles. Un ejemplo clave se halla en los delitos fiscales —en los que el infractor conserva en su patrimonio la cuota tributaria defraudada—, aunque puede proyectarse igualmente en otros ámbitos como los delitos medioambientales (evitación de costes de depuración), los urbanísticos (ahorro derivado de la omisión de medidas correctoras) o contra la seguridad de los trabajadores (ahorro derivado de no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas).

El derecho comparado ofrece una pauta clara y consistente tendente a admitir el decomiso del ahorro de gastos. Los tribunales de los EE. UU. y del Reino Unido lo aceptan desde hace años³⁴. La normativa penal neerlandesa (art. 36e.5 CP) admite expresamente el decomiso no sólo los ingresos obtenidos mediante el delito sino también de los ahorros de costes (*beparing van kosten*). En Italia, la jurisprudencia³⁵ ha evolucionado desde una concepción que exigía un incremento patrimonial efectivo hacia otra que reconoce el de-

³⁴ Véase ALEXANDER, 2011, pp. 749-816.

³⁵ Por ejemplo, Cassazione penale, Sezioni Unite, n. 38343, 18/9/2014, ThyssenKrupp. También, en la Sentencia de la Corte de Casación Penal, Sección III, núm. 45314/2023 (ud. 4/10/2023, dep. 10/11/2023) se examina la gestión de un vertedero durante el período 2009-2018, en el que la empresa concesionaria y uno de sus directivos habrían omitido de forma continuada la extracción y el tratamiento del lixiviado (el líquido contaminante generado por la descomposición de los residuos), con el fin de evitar los elevados costes de su gestión. Según la acusación, esta omisión provocó la acumulación del lixiviado en el interior del vertedero, incrementando el riesgo ambiental, y reportó a los responsables un beneficio económico indebido, entendido como ahorro de gastos. La Corte de Casación concluyó que *la falta de pago de los costes necesarios evitados precisa y específicamente debido a la comisión de la conducta ilícita, cuya identidad sea objetivamente identificable y económicamente evaluable con base en criterios que garanticen su cuantificación con un alto grado de probabilidad lógica*, puede considerarse un beneficio decomisible.

comiso de los gastos evitados. También en Alemania³⁶ y en Suiza³⁷ los respectivos Tribunales Supremos han aceptado esta posibilidad³⁸.

La legislación europea parece reclamar un cambio de paradigma. La pieza central para determinar el carácter decomisible del ahorro de gastos es la definición que la Directiva (UE) 2024/1260³⁹ atribuye al término «productos». La directiva lo define de forma expresa y amplia como «cualquier ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de una infracción penal, que puede consistir en cualquier tipo de bien e incluye [...] cualesquiera beneficios cuantificables» (art. 3.1). Esta definición no se limita a la ganancia directa, sino que abarca conceptos más amplios esenciales para el combate de la delincuencia económica moderna, como las ventajas indirectas o cualquier otro beneficio cuantificable. La referencia a las ventajas económicas indirectas y a los beneficios cuantificables evidencia la intención de reconocer que las ganancias ilícitas pueden manifestarse de múltiples formas, no siempre como ingresos directos, y que todas ellas pueden ser objeto de decomiso. Ello proporciona un anclaje jurídico claro para integrar el ahorro de gastos dentro del concepto de producto del delito. La figura del ahorro de gastos como producto del delito se sustenta en un principio económico y jurídico esencial: un coste no asumido equivale a un ingreso obtenido, es decir, a un incremento ilícito del patrimonio. Este aumento patrimonial –aunque no proceda de una entrada de dinero– es una ganancia derivada de la actividad delictiva y encaja plenamente en la noción de «ventaja económica» o «beneficio cuantificable» recogida en la Directiva (UE) 2024/1260.

A mayor abundamiento, la Directiva (UE) 2024/1203, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal, establece expresamente la obligación de considerar como circunstancia agravante la evitación de gastos sustanciales (art. 8.f). Con ello, el legislador europeo reconoce relevancia penal a los supuestos en los que el autor del delito obtiene un beneficio económico no mediante un ingreso directo, sino mediante el ahorro de costes asociados al cumplimiento de la normativa. Dichos ahorros o gastos evitados, en la medida en que constituyen un beneficio patrimonial ilícito, deben ser objeto de decomiso, pues integran el provecho obtenido del delito en un sentido amplio.

³⁶ Así, BGH 1 StR 239/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Kiel); BGH 5 StR 505/12 – Urteil vom 23. Oktober 2013 (LG Cottbus); BGH 1 StR 53/13 – Urteil vom 3. Dezember 2013 (LG Hamburg); BGH 1 StR 360/21 – Urteil vom 8. März 2022 (LG Oldenburg).

³⁷ BGE 120 IV 365, 19 diciembre 1994; BGE 137 IV 145, 1B_417/2010, 1 abril 2011.

³⁸ Sobre el derecho comparado véase BLANCO CORDERO, 2025, pp. 174 ss.

³⁹ Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos.

A nuestro juicio, el análisis del decomiso de ganancias en el ordenamiento español no puede prescindir del ahorro de gastos como modalidad de ventaja económica derivada del delito. Limitar el decomiso a las ganancias positivas implica mantener una concepción reduccionista, ajena tanto a la realidad criminológica como a la normativa europea más reciente. En efecto, el ahorro de gastos constituye un incremento patrimonial en términos económicos: el sujeto se enriquece lo mismo si obtiene ilícitamente 100 euros que si evita desembolsar esa misma cantidad cuando está obligado a ello. Limitar el decomiso a las ganancias positivas supone, por tanto, un formalismo excesivo que desconoce la finalidad político-criminal de la institución: neutralizar la rentabilidad del delito y privar al delincuente de cualquier beneficio ilícito. La objeción clásica –según la cual no existe un bien «nuevo», sino la mera no salida de recursos– no es convincente. El vínculo causal existe siempre que, de no haberse cometido el delito, el desembolso se habría producido. Ahora bien, debe establecerse un límite esencial: el decomiso solo procede si el infractor retiene efectivamente el beneficio en el momento de dictarse sentencia. Cuando el sujeto ya ha soportado el coste omitido –por ejemplo, pagando la deuda tributaria o instalando las medidas de seguridad inicialmente eludidas–, el ahorro desaparece y con él el fundamento del decomiso. Admitir lo contrario convertiría esta medida en una sanción punitiva desproporcionada, incompatible con su naturaleza neutralizadora del enriquecimiento ilícito.

Las dificultades prácticas para individualizar el ahorro en el patrimonio del autor –especialmente cuando se materializa en dinero, bien fungible por excelencia– no justifican su exclusión. El decomiso por equivalente (arts. 127.3 y 127 septies CP) constituye la vía natural para superar tales problemas, permitiendo afectar cualquier bien del condenado hasta cubrir el valor del ahorro ilícito. Con todo, resulta razonable seguir el modelo italiano, según el cual, tratándose de dinero, el decomiso puede operar como decomiso directo, en la medida en que la no salida de fondos equivale funcionalmente a un ingreso ilícito⁴⁰.

IV. CONCLUSIÓN

El estudio del ahorro de gastos en el derecho penal pone de relieve que no resulta posible ofrecer una respuesta uniforme ni categórica sobre su admisibilidad como forma de beneficio delictivo. Su reconocimiento o exclusión no depende de una regla general, sino de la estructura típica y de la función que

⁴⁰ Cassazione penale, n. 2566/2024, 22/01/2024.

cumple el bien jurídico protegido en cada delito. Cada figura penal articula de manera distinta la relación entre la conducta ilícita y la ventaja económica obtenida, por lo que solo atendiendo al contenido normativo del tipo puede determinarse si la evitación de un gasto jurídicamente exigible constituye una ganancia relevante desde la perspectiva penal.

No todos los delitos admiten el ahorro de gastos con igual fundamento. Allí donde la infracción se define precisamente por la elusión de un desembolso impuesto por la ley –como sucede en el fraude fiscal, en los delitos contra la Hacienda Pública, en ciertas infracciones medioambientales o urbanísticas o en delitos contra la seguridad de los trabajadores–, el ahorro de costes no es un efecto meramente colateral, sino el núcleo mismo del beneficio ilícito y, por tanto, debe reconocerse su plena relevancia penal. En cambio, en aquellos tipos que exigen un incremento patrimonial positivo, una ganancia efectiva o una explotación económica orientada al mercado, el simple ahorro de gasto carece, por sí solo, de la entidad necesaria para integrar el beneficio del delito, salvo que la propia descripción típica o la finalidad de protección lo justifiquen expresamente.

En este sentido, comparto la tesis que admite el ahorro de gastos como beneficio penalmente relevante en el delito fiscal, en cuanto antecedente del delito de blanqueo de capitales⁴¹, así como en el ámbito del decomiso de ganancias⁴², donde la finalidad político-criminal de privar al delincuente de toda rentabilidad ilícita impone reconocer la equivalencia económica entre el ingreso obtenido y el gasto evitado. En ambos casos, la evitación de un desembolso constituye una mejora patrimonial concreta y mensurable que deriva directamente de la conducta delictiva, satisfaciendo así las exigencias de causalidad y de procedencia del bien, siempre y cuando dicho ahorro pueda ser individualizado en el patrimonio del infractor.

En consecuencia, la valoración del ahorro de gastos no puede desligarse del análisis dogmático de cada figura delictiva. Solo a partir de la descripción concreta del tipo penal, y de la función económico-jurídica que desempeña la ventaja obtenida en su estructura, es posible determinar si el derecho penal debe reconocer o no el ahorro de gastos como una manifestación legítima del beneficio delictivo. Cualquier intento de generalización –ya sea para admitirlo o para excluirlo en abstracto– conduciría a soluciones injustas y dogmáticamente inconsistentes, al ignorar que la relevancia del ahorro depende, en última instancia, de cómo el tipo penal configura la relación entre conducta, beneficio y perjuicio dentro del marco de protección del bien jurídico.

⁴¹ Se puede conocer mi opinión en BLANCO CORDERO, RECPC, 2011.

⁴² Véase nuestra postura en BLANCO CORDERO, 2025, pp. 173-186.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, RICHARD, C.: *Cost Savings as Proceeds of Crime: A Comparative Study of the United States and the United Kingdom*, The International Lawyer, vol 45, núm. 3, 2011, pp. 749-816.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *El Auto del Tribunal Supremo sobre la malversación en la ley de Amnistía: el Supremo tiene razón*, 2024, disponible en <https://almacenederecho.org/el-auto-del-tribunal-supremo-sobre-la-malversacion-en-la-ley-de-amnistia-el-supremo-tiene-razon> (fecha de consulta 23/09/2025).
- BARRIO ANDRÉS, Moisés: *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, Madrid: La Ley, 2018.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), núm. 13-01, 2011, p. 01:1-01:46.
- *Reflexiones sobre el alcance del decomiso de ganancias: el ahorro de gastos y los beneficios (inmateriales) futuros*, en Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, 2025, pp. 173-186.
- CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa/Robles Planas, Ricardo: *¿Cómo absolver a los «top manta»? Panorama jurisprudencial*, InDret 2/2007, pp. 1-15.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español*, ReAIDP/e-RIAPL, 2011, A-05:13.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2.^a ed, Dykinson, 2024.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, Madrid, 2006.
- Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, 2015, Referencia: FIS-C-2015-00008.
- Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.
- GIL GIL, Alicia/Martín Fernández, Carlos: *Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud*, InDret 2/2009, pp. 1-35.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *¿Es amnistiable la malversación?*, Diario del Derecho, edición de 24 de junio de 2024.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a del Carmen: *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- *¿Por qué el Tribunal Supremo no aplica la Ley de Amnistía al delito de malversación?*, 2024, disponible en <https://almacenederecho.org/por-que-el-tribunal-supremo-no-aplica-la-ley-de-amnistia-al-delito-de-malversacion> (consultado el 23/09/2025).
- GONZÁLEZ URIEL, Daniel: *Relaciones entre el delito de blanqueo de dinero y el delito de defraudación tributaria*, Navarra, Aranzadi, 2022.
- JAVATO MARTÍN, Antonio M.^a: *La malversación en el Derecho penal español y portugués. Consideraciones a la luz de la reforma de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre*, Revista Ius Criminale, 2, 2025, pp. 205-231.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Renglones torcidos*, Diario del Derecho, edición de 20 de agosto de 2024.
- *El auto del Tribunal Supremo sobre la ley de Amnistía: el Supremo no tiene razón*, El Almacén de Derecho, 27-9-2024, (<https://almacenederecho.org/>).
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: *Enriquecimiento personal o beneficio patrimonial: el nudo gordiano del TS y la Ley de Amnistía*, Hay Derecho blog, 3-7-2024, (www.hayderecho.com).
- PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio: *Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma*, e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas, núm. 3, 2018, pp. 1-38.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*, Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 698, 2006, pp. 1-6.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen: *La Amnistía de la Ley Orgánica 1/2024 su aplicación y su cuestionamiento a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Revista de Estudios Europeos, núm. 85, 2025, pp. 200-220.
- RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, Virgilio: *Los ciberdelitos contra la propiedad intelectual ¿cambiar todo para que nada cambie?: del ánimo de lucro al de obtener beneficio económico directo o indirecto*, e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas 4 (2019), pp. 1-33.
- TIRADO ESTRADA, Jesús José: *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 1995)*, Granada, Comares, 2016.

JURISPRUDENCIA

Alemania

- BGH 1 StR 239/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Kiel).
- BGH 5 StR 505/12 – Urteil vom 23. Oktober 2013 (LG Cottbus).
- BGH 1 StR 53/13 – Urteil vom 3. Dezember 2013 (LG Hamburg).
- BGH 1 StR 360/21 – Urteil vom 8. März 2022 (LG Oldenburg).

Suiza

BGE 120 IV 365, 19 diciembre 1994.
BGE 137 IV 145, 1B_417/2010, 1 abril 2011.

Italia

Cassazione penale, Sezioni Unite, n. 38343, 18/9/2014, ThyssenKrupp.
Cassazione penale, n. 2566/2024, 22/01/2024.

España

STS 29/2016, de 15 de julio; STS 89/2023, de 10 de febrero.
SAP Sevilla 490/2019, 19 de noviembre de 2019.
STS 900/2023, 30 de noviembre de 2023.
ATS 8322/2024 – ECLI:ES:TS:2024:8322A, 01/07/2024.

4. DE LAS FALSIFICACIONES A LAS ULTRAFALSIFICACIONES: UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS REPERCUSIONES PENALES DEL FENÓMENO *DEEPFAKE*

ANDREA BRAVO BOLADO

Doctoranda en Derecho Penal con beca FPU
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN. EL FENÓMENO DE LAS FALSIFICACIONES EN TIEMPOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Hasta hace poco tiempo era muy común escuchar expresiones como «una imagen vale más que mil palabras» o «si no lo veo no lo creo». Era lógico pensar, en una sociedad oculocentrista¹ como la que habitamos, que aquello que pudiéramos percibir por los ojos tenía menos posibilidades de ser falso, pues el sentido rey, nuestra vista, difícilmente podría hacernos fallar en nuestro juicio. Desde hace apenas un par de años, resulta evidente que este paradigma ha dejado de ser cierto y que hoy, más que nunca, es necesario poner en duda lo que creemos ver. El objeto de esta contribución será, pues, reflexionar sobre el papel de las falsedades y su relevancia penal en una sociedad digitalizada y desconfiada que se encuentra en los albores de la discusión sobre nuevas necesidades de tipificación ahora que, con la generalización de

¹ La referencia al término «oculocentrismo» se extrae de FREIXAS, «Oculocentrismo», La Vanguardia, 3 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/opinion/20191003/47781801426/oculocentrismo.html> [Consultado por última vez el 12/01/2026]. También, empleando el término «ocularcentrismo»: CARRERA OÑA, Serie Magister, 2019.

los denominados *deepfakes* o ultrafalsificaciones², la verdad está más en entredicho que nunca.

Es esta una idea que conecta directamente con uno de los muchos intereses que han guiado la dilatada trayectoria académica de nuestro homenajeado. En efecto, el profesor Peñaranda ha permanecido atento a las falsedades con relevancia penal, estudiándolas esencialmente desde la óptica de la falsedad documental³ (cuyo papel en el debate actual, como enseguida se verá, no es desdeñable), con un tono crítico en cuanto a la expansión de las modalidades de tipificación⁴.

Si hay una idea que ha vertebrado las reflexiones de nuestro querido Enrique en cuanto a la falsedad es que la verdad no constituye un bien jurídico protegible por el derecho penal, sino un medio comisivo⁵. Esta sensata idea se tomará, pues, como punto de partida en las páginas que siguen. Pero, si la verdad no es el objeto de protección ni en las viejas ni en las nuevas manifestaciones de falsedad, ¿cuál es el objeto u objetos que aquí se deben proteger? A tratar de contestar a esta pregunta se dedicarán las páginas que siguen.

Se ofrece, para cerrar la introducción, un ejemplo del escenario que aquí se plantea. Se intentará huir del ejemplo más prototípico, cual es el de la ultrafalsificación de carácter sexual, por entender que enturbia demasiado la discusión⁶. Se plantea, pues, el siguiente escenario: una famosa cantante es víctima

² Los términos se utilizarán indistintamente en el trabajo. Aunque el concepto más extendido es el término en inglés, la doctrina española utiliza con frecuencia este término. Si bien el Reglamento de IA, en su versión española, utiliza el término «ultrasuplantación», no ha gozado, por el momento, de buena acogida. Todo lo relativo a la regulación europea se tratará *infra*.

³ PEÑARANDA RAMOS, 2025, núm. 16000 ss.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2011, pp. 535 ss., *passim*.

⁵ Así, PEÑARANDA RAMOS, 2025, núm. 16110: «Existe un general acuerdo en considerar que el bien jurídico tutelado a través de la incriminación de los **delitos de falsedades documentales** no es un derecho a la verdad que, según se acaba de expresar, no puede ser garantizado de un modo pleno.» [*negrita en el original*]. Esta idea ha sido señalada, desde luego, por otros autores, siendo bastante pacífica entre la doctrina. Así, sin ánimo de exhaustividad, hablando de la importancia de la protección de la verdad en el debate sobre la desinformación: NUÑEZ CASTAÑO, EPC, 2024, p. 14. También: AGUERRI/MIRÓ LLINARES, IDP, 2023, pp. 4 y 5.

⁶ Somos conscientes de que, en efecto, son los *deepfakes* de contenido sexual las manifestaciones más numerosas de este fenómeno, así como de la existencia de un inevitable sesgo de género, que hace necesaria la aproximación con contenido de género, pues el tipo de ataques por medio de ultrafalsificaciones cambia en función de si la víctima es una mujer. Aun aceptando esta realidad como cierta, consideramos que precisamente este factor ha hecho que se confundan algunas cuestiones relativas al bien jurídico objeto de protección, y por ello proponemos alejarnos de este ejemplo prototípico. Por nombrar tan solo uno de los numerosos trabajos que han tratado esta perspectiva de género, debe destacarse el pionero estudio de la UNESCO, (2019). *I'd blush if I could. Closing gender divides in digital skills through education*, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416.page=1> [Accedido por última vez el 12/01/2026]. Desde la doctrina: SIMÓ SOLER, In-Dret, 2023.

de una campaña en redes sociales en la que, con fines de diversión, diversos usuarios crean videos falsos, utilizando inteligencia artificial, que, tomando como base la imagen y la voz de dicha cantante, simulan declaraciones abiertamente racistas. Estos vídeos, absolutamente verosímiles, se difunden de forma masiva en redes sociales, dando lugar a la creencia generalizada de que dicha artista es abiertamente xenófoba⁷.

II. EL FENÓMENO: ¿EN QUÉ CONSISTE EXACTAMENTE EL *DEEPFAKE*?

Antes de tratar los problemas jurídico penales asociados al fenómeno, se hace necesaria una breve conceptualización. El *deepfake* es una tecnología basada en inteligencia artificial que permite crear de forma deliberada (usando terminología penal: dolosa) contenidos de imagen y audio falsos que representen a personas, de tal manera que el contenido creado pueda parecer real de una forma extremadamente convincente⁸. Su agudo realismo, característica central de este fenómeno, se debe a la técnica utilizada, generalizada hace apenas unos años⁹, denominada «redes generativas adversariales» (GANs, por sus siglas en inglés), conformadas por dos redes neuronales que trabajan conjuntamente: una generadora, encargada de crear contenidos artificiales lo más realistas posibles, y otra discriminadora, encargada de discernir si el contenido es real o ficticio. Como ambas compiten por lograr su objetivo propio –la generadora mejora progresivamente su capacidad para producir muestras cada vez más verosímiles y la discriminadora descarta las de peor calidad– se logran resultados altamente refinados, capaces de engañar tanto a la máquina como al ojo humano¹⁰.

⁷ El ejemplo, con algún matiz, es tomado del caso real sucedido con la cantante Aitana algunos años atrás. Aunque este es el normal desarrollo de este tipo de hechos se puede pensar en el ejemplo contrario. Imagine la lectora que un líder político abiertamente racista y xenófobo en su discurso público es «víctima» de una manipulación de su imagen, que es usada para crear vídeos falsos donde aparece en una actitud abiertamente cercana, amable y solidaria con personas extranjeras (por ejemplo, ofreciendo ayuda humanitaria en la frontera). Quisiera agradecer a la profesora Mínguez Rosique la idea que gestó este último ejemplo.

⁸ LENDVAI/SOSZTONYI, IDP, 2024, p. 3.

⁹ El punto de partida de estas técnicas fue la introducción de las GAN en 2014, seguida de aplicaciones inicialmente académicas (2015-2016) y un punto de inflexión en 2017, cuando los *deepfakes* comenzaron a difundirse públicamente a través de plataformas digitales, lo que impulsó tanto su popularización como la alarma social. Sin embargo, la creciente sofisticación tecnológica, que ha llevado a que estas creaciones sean prácticamente indistinguibles entre 2023 y 2024, subraya la brecha existente entre el avance técnico y los marcos regulatorios. ACIM, ET AL., MDPI, 2025.

¹⁰ BELLO SAN JUAN, 2023, p. 230.

Su incidencia resulta innegable, habiéndose constatado empíricamente la práctica imposibilidad de las personas de distinguir el contenido real del generado por *deepfake*¹¹. Es esta una preocupación que afecta a la sociedad, pues, según datos de los últimos barómetros de opinión, uno de los novedosos focos de preocupación de la sociedad tiene que ver con la deformación de la realidad¹².

Estos datos, unidos a la idea emergente de que el daño causado mediante esta técnica puede ser cualitativamente diferente, ya sea porque la reparación del daño en estos contextos resulta especialmente difícil¹³ o porque la deformación de la realidad supone un daño que puede perpetuarse *in aeternum*¹⁴, nos presentan un fenómeno que, si bien tiene como punto de partida una forma comisiva bien conocida, se aleja de los contornos clásicos de la falsedad con relevancia penal.

III. LA (INSUFICIENTE) REGULACIÓN PENAL ACTUAL

Cuando se trata de abordar el panorama regulativo que ofrece nuestro actual Código Penal resulta esencial distinguir entre dos grandes grupos de supuestos que se ven afectados con la proliferación de las ultrafalsificaciones¹⁵. A grandes rasgos, podemos distinguir entre aquellas falsificaciones que suponen un daño con su sola generación (y posterior difusión pública), de aquellas que son utilizadas como medio para cometer otros delitos posteriores. Aunque se contraponen aquí las ideas de falsedad dañosa en sí misma y false-

¹¹ KÖBIS/DOLEŽALOVÁ/SORAPERRA, iScience, 2021. Este estudio concluyó que las personas no son capaces de detectar *deepfakes*, siendo que su acierto no superó al azar. La investigación revela que los usuarios muestran un sesgo sistemático hacia la autenticidad, clasificando erróneamente los *deepfakes* como reales en su mayor parte, con un marcado exceso de confianza (sobrestimación de sus habilidades de detección). Se demuestra, también, que ni la concienciación sobre los peligros de estas manipulaciones ni los incentivos económicos mejoran la precisión en la detección.

¹² Así lo declara GÓMEZ RIVERO, RDP, 2025, p. 129, remitiéndose a los barómetros del CIS y a la evolución de las distintas encuestas en el tiempo. Ciertamente, en el estudio núm. 3486, de noviembre de 2024, figura entre la lista de los tres principales problemas del mundo dentro de diez años «los problemas de información, la desinformación, las noticias falsas, los bulos». Disponible en: <https://www.cis.es/documents/20117/13448359/es3486mar-pdf.pdf/6ad1d148-41ec-4683-1589-d3b322cfa0b6?version=1.1&t=1759929841835> [Accedido por última vez el 22/12/2025].

¹³ JUANATEY DORADO, RGDP, 2023, p. 17, hablando de la gran vulnerabilidad de las personas ante el riesgo que supone la difusión de aspectos de su vida previa a través de redes sociales, ámbito donde la capacidad intrusiva de las nuevas tecnologías es inmensa.

¹⁴ DEVIS MATAMOROS, IberICONnect, 2023.

¹⁵ En este sentido, dividiendo las falsedades actuales entre «falsedades sin interacción de terceros» y «falsedades con interacción de terceros», GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, *passim*. Aunque nos adherimos en lo esencial a la diferenciación que realiza la autora, no creemos que la forma de nombrar las categorías sea la más adecuada, por lo que se ofrece aquí una formulación alternativa.

dad como medio, no quiere esto decir que en el caso de las primeras el bien jurídico protegido sea la verdad, pues, siempre y en todo caso, como apuntábamos al inicio, la falsedad es un vehículo para dañar otros bienes, siendo la diferencia relevante que para consumarse el daño del primer grupo basta con difundir el objeto falsificado, mientras que, para el segundo grupo, será necesario realizar alguna acción adicional ¹⁶.

1. Falsedad dañosa en sí misma

Bajo este epígrafe conviene analizar el supuesto prototípico de creación dolosa de una imagen falsificada y su posterior difusión sin el consentimiento de la persona afectada. Gómez Rivero destaca que se están dañando, con estas conductas, bienes eminentemente personales del titular de la imagen, habiendo oscilado la discusión dogmática entre tres posibles delitos aplicables: delitos contra la intimidad, delitos de injurias y delitos contra la integridad moral ¹⁷.

De *lege lata*, no obstante, es evidente que ninguno de los tipos actualmente presentes en el Código Penal encaja por completo en estos supuestos de hecho.

Respecto de los delitos contra la intimidad, la discusión principal ha pivotado en torno al bien jurídico tutelado por estos delitos, pero, con independencia de esta discusión de fondo (sobre la que enseguida nos pronunciaremos), debe dejarse sentado que la configuración de los tipos no permite una recta aplicación. El concepto de «apoderamiento» respecto de los documentos físicos que contengan los datos personales protegidos por el tipo básico del artículo 197 impide una interpretación conforme con el principio de legalidad. Lo mismo respecto de la interpretación realizada sobre los requisitos de la interceptación requerida por el tipo, que está pensando, esencialmente, en un apoderamiento físico con uso de medios subrepticios para el conocimiento del contenido de la información, rompiendo las barreras defensivas del sujeto ¹⁸.

Algo similar puede predicarse respecto del delito de injurias del artículo 208 del Código Penal, que, aunque admite que la lesión de la dignidad se

¹⁶ Al menos así será si buscamos proteger de la forma en que normalmente se han protegido toda una serie de bienes jurídicos finales de contenido indudablemente penal, exponente de los cuales son los bienes de contenido patrimonial. GÓMEZ RIVERO, *ibid.*, pp. 131-132.

¹⁷ Se dejan fuera del análisis otras propuestas, por no ser tan mayoritarias, como la de castigar los hechos como delitos contra la integridad psíquica o un tipo de amenazas. Así, JAREÑO LEAL, RECPC, 2024, p. 15, con desarrollo en pp. 18 ss.

¹⁸ Desarrollando esta idea: JAREÑO LEAL, *ibid.*, p. 7.

produzca por medio de una «acción» o «expresión», supone una forma de interpretar este delito de forma esencialmente distinta a la tradicional y encontrará dificultades en los casos en que el *ánimus iniuriandi* sea difícilmente constatable (aunque pudiera parecer que no será común este escenario piénsese que una parte no desdeñable del contenido generado mediante tecnología *deepfake* en redes sociales responde, más que a un ánimo directo de menoscabar gravemente el honor de una persona, a la intención de generar un contenido de tono humorístico, por muy cuestionables que supongan los límites del humor).

Finalmente, en el caso de los delitos contra la integridad moral, se pone en duda que la gravedad en la que estaba pensando el legislador al tipificar las acciones del tipo básico (art. 173 CP, que exige un «trato degradante» que menoscabe «gravemente» su integridad moral) encaje con la gravedad de las conductas de difusión no consentida de material manipulado¹⁹.

2. Falsedad como medio

El segundo grupo de casos tiene que ver, principalmente, con aquellos supuestos en que la falsedad se usa como vehículo para cometer otras infracciones claramente tipificadas en el Código Penal, siendo quizá el ejemplo más claro el de la estafa²⁰, siendo en la mayoría de los casos conductas dirigidas a atacar bienes jurídicos de contenido patrimonial, aunque en algunas ocasiones se ha planteado también la utilización con fines de manipulación política de estas falsedades²¹. El problema de estos supuestos no reside tanto en que no se

¹⁹ *Ibid.*, p. 27, afirmando que la interpretación del trato degradante por parte de la doctrina, como «la causación de padecimientos físicos, psíquicos o morales a una persona que, tratada al margen de toda consideración y respeto que merece el ser humano por el solo hecho de serlo, cosificada e instrumentalizada en manos de un sujeto que abusa de la superioridad que ostenta [...], experimenta un sentimiento de humillación o envilecimiento de especial intensidad que menoscaba su integridad moral [...]», resulta demasiado forzada en el caso de la manipulación por medio de *deepfake*, donde no se alcanza a entender que dichas conductas sean equivalentes al trato inhumano. Cita la autora a TAMARIT SUMALLA, 2025.

²⁰ Numerosos ejemplos se han sucedido ya del denominado fraude del CEO, donde, usando una voz sintética con apariencia real, se ha simulado la personalidad de directivos de empresas con el objeto de obtener una sustracción patrimonial. Advirtiendo sobre los riesgos de este tipo de fraude: Europol, en su guía sobre ciberestafas disponible en: https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/es_1.pdf [Accedido por última vez el 13/01/2026].

²¹ La problemática de las falsedades con fines de manipulación electoral conlleva toda una serie de elementos propios que aconsejan su análisis de forma separada, pues, amén de constituir una forma de amenaza sutil y potente para la democracia en sí misma, la forma jurídica de abordarlas trasciende, entendemos, lo que se puede predicar del resto de supuestos, por la inevitable colisión de cualquier eventual regulación con los dos derechos fundamentales en juego: la libertad de expresión y el derecho de participación política, respectivamente. Por ello, deben quedar extramuros de la presente reflexión. Véase, por todos, LEÓN ALAPONT, RGDP, 39, 2023, *passim*. Asimismo, la proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial,

pueda encontrar un tipo penal existente para aplicar en caso de que se consume la infracción final, sino más bien en la necesidad de buscar tipos que castiguen la mera conducta falsaria, en tanto portadora ya de un desvalor suficiente por el componente de suplantación de identidad. En este sentido, aunque se analizará en detalle *infra*, baste por el momento apuntar que aunque sí existe cierto consenso en la insuficiencia de los tipos del Código penal actual (falsedad en documento privado²² y usurpación del estado civil, respectivamente), no existe un acuerdo común sobre cuál debe ser el instrumento más idóneo para castigar las conductas, habiendo oscilado la discusión entre la necesidad de crear un nuevo bien jurídico unido a la identidad digital y la validez de tipos penales, con alguna modificación, como el de usurpación del estado civil del artículo 401 CP²³.

En lo relativo a este delito, aunque ha sido propuesto por varios autores, no podemos más que estar de acuerdo con quienes han señalado que, en su actual configuración legal o, más exactamente, en su tradicional interpretación jurisprudencial, no cabe entender que el tipo quede colmado con la realización de alguna conducta aislada y puntual de suplantación, pues lo que se exige para su aplicación es que el usurpador actúe como el sujeto usurpado a todos los fines o en todos los aspectos de su vida civil, habiéndose reiterado que el tipo requiere una completa y continuada actuación en nombre de la otra persona²⁴.

Cabe destacar que, aunque en este ámbito no se ha propuesto, por el momento, ninguna modificación legal, sí se ha reiterado en numerosas ocasiones por la Fiscalía que se trata de supuestos que requieren la respuesta inmediata del legislador²⁵. Dos cuestiones merece la pena discutir aquí. En

presentada por el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR, que en su artículo 7 proponía una modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General para introducir un nuevo delito de «*distribución maliciosa de imágenes y voces generadas mediante inteligencia artificial*».

²² Esta propuesta ha sido formulada, entre otros, con razones a nuestro juicio poco convincentes, por Magro Servet, que ha tratado de encontrar en el contrato de suscripción que acepta el usuario al crearse un perfil en redes sociales un documento falso cuando se utiliza esa misma red para la creación de un perfil falso. MAGRO SERVET, Diario La Ley, 2017.

²³ Para una revisión completa de las particularidades del delito de usurpación del estado civil: DÍAZ LÓPEZ, 2010.

²⁴ Como ejemplo reciente, el Auto de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1.ª), núm. 46/2010 de 25 marzo, que descarta la aplicación del tipo en un caso en que un sujeto se creó un perfil falso en la red social Tuenti utilizando los datos personales de un tercero, desde el cual se publicaron fotografías y se le atribuyeron diversas manifestaciones críticas dirigidas contra sus compañeras, con la finalidad de menoscabar su reputación. El Auto concluyó que no se cumplían los elementos típicos del delito de usurpación del estado civil, al considerar que no es suficiente una suplantación puntual o parcial, sino que se requiere una actuación continuada y persistente, así como la asunción plena de la identidad ajena, con el ejercicio de los derechos y acciones propios de su estatus familiar y social.

²⁵ Así se ha puesto de manifiesto de forma reiterada en las Memorias de la Fiscalía General del Estado de los años 2020, 2021 y 2023, señalando la insuficiencia del marco penal vigente para sancionar adecuadamente la suplantación de identidad online cuando esta se realiza con la finalidad de perjudicar a

primer lugar, la conveniencia de una reforma legal, pues autores autorizados como el propio profesor Peñaranda han manifestado que bastaría con una interpretación ligeramente novedosa, que cabe en el tenor literal del tipo, para superar este obstáculo²⁶. La segunda cuestión tendría que ver con la conveniencia político criminal de aceptar un adelantamiento generalizado de la protección, que, por la gravedad de las consecuencias o la frecuencia de las conductas, aconsejara castigar de partida las pequeñas conductas previas que, en un momento ulterior, pudieran dar lugar a un eventual delito de resultado. La respuesta que se adopte debe superar, por tanto, esos dos niveles.

IV. PROPUESTAS DE REFORMA DE LA REGULACIÓN ACTUAL

1. Legales

Aunque el segundo de los grupos de delitos arriba explicados (los denominados falsedades como medio) ha recibido poca atención social, doctrinal y legislativa, no cabe decir lo mismo respecto del primer grupo, relativo a las falsedades que afectan a bienes eminentemente personales. Tanto es así que, desde hace ya unos años, tanto el legislador nacional como el europeo han venido proponiendo la introducción de reformas legislativas para atajar el fenómeno del *deepfake*, especialmente en el campo sexual y el político. Se enumerarán brevemente estas propuestas, para comentar, de forma también necesariamente breve, sus principales ventajas e inconvenientes. El orden de la exposición será cronológico, desde la propuesta más antigua hasta la más moderna.

una persona real. La Memoria de 2020 ya advertía de las dificultades para encajar estas conductas en tipos delictivos existentes y proponía la creación de un delito específico de suplantación de identidad digital dentro del Título XVIII del Código Penal. La Memoria de 2021 reiteró que, aunque en algunos casos pueden concurrir otros delitos, la respuesta penal resulta incierta cuando la suplantación tiene como único objetivo el descrédito de la víctima en sus relaciones online. Finalmente, la Memoria de 2023 reafirmó que las reformas introducidas ofrecen una protección solo parcial y subrayó la necesidad de un tipo penal específico que sancione de forma general la suplantación online de la identidad de personas reales. Doctrinalmente, de forma destacada: MATA MARTÍN, 2010, pp. 199-220.

²⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2025, núm. 16325, expresando que una interpretación adecuada y proporcionada del tipo bastaría para afrontar situaciones novedosas, como es el caso del robo de identidad en internet, sin que sea necesario acudir a nuevos delitos de suplantación de identidad que, por la vaguedad de sus términos, den lugar a excesiva inseguridad jurídica. En un sentido similar: GORDÓN BENITO, 2020.

1.1 PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LAS SIMULACIONES DE IMÁGENES Y VOCES DE PERSONAS GENERADAS POR MEDIO DE IA, DE 13 DE OCTUBRE DE 2023²⁷

La propuesta, en lo que aquí nos interesa, introduce en su artículo 3 una modificación del Código penal, añadiendo un nuevo artículo, el 208 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 208 bis. Igualmente tendrá la consideración de injuria la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, fama, dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial para la pública difusión su imagen corporal o audio de voz.»

Se modifica, asimismo, el contenido del artículo 211 del Código penal, añadiendo un párrafo segundo que es redactado como sigue:

«Artículo 211. La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante. [contenido original]

Salvo previa autorización expresa de la persona o personas afectadas, las simulaciones de imágenes, vídeos o audios de voz de estas generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial que fueran difundidos a través de redes sociales serán consideradas como injurias hechas con publicidad.»

De esta forma, se acogen algunas de las peticiones de la doctrina que entienden que el bien jurídico dañado en la difusión no consentida de material no real pero verídico es el honor y la propia imagen, protegible penalmente mediante el delito de injurias.

No obstante, la propuesta no ha estado exenta de críticas, no tanto por la ubicación sistemática dentro del catálogo de delitos, como por su respeto con los mandatos de protección provenientes de la Unión Europea. Para saber a qué mandatos nos referimos es necesario analizar la segunda de las propuestas.

²⁷ Se trata de la propuesta presentada por el grupo parlamentario SUMAR, citada supra. Aunque parece evidente que no parece tener visos de una aprobación temprana, merece la pena traerla a colación, aunque sea por ser coincidente, al menos en parte, con voces mayoritarias dentro de la doctrina española. Se deja fuera del análisis, por los motivos expuestos arriba, el contenido del artículo 7 de la propuesta, que proponía la creación de un nuevo artículo en la Ley Orgánica de Régimen electoral.

1.2 LA DIRECTIVA 2024/1385 DEL PARLAMENTO Y CONSEJO SOBRE LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

El artículo 5.1.b) de la Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que sean punibles como delito las siguientes conductas intencionadas: «producir, manipular o alterar y, posteriormente, hacer accesible al público, mediante TIC, imágenes, vídeos o materiales similares, haciendo que parezca que una persona está practicando actividades sexualmente explícitas, sin el consentimiento de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona».

Ciertamente, el ámbito protegido por la Directiva es exclusivamente el de las manipulaciones con contenido sexual, pero se parte aquí de la idea de que el bien jurídico dañado en todos los casos de manipulación de imágenes es el mismo, por lo que la solución a los *deepfakes* sexuales no debiera ser diferente a la que se adopte en casos como el arriba expuesto (la cantante falsamente acusada de ser racista), por una cuestión relacionada con el entendimiento del bien jurídico protegido que se explicará inmediatamente *infra*.

El punto de fricción entre la propuesta española y la europea lo encontramos en el artículo 10 de la Directiva, que establece que para los casos de delitos del artículo 5 (entre otros), los Estados miembros garantizarán que puedan ser castigados con una pena máxima de prisión de al menos un año. Como la propuesta de SUMAR no modifica las penas previstas para el delito de injurias, a lo sumo se podría imponer la pena prevista para las injurias graves con publicidad, que se castigan, en aplicación del artículo 209, con pena de multa de 6 a 14 meses²⁸.

1.3 ANTEPROYECTO DE LO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN ENTORNOS DIGITALES DE JUNIO DE 2024

Finalmente, la más reciente de las propuestas trata de introducir un delito específico dentro de los delitos contra la integridad moral, añadiendo un 173 bis con el siguiente contenido:

«Artículo 173 bis. Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software,

²⁸ Esta contradicción ha sido puesta de manifiesto por autores como SANTISTEBAN GALARZA, RDPC, 2024, p. 232.

algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando **situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias**. Se aplicará la pena en su mitad superior si dicho material ultrafalsificado se difunde a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual.»

Las ventajas que presenta esta propuesta son evidentes. Propone la creación de un delito que daría cumplimiento a las obligaciones impuestas por la Directiva; castigaría tanto la generación no consentida de material falso de contenido sexual como no sexual (siempre que tenga un mínimo de gravedad, limitando así la intervención penal a los casos más graves), y lo hace con unas penas lo suficientemente elevadas en el sentido marcado, de nuevo, por la norma europea (pudiendo llegar a imponerse una pena de un año y 6 meses a dos años en los supuestos más graves). Tiene la ventaja, asimismo, de que se trata del delito ya aplicado por los tribunales en algún caso planteado²⁹, y que la propia Fiscalía General del Estado se ha manifestado a favor de que sea el delito contra la integridad moral, con alguna concreción en cuanto a su tipificación, el encargado de abordar este fenómeno³⁰.

La única de las desventajas que plantea la propuesta es su exclusiva aplicación en los delitos cometidos contra menores de edad. Con carácter general, se entiende que los bienes jurídicos penalmente relevantes son comunes a los adultos y a los menores³¹, por lo que entendemos que, si se trata de conductas contra la integridad moral, serán atentatorias contra dicho bien jurídico con independencia de que se dirijan a un menor o a un adulto.

2. Supralegales: el silencio del Reglamento de Inteligencia Artificial

Para finalizar el estudio de la normativa vinculante al respecto, cabe mencionar la norma por excelencia cuando se trata de regular las incipientes tecno-

²⁹ Nos referimos a la sentencia 86/2024, del Juzgado de menores de Badajoz de 20 de junio de 2024, que condena por 20 delitos contra la integridad moral y 20 delitos de pornografía infantil, en el caso de las menores de Almendralejo.

³⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2023, p. 862, reconociendo que aunque el 173 supone un buen tipo para encajar estas conductas «constituye una respuesta meramente parcial ante la ausencia de una figura delictiva específica que sancione en términos generales la suplantación online y en su perjuicio de la identidad de otra persona realmente existente, cuya tipificación se viene reclamando por la Fiscalía española desde hace varios años».

³¹ Es evidente, desde luego, la excepción en los delitos contra la libertad/indemnidad sexual, pero precisamente esta diferenciación de bienes ha podido dar lugar a una confusa y discutible regulación en los casos de pornografía infantil virtual. Para más detalles sobre la polémica: GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 134 ss. Asimismo, fuera del contexto del *deepfake*: PÉREZ MACHÍO, RGDP, 2021.

logías de inteligencia artificial. El Reglamento de IA ³², en efecto, ha introducido, desde su entrada en vigor en agosto de 2024 ³³, alguna disposición en lo relativo a las «ultrasuplantaciones», como así se conceptualizan en el texto.

Apenas se alude en tres ocasiones al fenómeno ³⁴, para concluir que la única de las obligaciones exigible a los responsables de despliegue (los usuarios profesionales que implementen estas tecnologías con fines profesionales propios), tiene que ver con la transparencia, exigiendo el artículo 50. 4 que dichos responsables, en tanto generen o manipulen imágenes, audios o vídeos que constituyan ultrasuplantación deben hacer público que dichos contenidos han sido generados de manera artificial ³⁵. Poco contenido puede extraerse, por tanto, en la determinación del deber de cuidado ni en el debate sobre el objeto de protección penal.

V. DOS PROBLEMAS PREVIOS

1. ¿Un concepto superado de intimidad? ¿Modificación de bienes tradicionales ante nuevas tecnologías?

La discusión sobre la proliferación de conductas en el marco del entorno digital y mediante el uso de herramientas tecnológicas como la inteligencia artificial se ve envuelta, en no pocas ocasiones, en disquisiciones previas sobre la posibilidad de que el objeto de protección penal se esté viendo modificado. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la arriba citada polémica sobre una eventual

³² Nos referimos al Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

³³ Lo cierto es que la entrada en vigor del texto legal se prevé de forma escalonada, siendo que las normas sobre los modelos de IA de propósito general (entre las cuales encontraremos, principalmente, las aplicaciones capaces de generar este contenido manipulado), entraron en vigor algo más tarde: el 2 de agosto de 2025.

³⁴ En el considerando 134, en el artículo 3.60), a los solos fines de definición, y en el artículo 50.4, para fijar una muy leve obligación de transparencia.

³⁵ Dicha obligación queda, asimismo, matizada, pues a renglón seguido se establece que la obligación no se aplicará cuando la ley autorice el uso para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos (piénsese en el caso del famoso software para la detección de depredadores sexuales de menores *Sweetie*); cuando el contenido forme parte de una obra o programa creativo, satírico, artístico, de ficción o análogo (en cuyo caso solo se indicará en la medida en que no dificulte la exhibición o disfrute de la obra); o en los casos en que la manipulación se genere sobre texto en lugar de sobre imágenes, en cuyo caso no se aplicará la obligación de información si el texto ha sido sometido a un proceso de revisión humana o de control editorial, siempre que exista una persona, física o jurídica, con responsabilidad editorial por la publicación.

nueva «identidad digital»³⁶, o con la discusión sobre la necesidad de que bienes tradicionalmente personales e individuales como la privacidad se conviertan en colectivos³⁷.

Una discusión similar se ha sucedido en el caso de la intimidad al hilo de los casos de ultrafalsificación. Tradicionalmente la intimidad se ha concebido como bien que protege la representación fidedigna de la persona³⁸, que tiene derecho a mantener un ámbito de su vida privada reservada, ajena al control de terceras personas, habiéndose asentado asimismo la vertiente positiva del derecho en cuanto autodeterminación informativa o derecho a controlar activamente ciertos datos de carácter personal³⁹. No obstante, con el surgimiento de algunos de los casos más prototípicos de *deepfake* (en los que para la generación del contenido falso se tomaba una parte de información visual correspondiente a la persona afectada y otra parte se generaba de forma artificial o bien pertenecía a una persona ajena, representando imágenes en contextos altamente íntimos, como el propio de la sexualidad), se ha llegado a plantear, en no pocas ocasiones, la necesidad de reconfigurar la intimidad, entendiendo que, si bien la verdadera intimidad no se ve afectada en estos casos, lo que hay que proteger aquí es la «intimidad aparente»⁴⁰. No es esta, sin embargo, una concepción mayoritaria, pues autorizadas voces⁴¹ han puesto de manifiesto que intimidad y propia imagen no son lo mismo⁴², y que la protección penal de la intimidad goza de

³⁶ En este sentido: SOLARI MERLO, 2021, pp. 405-429.

³⁷ En este sentido, destacadamente, VALLS PRIETO, 2021. También el mismo en REPC, 2023, p. 23.

³⁸ Para más detalles sobre la interpretación de los delitos contra la intimidad: MÍNGUEZ ROSIQUE/PUENTE RODRÍGUEZ, 2025.

³⁹ Dicho derecho se refleja en el artículo 197 apartado 2, que solo se aplicará en la medida en que la vulneración del mismo suponga una afectación del derecho a la intimidad (así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo). Para más detalles: JUANATEY DORADO, *op. cit.*, p. 29, aunque reconociendo en p. 35 que los pronunciamientos han ido oscilando, aceptando en ocasiones que el precepto protege el control sobre cualquier tipo de dato.

⁴⁰ Desarrollando el concepto de intimidad aparente, con una original concepción, GÓMEZ RIVERO, que, pese a no aceptar la tipificación de estos delitos con base en este bien jurídico, no lo descarta de plano, pues considera que aunque es obvio que la intimidad real no queda afectada, la protección de la apariencia es, en ocasiones, tarea del Derecho penal, pues el elemento de la verosimilitud del juicio de peligro a ojos de cualquier espectador objetivo es tenido en cuenta en otras sedes de relevancia penal, como es el caso del castigo de la tentativa inidónea, donde, no porque el hecho no aparezca como peligroso para el bien jurídico *ex post* se deja de castigar. (p. 140 ss.). También emplea la autora argumentos relacionados con la regulación del derecho al honor, pues incluso en casos donde se ha verificado la realidad de lo imputado (*exceptio veritatis*), el Código penal opta por mantener el castigo en algunos supuestos, pues la lesión aparente al honor se ha consumado con la falsa imputación de hechos realizada con temerario desprecio hacia la verdad, equiparándose la pena entre supuestos en que el honor queda lesionado y los supuestos en que, en realidad, no lo ha sido.

⁴¹ Destacadamente JUANATEY DORADO o JAREÑO LEAL, ambas *op. cit.*

⁴² De hecho, la jurisprudencia viene desarrollando criterios sobre en qué circunstancias cabe proteger la propia imagen como derecho fundamental, y tiene que ver con los casos en que dicha imagen se refiera precisamente a aspectos de la intimidad o resulte denigrante para su titular. JAREÑO LEAL, *op. cit.*, p. 4.

una esfera bien definida. Así, en palabras de Jareño Leal, el artículo 197.1 del Código Penal solo protege penalmente las imágenes que reproducen rasgos auténticos y reales de una persona, es decir, aquellas que reflejan su intimidad verdadera. Quedan excluidas de esta protección las imágenes artificiales o manipuladas, como las generadas mediante inteligencia artificial, que simulan contextos de intimidad, pero no representan hechos reales. Dado que el derecho a la intimidad está vinculado a la dignidad personal, la jurisprudencia constitucional y del TEDH refuerzan la idea de que la protección penal debe limitarse a la vida privada realmente existente, ya que la intimidad solo puede ser vivida por las personas y no creada artificialmente por terceros⁴³.

2. Desacuerdo sobre el desvalor de acción. La utilidad de comparar marcos de penas

Si bien la discusión sobre la suficiencia de la reacción penal en los casos de manipulaciones o falsificaciones con IA se ha centrado en la definición del injusto penal más adecuado, atendiendo tanto al objeto de protección como a las conductas incriminadas, consideramos que se ha perdido de vista un dato esencial capaz de orientar la discusión, y que es un indicador más a tener en cuenta a la hora de proponer la tipificación de nuevas figuras. Nos referimos a la pena prevista para cada una de las figuras delictivas propuestas. Se parte aquí de la opinión de que la pena no es una consecuencia arbitraria de la infracción en su concreta configuración, sino que es capaz de funcionar como marcador de gravedad de las conductas previstas en el tipo⁴⁴.

Nos parecía útil, pues, para cerrar el examen general del fenómeno, realizar una comparación entre marcos de pena. Se procederá de la más leve a la más grave dentro de las opciones planteadas.

– Delitos de injurias: en su configuración más grave, como se ha indicado *supra*, tienen prevista una pena de multa de seis a catorce meses. Quizá precisamente por la levedad de la pena, los autores que han propuesto que los eventuales nuevos tipos se enmarquen dentro de los delitos contra el honor, han destacado que sería necesario un aumento de la pena.

⁴³ *Ibid.*, p. 13, con referencias a pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁴ Esta idea ha sido defendida de forma muy convincente por Von Hirsch, InDret, 2021, especialmente claro en p. 232, afirmando que «la norma secundaria de sanción incide en la configuración misma (si bien de forma marginal y complementaria) de la norma primaria de conducta». En extenso en: BASSO, 2019.

– Delitos contra la intimidad: en su tipo básico (197.1 del Código Penal) llevan aparejada una pena mínima de prisión de 1 a 4 años, o de 2 a 5 si implican difusión, mientras que, en los supuestos más graves (afectación a datos especialmente protegidos como la vida sexual), en aplicación del apartado 5, se podrá llegar a la pena en su mitad superior (es decir, una pena de 3 años y seis meses a 5 años; pena que no permitiría ya la suspensión del artículo 80.1).

– Delitos contra la integridad moral: por su parte, el catálogo de delitos contra la integridad moral del 173 contiene conductas de muy diversa gravedad, con penas que oscilan desde la prisión de 6 meses a 2 años para el tipo básico; 6 meses a 3 años para el ejercicio de violencia física o psíquica habitual contra la pareja; o la pena de localización permanente de 5 a 30 días para la injuria o vejación injusta de carácter leve contra la pareja o asimilados.

– Delitos de lesiones psíquicas: pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses.

Desde luego que la enorme disparidad en la gravedad de las sanciones, que van desde la localización permanente a la multa, llegando a penas de prisión especialmente elevadas, con privación de libertad prácticamente asegurada, revela que la confusión cuando se trata de proponer una nueva regulación de este fenómeno es extrema. El análisis de la consecuencia jurídica aparejada a cada uno de los tipos delictivos no puede dejarse de lado en la propuesta de *lege ferenda*, pues tan importante es atender al objeto de protección como a la eventual privación de derechos que la propuesta pueda comportar.

3. Conclusiones: tareas pendientes del legislador

Parece evidente que es necesario introducir un nuevo tipo penal que venga a aclarar el caos y la discusión respecto de los delitos de ultrafalsificación que aquí se han llamado dañosos en sí mismos. Consideramos que, pese a encajar teóricamente dentro del tipo de injurias, el menor desvalor asociados tradicionalmente a este tipo, no lo hace aconsejable. Ello, unido a razones sistemáticas, aconseja la tipificación de un nuevo delito contra la integridad moral (que ya contiene, a pesar del contenido de gravedad del *nomen iuris*) delitos de gravedades muy variadas. La pena aparejada a este delito deberá ser, por imperativo europeo, superior a un año de prisión.

Aunque no resulte quizá tan evidente, es aconsejable también la modificación del delito de usurpación del estado civil, pues la proliferación de conductas y el potencial daño que causan, incluso antes de incurrirse en el delito

final, bien merece su castigo, como así ha sido destacado en numerosas ocasiones por la fiscalía.

Si estas dos modificaciones puntuales de la parte especial serán suficientes para contener la potencialidad lesiva de la tecnología ultrafalsificadora solo lo dirá el tiempo. Nos tememos, no obstante, que en un momento en que se empieza a hablar del fenómeno del *scheming*⁴⁵, que implica que las propias inteligencias artificiales comienzan a generar contenido falso sin ser inducidas a ello por humanos, este tipo de reflexiones están lejos de constituir un punto y final.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUERRI, Jesús/MIRÓ LLINARES, Fernando: *¿Comunicación ofensiva y de odio o desinformación programada? Un análisis de las características y discurso del evento conspiranoico #ExposeBillGates*, Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 37, marzo 2023, pp. 1-16.
- BASSO, Gonzalo: *Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena*, InDret, núm. 2, 2021, pp. 195-249.
- *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, 2019.
- BELLO SAN JUAN, Patricia: *La inteligencia artificial al servicio del crimen: La revolución del deepfake desde una perspectiva criminológica*, en La justicia en la sociedad 4.0, Nuevos retos para el siglo XXI, A Coruña, 2023, pp. 219-242.
- BTISSAM ACIM, et al.: *A Decade of Deepfake Research in the Generative AI Era, 2014-2024: A Bibliometric Analysis*, MDPI, 2025.
- CARRERA OÑA, Lenin.: *Ocularcentrismo: cuando el sentir supera al ver*, Serie Magister, 2019.
- DEVIS MATAMOROS, Abraham: *Algunas claves del castigo penal del deepfake de naturaleza sexual*, IberICONnect, El blog de la revista internacional de derecho constitucional en español, 2023.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *El delito de usurpación del estado civil*, Madrid, 2010.
- GERGELY FERENC LENDVAI, Gergely Sosztanyi: *Deepfake y desinformación – ¿Qué puede hacer el derecho frente a las noticias falsas creadas por deepfake?*, IDP, 2024.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *Mentiras e ilusiones. Acerca de las ultrafalsificaciones*, Revista de Derecho penal, núm. 55, 2025, pp. 128-154.

⁴⁵ NAVARRO: «¿Puede una IA mentir a propósito? El fenómeno del “scheming” explicado», 20 de septiembre de 2025, disponible en: <https://elartesano.digital/ia-mentir-scheming-engano-inteligente/> [Accedido por última vez el 13/01/2026].

- GORDÓN BENITO, Iñigo: *Suplantaciones de identidad online. Claves (re)interpretativas del delito de usurpación del estado civil*, La Ley penal, núm. 143, 2020.
- JAREÑO LEAL, Ángeles: *El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del deepfake sexual*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 26, 2024.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *Protección penal de la intimidad frente a la utilización ilícita de medios digitales. Un análisis de la reciente doctrina jurisprudencial*, Revista General de Derecho penal, núm. 39, 2023.
- KÖBIS, Nils/DOLEŽALOVÁ, Barbora/SORAPERRA, Ivan: *Foiled twice: People cannot detect deepfakes but think they can*, iScience. 2021 oct 29, núm. 24 (11):103364. doi: 10.1016/j.isci.2021.103364.
- LEÓN ALAPONT, José: *El derecho penal ante las fake news y la desinformación: una vuelta de tuerca*, Revista General de Derecho penal, núm. 39, 2023.
- MAGRO SERVET, Vicente: *La tipificación penal de la suplantación de identidad en el uso de las redes sociales*, Diario La Ley, núm. 9005, 2017.
- MATA MARTÍN, Ricardo: «¿El robo de identidad: ¿una figura necesaria?», en Robo de identidad y protección de datos, Pamplona, 2010.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina/Puente Rodríguez, Leopoldo: *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad*, en Memento penal práctico, Madrid, 2025.
- NUÑEZ CASTAÑO, Elena: *Aproximación a la desinformación y su incidencia en el derecho penal*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 45, 2024, pp. 1-40.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La reforma de los delitos de falsedades documentales*, en Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), Cizur Menor, 2011, pp. 535-580.
- *Falsedades*, en Memento penal práctico, Madrid, 2025.
- PÉREZ MACHÍO, María Isabel: *La sanción de la pornografía infantil virtual y técnica en el código penal. Una manifestación más de la expansión del derecho penal*, Revista General de Derecho penal, núm. 35, 2021.
- SANTISTEBAN GALARZA, Mario: *La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 31, 2024, pp. 211-249.
- SIMÓ SOLER, Elisa: *Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho*, InDret, núm. 2, 2023, pp. 493-515.
- SOLARI MERLO, Mariana: *Encaje jurídico penal de las conductas de suplantación de identidad digital*, en Cuestiones penales a debate, Barcelona, 2021, pp. 405-429.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María: *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, en Comentarios al nuevo Código penal, Cizur Menor, 2025.

VALLS PRIETO, Javier, *La inteligencia artificial frente a la colectividad. Una protección de los bienes jurídicos colectivos frente al auge de los sistemas inteligentes*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 44, 2023, pp. 1-26.

— Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos, Cizur Menor, 2021.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA

Auto de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1.^a), núm. 46/2010 de 25 marzo. Sentencia 86/2024, del Juzgado de menores de Badajoz de 20 de junio de 2024.

Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de IA, de 13 de octubre de 2023.

Directiva 2024/1385 del Parlamento y Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres.

Anteproyecto de LO para la protección de las personas menores de edad en entornos digitales de junio de 2024.

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

5. LA TUTELA PENAL DEL SECRETO DE EMPRESA TRAS LA LEY 1/2019: UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, EL OBJETO DE LA ACCIÓN Y LOS SUJETOS ACTIVOS

MARÍA DEL MAR CARRASCO ANDRINO
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la aprobación del CP 1995 supuso un considerable avance en la tutela penal del secreto de empresa, no sólo por el abandono de la obsoleta nomenclatura empleada en el CP 1973 –secreto de industria–, sino también por su desvinculación de los delitos contra la libertad y seguridad, entre los que se ubicaba en el derogado texto punitivo, y su incorporación al Título XIII, «relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», concretamente, a la Sección 3.^a de su Capítulo XI, «de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores». De esta manera, se reconocía su valor patrimonial como bien económico y su engarce con el mercado y la lealtad competitiva. Además, su tipificación concreta, en los artículos 278 a 280 CP, sanciona no sólo las violaciones de quien, tras un acceso lícito, quebranta el deber de sigilo o reserva revelando o difundiendo la información a terceros (administradores, directivos, trabajadores, etc.), sino también de quienes rompen la preclusión de la reserva, accediendo ilícitamente y apoderándose de esta información secreta.

Se alineaba, así, el Código penal con la nueva concepción, que la Ley 3/1991, 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), había otorgado a esta institución como instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, y no ya de resolución de conflictos entre competidores (Preámbulo III.1). En este sentido, la redacción primigenia del artículo 13 LCD configuraba la violación de secreto empresarial como una conducta desleal, sustentada también sobre «la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente» (espionaje o procedimiento análogo) «o en el artículo 14» (inducción a la infracción contractual), pero sin ofrecer una definición de secreto de empresa. Es la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales (LSE) la que por primera vez incorpora, en su artículo 1, un concepto legal de secreto empresarial, determinando cuando su obtención, utilización o revelación es lícita (art. 2 LSE) y cuando constituye una violación del secreto (art. 3 LSE)¹. Una normativa que, como es conocido, traspone la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, cuyo objetivo fundamental era armonizar la protección civil del secreto empresarial (Considerandos 6,7 y 8), insertándolo en el ámbito propio de la competencia desleal (Considerandos 4 y 17), y no de la protección de un nuevo derecho de propiedad industrial. Así, tanto el artículo 3 como el 4 de la Directiva 2016/943 aluden a «las prácticas comerciales leales» para calificar de lícita o ilícita una forma de obtención de la información protegida por el secreto. En este mismo sentido, la LSE, en su disposición final 2.^a, modifica el artículo 13 LCD para dejar claro que la violación de secretos es una práctica desleal que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales.

No obstante, también por primera vez un texto legal reconoce la existencia de un derecho de propiedad sobre la información reservada de la empresa, si bien no oponible *erga omnes*, al quedar limitado por el acceso lícito de terceros, y solo en tanto pueda ser objeto de transmisión (cesión o licencia de uso) (art. 4, LSE), regulando también la cotitularidad bajo el régimen de co-

¹ No obstante, como recuerda GÓMEZ SEGADÉ, (ADI, 2019-2020, p. 145), el artículo 39.2 del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC o acuerdo TRIPS, por sus siglas en inglés), firmado el 15 de abril de 1994 en el seno de la Organización Mundial del Comercio, ya se refería a la protección de la información reservada, conceptualizada por su carácter secreto, su valor comercial y la existencia de medidas razonables para protegerla.

munidad *pro indiviso* (art. 5, LSE). Se produce, así, una extensión de la normativa de la Ley de patentes a la regulación de secretos empresariales, que, como acertadamente ha señalado Gómez Segade, presupone una equivocada equiparación entre patente y secreto empresarial, sin que por ello cambie su naturaleza jurídica, pues sigue siendo una situación fáctica, esto es, una posición jurídica que no está protegida por un derecho de exclusiva². Esta nueva configuración normativa puede incidir en la valoración del bien jurídico protegido y en la delimitación del objeto de la acción en los tipos penales que nos ocupan, cuestiones a las que se va dedicar este trabajo.

En todo caso, el fundamento de su protección jurídica se vincula al fomento del desarrollo industrial y comercial, en la medida en que sirve para incentivar la inversión en investigación y creación de información valiosa relacionada con la empresa³. Se ofrece así una contrapartida al empresario que por regla general realiza un despliegue de medios económicos para obtener dicha información valiosa, pues de otra manera cualquiera podría hacer uso de las experiencias y resultados obtenidos sin soportar los costes asociados a su desarrollo. La protección de la información valiosa bajo el régimen del secreto empresarial permite a su titular obtener beneficios de la inversión realizada, de su propio esfuerzo o actividad, pero no sólo en términos de costes, sino también como ventaja competitiva que le proporciona su uso, sea cual sea éste, incluido el «no uso» (competencia en base a las propias prestaciones). Su naturaleza, por tanto, se inserta en la competencia desleal, no en el ámbito de los derechos de exclusiva.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente el bien jurídico protegido en los delitos de violación de secreto empresarial se ha identificado con la capacidad competitiva de la empresa⁴ o con la competencia leal⁵. Con ello se destaca su naturaleza socioeco-

² Como recuerda GÓMEZ SEGADÉ (ADI, 2019-2020, pp. 147 y 148) la propia Directiva 2016/943, en su Considerando 15, rechaza la generación de ningún derecho de exclusiva sobre la información empresarial, precisamente porque es posible llegar a ella de forma independiente.

³ En este sentido, GÓMEZ SEGADÉ, ADI 1981, p. 211; MASSAGUER FUENTES, 1989, pp. 43 y 44; SUÑOL LUCEA, 2009, pp. 89 ss.

⁴ Así, BAJO FERNÁNDEZ, 1978, p. 287, ya defendía esta interpretación respecto del antiguo artículo 499 CP-1973; seguida ya con el texto vigente, entre otros, por TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 169; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, 2001, p. 490; GONZÁLEZ RUS, 2011, p. 594; CASTRO MORENO, RTDPE, 2006, p. 50; MORALES PRATS/MORÓN LERMA, 2024, p. 322; GALÁN MUÑOZ, 2024, p. 1111, y DE LA MATA BARRANCO, 2024, p. 425.

⁵ De esta opinión, MUÑOZ CONDE, 2023, p. 526.

nómica en tanto que orientada a la protección de la competencia como elemento característico del orden económico, a través de la afectación de un interés patrimonial individual (delito socioeconómico en sentido amplio). Esta posición ha sido matizada por Fernández Sánchez⁶, al situar en primer plano del injusto la dimensión colectiva del bien jurídico, concretada en el correcto funcionamiento del mercado, y estimar que la capacidad competitiva del empresario concretamente afectado constituye un bien jurídico mediato, también protegido en el tipo, otorgando con ello una naturaleza pluriofensiva al delito.

La corriente mayoritaria, sin embargo, se ha decantado por una configuración individual del bien jurídico protegido, aunque desde distintas formulaciones. Así, la postura más asentada entre la doctrina especializada, dejando aparte la concerniente a la capacidad competitiva del empresario, lo identifica con el interés económico de este sujeto en el mantenimiento de la reserva⁷, esto es, con el valor económico que, como bien inmaterial, tiene la información relevante que el empresario mantiene oculta o reservada.

Por su parte, Faraldo Cabana entiende que, dado que dicha información secreta constituye un bien económico que se integra en el patrimonio empresarial, el interés protegido ha de ser este, el patrimonio individual, respecto del que las conductas típicas expresan, al menos, un peligro abstracto⁸. Estrada i Cuadras prefiere, en cambio, referirse a las expectativas de ganancia que, en la actividad empresarial, están asociadas a la información secreta, pues de esta manera se da también cabida a información reservada competitivamente relevante que no tiene un valor monetario asignado por no ser objeto de mercado⁹. En fin, más recientemente, Fernández Díaz ha defendido que lo protegido en estos delitos es un derecho de propiedad sobre el bien inmaterial¹⁰.

A mi modo de ver, es cierto que la LSE parece avalar esta última posición, pues admite que el secreto de empresa pueda ser objeto de un derecho de propiedad, al incluir esta expresión, a los efectos de regular su transmisión y cotitularidad, en la misma denominación de su Capítulo III. Pero, en realidad, —como también reconoce la autora— se trata de un derecho de propiedad peculiar en cuanto que no es oponible *erga omnes*. Su exclusividad es solo relativa, puesto que sólo es oponible frente a la adquisición o uso ilícitos, esto es, el titular no puede impedir que un tercero por medios lícitos (ingeniería

⁶ Confróntese, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 110.

⁷ En este sentido, CARRASCO ANDRINO, 1998, p. 144; MORÓN LERMA, 2002, pp. 123 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, p. 21 ss.; BAUCELLS LLADÓS, 2004, p. 997, y RUÍZ RODRÍGUEZ, 2007, p. 619.

⁸ Véase FARALDO CABANA, 2009, pp. 238 ss.

⁹ Vid. ESTRADA I CUADRAS, 2016, pp. 39 y 40.

¹⁰ Cfr., FERNÁNDEZ DÍAZ, 2018, pp. 150 ss.

inversa, investigación propia, descubrimiento casual, etc.) llegue al mismo conocimiento y lo explote.

Así las cosas, resulta preferible seguir considerando como bien jurídico al interés económico que la información reservada supone en la actividad empresarial, en el que tiene cabida la información relevante (también ensayos, pruebas, investigaciones fallidas, etc.) que tiene un valor económico propio, pero respecto de la cual es difícil apreciar un derecho de propiedad tal y como está configurado en el Código Civil.

La Jurisprudencia, por su parte, ha identificado el bien jurídico protegido tanto con el interés económico de la empresa¹¹ o con el valor estratégico y patrimonial que encierra el secreto de empresa¹², como con «la competencia leal entre empresas»¹³ o con la «capacidad competitiva de la empresa en el mercado»¹⁴.

En consecuencia, el fundamento constitucional del bien jurídico protegido reside en la libertad de empresa (art. 38 CE), no en el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE) o en el de creación científica y técnica del artículo 20.1.b) CE, como sostiene Fernández Díaz¹⁵. Una visión que no se comparte, pues de una parte, su vinculación al artículo 20.1.b) CE, convierte el secreto de empresa en manifestación de un derecho de la personalidad que, sin embargo, fallaría cuando el titular del secreto y el creador de la información reservada fueran sujetos distintos; y de otra, porque, como ya se ha indicado, la LSE solo ha reconocido ese derecho de propiedad peculiar frente a determinada información reservada: la susceptible de ser explotada directamente o de objeto de cesión a terceros, otorgando, en todo caso, unas facultades de disposición no excluyentes, cuando se llega a su conocimiento de forma lícita.

Así las cosas, la tutela del secreto de empresa se inserta en la preservación de lo que es esencial al sistema económico constitucionalizado: la competencia por eficiencia o en base a las propias prestaciones. Desde esta perspectiva, su violación no es más que una modalidad de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, entendido no sólo en términos de costes materiales, personales o temporales, sino también de actividad desplegada. Su función, como indica-

¹¹ Véase, porejemplo, SSAP, Lleida, Sección 1.ª, 56/2001, 12-2, y Madrid, Sección 23.ª, 222/2020, 17-3.

¹² Así, SAP, Córdoba, Sección 1.ª, 426/2004.

¹³ Entre otras, STS, 285/2008, 12-5; SAP, Zaragoza, Sección 3.ª, 124/2009, 11-2; SJP, núm. 16, Barcelona, 534/2010, 17-11; SSAP, Baleares, Sección 2.ª, 345/2019, 3-6, y Las Palmas, Sección 1.ª, 253/2020, 16-11.

¹⁴ Vid. SAP, Madrid, Sección 23.ª, 222/2020, 17-3, y STS 735/2024, 12-7.

¹⁵ A este respecto, FERNÁNDEZ DÍAZ, 2018, pp. 161 ss., en coherencia con su definición del bien jurídico protegido siguiendo a Galán Corona, vincula el derecho a la libertad de empresa con el derecho a la producción y creación científica y técnica del artículo 20.1.b) CE y con el derecho a la propiedad (33.1, CE), en cuanto que la información reservada es resultado de una actividad inventiva, intelectual o creativa, reconociéndose por el Ordenamiento Jurídico facultades de dominio sobre ésta.

mos más atrás, es la de servir de estímulo o incentivo para el desarrollo económico y social, de manera semejante a la del sistema de patentes, al que complementa. El bien jurídico así definido nada tiene que ver, por otra parte, con la intimidad, ni siquiera de la empresa o, en general, de la persona jurídica.

III. OBJETO DE LA ACCIÓN

Como ya se apuntó más arriba, la LSE, en su artículo 1, define por primera vez en un texto normativo ¹⁶ lo que constituye un secreto de empresa, a saber, «cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero», que reúna las condiciones de ser secreto, tener valor empresarial y haber sido objeto de medidas razonables por su titular para mantener su carácter secreto. Con ello se da respaldo legal a la concepción elaborada por la doctrina mercantilista ¹⁷.

Puede decirse, por tanto, que el secreto de empresa abarca información relativa a la actividad empresarial, conocida por un número limitado de personas y no fácilmente accesible, y respecto de la cual su titular ha adoptado medidas razonables de protección (voluntad de mantener la reserva), para preservar su valor económico competitivo.

En la doctrina penal, la mayoría ¹⁸ se había inclinado por abarcar bajo este concepto toda la información reservada de carácter técnico-industrial, comercial y de gestión u organización interna, que tiene valor competitivo para la empresa porque incide directa o indirectamente en la capacidad competitiva de la misma. Un sector minoritario, sin embargo, ha restringido su alcance en el ámbito penal. Así Suárez González y Muñoz Conde dejan fuera de estos tipos penales la información financiera o económica de la empresa o sus relaciones con Hacienda ¹⁹. Del mismo modo, por mi parte entendí que la tutela penal sólo

¹⁶ Es cierto que en el ámbito internacional ya se habían realizado esfuerzos para conceptualizar el secreto de empresa. Así en el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (*TRIPS Agreement*, en inglés) firmado de 15 abril de 1994 en la esfera de la Organización Mundial del Comercio, se indicaban las condiciones que debía reunir la «información no divulgada» para ser tutelada. También la Directiva (UE) 2016/943, 8 junio 2016, sobre secretos comerciales ofrece una definición en su artículo 2, deudora de la establecida en el Acuerdo TRIPS. Sobre el particular, más ampliamente, MURUAGA HERRERO, 2025, pp. 91 ss., quien, en el análisis de la evolución legislativa de este concepto, advierte su oscilación entre la aproximación a la competencia desleal y a la propiedad intelectual.

¹⁷ Por todos, GÓMEZ SEGADÉ, 1974, p. 64 ss.; LLOBREGAT HURTADO, 1999, p. 30 ss.

¹⁸ Entre otros, MORÓN LERMA, 2002, p. 187 ss.; GONZÁLEZ RUS, 2011, p. 595, quien también incluye los datos sobre la situación financiera o fiscal de la empresa; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, pp. 25 ss.; ESTRADA I CUADRAS, 2017, pp. 62 ss., y FERNÁNDEZ DÍAZ, 2018, pp. 184 ss.

¹⁹ Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, 1997, p. 803; MUÑOZ CONDE, 2023, pp. 526 y 527.

incluía aquella información reservada que tiene un valor económico por sí misma en el sector empresarial de que se trate, y no, por su eventual vinculación a una determinada empresa, pues solo aquella es la información socialmente valiosa que potencia la competencia por eficiencia –fin de protección de la norma penal– y el desarrollo económico y social (fundamento jurídico de la protección del secreto). No se está con ello limitando el contenido del secreto de empresa al ámbito técnico-industrial o de creaciones intelectuales susceptibles de constituir un derecho de exclusiva (propiedad industrial), sino a la información reservada que constituye un bien económico en sí mismo, un bien económico inmaterial, que sería susceptible de transmisión para su uso o explotación en la actividad económica de que se trate²⁰. Con ello se alcanza el necesario merecimiento de pena que justifica la intervención penal en esta materia. La LSE parece respaldar esta idea al circunscribir el secreto de empresa a informaciones que son susceptibles de transmisión a través de un contrato de cesión o de licencia de uso²¹, lo que solo es posible respecto de conocimientos, ideas, procedimientos, etc. que sirvan al mejor desarrollo de la actividad económica de que se trate, y no exclusivamente a la reputación de su titular.

En la Jurisprudencia penal se ha negado que puedan ser objeto de secreto de empresa los extractos de cuentas bancarias de la empresa, el contrato de trabajo de un empleado, sus nóminas o los informes sobre su vida laboral (AAP, Vizcaya, Sección 6.ª, 235/2005, 27-4), las cuentas de resultado de la entidad recurrente que se aportan en procedimiento civil (AAP, Madrid, Sección 4.ª, 614/2008, 24-6), el fondo de comercio, la estructura de la empresa o los trabajadores (AAP, Barcelona, Sección 8.ª, 325/2005, 18-7); las obligaciones fiscales o la información relativa al levantamiento del velo sobre las sociedades del grupo «no produce perjuicio en la capacidad de competencia de la empresa afectada» (AAP, Barcelona, Sección 5.ª, 166/2006, 17-3); o los códigos descriptores de los dispositivos descodificadores de canales de televisión de pago porque «no constituyen propiamente un patrimonio empresarial ni su conocimiento aprovecha a empresas competidoras, en el ámbito de un mercado lícito» (SJP, núm. 1, Valencia, 394/2006, 27-7, ratificada por la SAP, Valencia, Sección 3.ª, 3/2007, 3-1) o, en fin, las pólizas de seguro que tiene la empresa (SAP, Segovia, Sección 1.ª, 112/2022, 13-12). Sin embargo, más recientemente, la STS 735/2024, 12-7, incluye dentro del contenido del secreto de empresa la situación financiera de ésta, sus facturas y balances, información

²⁰ *Vid.*, CARRASCO ANDRINO, 1998, pp. 33, 140 ss.

²¹ En la doctrina mercantilista, PORTELLANO DÍEZ, 2009, p. 224, ya había excluido del secreto empresarial aquella información que no podía ser objeto de licencia o cesión.

valiosa para ella, lo que, a mi modo de ver, no es suficiente por si solo para integrar un secreto de empresa protegible penalmente.

Interesante es la propuesta de Estrada i Cuadras que incorpora un criterio valorativo, no previsto en el tipo, en el elemento del interés objetivo en el mantenimiento de la reserva, con el que se modularía la responsabilidad penal en función del valor patrimonial de la información, apoyándose para ello en la atenuante analógica del artículo 21.7, CP. Con lo que, de manera semejante a como sucede en los delitos patrimoniales clásicos, a los que se aproximaría en base al interés protegido, y en los que la pena se asigna en función del perjuicio causado, según sea inferior, o superior, a 400 euros, y hasta los 50.000 euros, o supere esta última cuantía, marcar también estos tramos de responsabilidad en los delitos de violación de secreto empresarial. Todo ello teniendo en cuenta la disparidad de penas entre estos y los delitos patrimoniales más clásicos. Así las cosas, si el valor patrimonial de la información reservada fuera inferior a 400 euros, entiende el autor que podría aplicarse la atenuante analógica del artículo 21.7, CP, como muy cualificada, lo que permitiría bajar en dos grados la pena; si el valor de la información se encontrase en el tramo intermedio, entonces la rebaja sería solo de un grado, tras la aplicación de dicha atenuante muy cualificada; dejando el marco penal fijado en los tipos de violación de secreto solo para los casos en que el valor de la información superase los 50.000 euros²². Dejando aparte que el autor no aporta criterios para la valoración de la información –un asunto complejo²³–, la propuesta no puede admitirse de *lege lata*, porque choca frontalmente con el principio de legalidad. Primero, porque supone un exceso interpretativo que va más allá del tenor literal del artículo 21.7, CP, que limita la relación analógica a las «circunstancias anteriores», por tanto, a las enumeradas en dicho precepto, entre las que no está el mayor o menor valor de la cosa, el perjuicio o daño causados. Segundo, porque la alteración del marco penológico (bajadas en grado en función de la mayor o menor afectación de los intereses patrimoniales del titular) supone una reducción teleológica que vulnera el fundamento democrático del principio de legalidad. Tercero, como ha puesto de manifiesto Fernández Díaz, esta propuesta se olvida que el valor del secreto es relativo, en tanto que también guarda relación con el tamaño y el tipo de empresa²⁴.

²² Véase, ESTRADA I CUADRAS, 2016, pp. 272 ss.; 2017, pp. 134 y 135.

²³ En este sentido, FARALDO CABANA, 2009, p. 238, advierte que las conductas típicas no requieren un perjuicio patrimonial, que habría de relacionarse con la pérdida de valor de la información y la ventaja competitiva que la misma supone para la empresa, lo que solo podría llegar a constatarse a través de un proceso complejo en el que se confirme la alteración de las condiciones de mercado de la empresa y del empeoramiento de sus perspectivas económicas.

²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DÍAZ, 2018, p. 271.

En todo caso, la información ha de reunir una serie de condiciones, a las que tradicionalmente se refería la doctrina mercantil²⁵, plasmadas actualmente en la definición legal de secreto de empresa, a saber, el carácter oculto o reservado de la información, lo que se pierde cuando la información es fácilmente accesible para cualquier interesado dentro del ámbito económico de que se trate.

En segundo término, la voluntad del titular de mantener ese estatus de reserva. Si falta, no sólo no habrá secreto que revelar o difundir, sino que tampoco existirá bien jurídico que proteger. Se convierte, así, en un elemento implícito del tipo la ausencia de consentimiento del titular para que la información sea revelada o difundida²⁶. El problema será su reconocibilidad cuando no sea expresa, por ejemplo, por no haberse adoptado medidas de seguridad específicas en torno a su objeto. A este respecto, la mejor doctrina mercantilista distingue entre las medidas *ad extra*, frente a terceros ajenos a la empresa, y las adoptadas *ad intra*, frente a los propios empleados, marcando un distinto nivel de protección en uno y otro caso. Así, mientras que frente a terceros ajenos a la empresa esta voluntad sería reconocible con medidas de carácter general, por ejemplo, las dirigidas a controlar el acceso a la empresa o al lugar donde se encuentra la información reservada; en cambio, respecto de los propios empleados serían necesarias medidas específicas destinadas a preservar la concreta información reservada²⁷. En este sentido, el artículo 1, LSE, alude a la adopción «medidas razonables» por parte de su titular para mantener el secreto. El estándar de razonabilidad remite al examen del caso concreto, en el que habrán de evaluarse las posibilidades reales con las que cuenta su titular para preservar el secreto (por ejemplo, tamaño de la empresa, ámbito del mercado en el que opera, valoración de riesgos y de costes que representa su abordaje, etc.).

Finalmente, el interés objetivo en el mantenimiento de la reserva, que alude al valor competitivo de la información en relación con el desarrollo de la actividad económica de que se trate, por ejemplo, porque supone una mejora de la calidad de los productos o de los servicios, ofrece mejores o nuevas prestaciones, permite un ahorro en los costes, etc. Es lo que la LSE denomina

²⁵ Por todos, GÓMEZ SEGADE, 1974, p. 66 y 67; esta sistematización de los requisitos del secreto empresarial más próxima a la doctrina alemana transitó a otra más próxima al Derecho norteamericano en la década de los ochenta del siglo pasado, en la que se abandonaba el requisito del «interés objetivo» para asumir el del «valor económico o comercial» de la UTSA (*Uniform Trade Secrets Act*); *vid.* sobre el particular MURUAGA HERRERO, 2025, p. 156 ss.

²⁶ Para ESTRADA I CUADRAS, 2017, pp. 113 y 114, el concepto de secreto se configura de forma puramente objetiva, dejando este elemento subjetivo en el enjuiciamiento del desvalor de la conducta típica como una posible causa de justificación o de atipicidad. No ha sido, sin embargo, esta la visión del Legislador que expresamente exige la adopción de medidas de seguridad razonables en el artículo 1 LSE (de este parecer, GÓMEZ SEGADE, 2019-2020, p. 154).

²⁷ Cfr., SUÑOL LUCEA, 2009, pp. 174 ss.

«valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto». Se trata, en definitiva, de la expectativa de ganancia que se asocia a su uso o explotación (obtención o incremento de ganancias actuales o potenciales) o de la ventaja competitiva que proporciona su conocimiento, incluso por el mero mantenimiento de la reserva cuando de «información negativa» se trata (ahorro de costes), esto es, de información acerca de que una determinada línea de investigación, método o procedimiento no funciona, que es inadecuado, inútil o ineficaz²⁸.

IV. LA DISTINTA POSICIÓN DEL SUJETO ACTIVO EN LOS TIPOS DE LOS ARTÍCULOS 278 Y 279 CP

De acuerdo con la opinión prácticamente unánime en la doctrina, el delito del artículo 278.1 CP, puede ser cometido por cualquiera (delito común) siempre que no haya tenido acceso a la información reservada de manera lícita²⁹, a diferencia del tipo contenido en el artículo 279.1 CP, restringido a quienes tuvieran obligación de guardar reserva (delito especial propio). En la Jurisprudencia, sin embargo, algunas de las primeras sentencias dictadas en esta materia sancionaron, en mi opinión erróneamente, por el artículo 278 CP a quien había tenido un acceso lícito al secreto, revelándolo cuando ya no tenía obligación de guardar reserva [STS 1607/2000, 16-2; SAP, Córdoba, Sección 1.ª, 426/2004, 20-10 y AAP, Vizcaya, Sección 6.ª, 235/2005, 27-4, lo que convertía en tipo básico o de recogida al artículo 278, CP, cuando ya no existía obligación de guardar reserva. El TS parece corregir esta interpretación en dos sentencias posteriores: la STS 285/2008, 12-5, en la que, aunque no se pronuncia directamente sobre el círculo de posibles sujetos activos del delito del artículo 278 CP, sí indica que el artículo 279 CP, es un delito especial propio en el que se vincula la conducta típica al acceso lícito al secreto, gravado con una obligación de guardar reserva; y la STS 864/2008, 16-12, en la que se desarrolla el distinto ámbito de aplicación de los tipos del artículo 278 y 279 CP, manifestando expresamente que los sujetos activos del artículo 278 CP, son quienes no conocen el secreto y tratan de descubrirlo³⁰. Sin embargo, más

²⁸ *Vid.*, más ampliamente, SUÑOL LUCEA, 2009 p. 145 ss.

²⁹ Entre otros, MORÓN LERMA, 2002, p. 304 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, p. 44; FARALDO CABANA, 2015, p. 457, y FERNÁNDEZ DÍAZ, 2018, p. 280.

³⁰ Seguida por SJP, Palma de Mallorca, núm. 4, 63/2013, 12-2; SSAP, Santander, Sección 1.ª, 23/2023, 31-1; AP, Toledo, Sección 1.ª, 93/2015, 30-7y AP, Las Palmas, Sección 1.ª, 253/2020, 16-11, entre otras.

recientemente la STS 735/2024, 12-7, parece haber vuelto a la interpretación originaria, pues sanciona por el tipo agravado del apartado 2 del artículo 278 CP, en relación con el del apartado 1 del mismo precepto, al informático que, primero se guarda en un *pendrive* y después revela información financiera, facturas, listados de clientes de la entidad que lo había contratado para diseñar su página web. El asunto –que no queda claro en los hechos probados– es si dicha información había sido conocida lícitamente, esto es, por necesidad del servicio que tenía que prestar; o si, era información a la que accedió sin tener autorización de la empresa, y por tanto hubo un verdadero acceso ilícito. Sólo en este último caso, podrían aplicarse los tipos del apartado 1 y 2 del artículo 278 CP. De la misma forma, la SAP Baleares, Sección 2.^a, 345/2019, 3-6, sanciona por el tipo del artículo 278 CP a quien tuvo un acceso lícito y lo que hizo fue utilizar la información reservada de su antigua empresa en la nueva, que fundó tras haberse despedido, cuando lo procedente hubiera sido aplicar el tipo atenuado del artículo 279.2 CP.

Modernamente se ha abierto paso entre la Doctrina una exégesis particular que podría avalar esta intercambiabilidad de los tipos del artículo 278 CP y del artículo 279 CP, desde un entendimiento de estos tipos como delitos de infracción de deber, que no comparto. Se sostiene así que, dado que el tenor literal del precepto no lo impide, también puede ser sujeto activo del artículo 278 CP quien hubiera tenido un acceso lícito a la información reservada, pues lo relevante en el 1 del artículo 278 CP es que se infrinja el deber de «no aseguramiento material» (apoderamiento) de la información, esto es, que no se incorpore ésta a la esfera de control del sujeto, por ejemplo, fotocopándola, enviándola a su cuenta de correo, grabándola en su lápiz de memoria, etc. Algo que realiza tanto quien tiene un acceso lícito, pero con deber de no asegurarse la información, como quien tiene un acceso ilícito³¹. No puede compartirse esta interpretación por cuanto choca con la propia regulación positiva, particularmente con la agravación prevista en el artículo 278.2 CP que sanciona las mismas conductas que el artículo 279.1 CP. Esto es lo que parece hacer la comentada STS 735/2024, 12-7, al apoderarse de la información reservada de la empresa en un *pendrive*. De manera que al extenderse también el círculo de posibles sujetos activos de este tipo agravado a los que hubieran tenido acceso lícito, la revelación ulterior podría sancionarse tanto por este tipo o por el previsto el artículo 289.1, CP, según que se infringiera o no la obligación de guardar reserva. Lo que llevaría al absurdo de castigar con una pena más leve, la prevista en el artículo 279.1 CP –prisión de 2 a 4 años y

³¹ Cfr., ESTRADA I CUADRAS, 2016, pp. 210 ss.

multa de 12 a 24 meses—, cuando se infringiera dicha obligación de reserva, y con una más grave, la del artículo 278.2 CP, —prisión de 3 a 5 años y multa de 12 a 24 meses, cuando aquella obligación ya no estuviera vigente—. El autor trata de salvar esta incoherencia restringiendo las revelaciones del artículo 279.1 CP a solo las basadas en la información memorizada por el sujeto, quedando las que se realizan mediante soporte material para el tipo del artículo 278.2 CP, que entiende tienen más potencialidad lesiva. Una reducción del ámbito de la tipicidad del artículo 279.1 CP, que no se cohonestaba con el tenor literal del precepto, en el que tienen cabida todas las revelaciones de un secreto de empresa por parte de quien tenga obligación de guardar reserva.

En este sentido, la conducta de «apoderamiento» del artículo 278.1 CP no queda restringida a la tradicionalmente empleada en los delitos patrimoniales: aprehensión material con desplazamiento físico de la cosa, sino que abarca también la captación intelectual de la información reservada (leerla, memorizarla, escucharla, anotarla en un papel, etc.). «Apoderarse» viene a ser equivalente a «procurarse»³². No en vano el tipo se refiere tanto al apoderamiento de datos —esto es, de información— cuanto de soportes en los que se contiene ésta. Lo único que se requiere, como ya he advertido, es que el sujeto haya buscado el acceso ilícito a dicha información —desvalor de acción— y no lo haya obtenido de forma casual o fortuita³³. Acertadamente se ha diferenciado entre un mero acceso a la información y lo que constituye apoderamiento de la misma, mientras el primero puede representar solo la vulneración de medidas de seguridad, el apoderamiento implica que la información se incorpora al control del sujeto, por ejemplo, porque la memorización le permite una reproducción ulterior, o su copia³⁴. Además, la referencia típica a un apoderamiento «por cualquier medio» debe entenderse como una cláusula de equiparación valorativa con el resto de medios comisivos a los que se refiere el precepto —esencialmente los del artículo 197.1, CP—, y que presuponen una intromisión ilegítima en la esfera de reserva de la empresa, lo que supone que el sujeto ha de haber desplegado alguna energía criminal para vencer las medidas de protección dispuestas por el titular del secreto, algo que faltará cuando la información se encuentra a la vista o al alcance de terceros, por ejemplo, memorización de datos de la pantalla que descuidadamente se ha dejado abierta³⁵. A ello añadía Morón Lerma la necesidad de que se realizase dicho apoderamiento sin actividad propia y con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, para excluir también los

³² Por todos, MORÓN LERMA, 2002, p. 300

³³ Así, FARALDO CABANA, 2009, p. 242, y GONZÁLEZ RUS, 2011, p. 596.

³⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ DÍAZ, 2018, pp. 299 ss.

³⁵ En esta línea, FERNÁNDEZ DÍAZ, 2018, pp. 309 ss.

casos de ingeniería inversa, en los que se obtiene la información a partir de la mercancía final que incorpora el secreto, por ejemplo, se profundiza en el funcionamiento de un programa informático de cuyo código fuente no se dispone hasta el punto de poder modificar ese código o generar uno propio que cumpla las mismas funciones³⁶. Esta limitación ha sido incorporada expresamente en el artículo 2.1 b) de la LSE, al considerarse una forma lícita de obtención del secreto empresarial³⁷. Lo que avala definitivamente su exclusión del tipo penal como forma de apoderamiento ilícito en base al principio de no contradicción del Ordenamiento Jurídico.

Por su parte, Estrada i Cuadras ofrece una interpretación más restrictiva del tipo –que no se comparte–, a partir de la comparativa de las penas con los delitos patrimoniales clásicos y de la naturaleza de delito patrimonial que corresponde a la violación de secreto empresarial. Sostiene, así, que la obtención ilícita viene marcada por la superación de las barreras de autoprotección dispuestas para la preservación de la información secreta, lo que parece razonable, y que, en atención a las penas fijadas en el tipo, estas barreras tienen que ser equivalentes a las exigidas por los tipos patrimoniales que tienen asignadas penas análogas (escalamiento, fractura interna, externa o uso de llave falsa, inutilización de sistemas específicos de alarma y guarda, violencia o intimidación, engaño bastante) o funcional y valorativamente equivalentes como, por ejemplo, la vulneración de sistemas de seguridad informáticos³⁸. De acuerdo con ello serían atípicos los casos de apoderamiento por medios subrepticios, lo que no parece aceptable, pues supone una reducción teleológica que contraviene el tenor literal del precepto, que expresamente se refiere a «cualquier medio», sin que tampoco pueda decirse que en tales supuestos la conducta sea inocua.

En cuanto al tipo de revelación del artículo 279 CP, el tenor literal del precepto impone que ésta haya de realizarse por quien tuviere obligación de guardar reserva, esto es, quebrantando esta obligación, lo que conlleva que siga vigente en el momento de la conducta típica, y no, solo en el de acceso al conocimiento de la información reservada. La extensión temporal del deber de reserva se presenta, por tanto, como una cuestión crucial del injusto de este tipo penal³⁹, controvertida en la doctrina penal, por cuanto en el

³⁶ Cfr. MORÓN LERMA, 2002, p. 307.

³⁷ Sobre la posibilidad de pactar cláusulas contractuales que prohíban la ingeniería inversa, *vid.* RABASA MARTINEZ, 2023, p. 217 ss.

³⁸ ESTRADA I CUADRAS, 2016, pp. 81 ss.

³⁹ No se considera por ello que estemos ante un delito de infracción de deber, pues el injusto no se agota en este, sino que requiere en todo caso la afectación del interés económico en el mantenimiento de la reserva. Así no toda revelación es típica, sólo aquella que se realiza a sujetos que pueden afectar al bien jurídico protegido (*vid.*, CARRASCO ANDRINO, 1998, pp. 208 y 209, y GONZÁLEZ RUS, 2011, p. 597). Por

ámbito laboral bastaría para eludir la tipicidad penal con desvincularse de la empresa. Se propugna en tales casos la aplicación de criterios de adecuación social para evitar posibles fraudes de ley, considerando típicas tales revelaciones, aunque ya no esté vigente aquella obligación de reserva⁴⁰. Lo cierto es que la obligación de reserva puede perdurar más allá de la relación jurídica de la que trae causa, bien porque así se estipule legalmente –caso de los administradores de las sociedades– o bien, porque se pacte expresamente –caso del ex empleado con pacto expreso de no competencia y de reserva–, algo que está en manos del titular del secreto empresarial. Por muy insatisfactoria que sea la solución legal, entiendo que no le corresponde al intérprete rellenar lagunas de punibilidad, pues ello constituye una quiebra del principio de legalidad⁴¹. Se discrepa, por ello, de la decisión adoptada en la STS 285/2008, 12-5, que declara que el deber de reserva no termina con el fin de la relación laboral y que «independientemente de la eventual cláusula de duración contractual determinada, se encuentra vigente, respecto de las personas que cesan en la empresa, mientras esté en condiciones de aportar valor económico». Más correcta parece la conclusión alcanzada por la SAP, Barcelona, Sección 10.ª, 525/2017, 14-7, que requiere un pacto de no competencia válido; lo que parece haberse respaldado en la STS 679/2018, 20-12.

Por otra parte, tampoco resulta aceptable que la obligación de guardar reserva, en aquellos casos que perdura más allá de la relación jurídica de la que trae causa, perdure indefinidamente o *sine die* (caso de los administradores de sociedades mercantiles). Se acude nuevamente a criterios teleológicos y de adecuación social que la extienden por el tiempo necesario que hubiera conllevado conseguir la información de forma independiente o aquel en el que tiene valor económico dicha información reservada, etc⁴². Ahora bien, esta conclusión debe revisarse a la luz de lo dispuesto en la LSE, en cuyo artículo 3.2, se configura como una forma de obtención ilícita el incumplimiento de acuerdos de confidencialidad o de cualquier otra obligación de no revelar, o el de una obligación contractual o de otra índole que limite la utilización del secreto empresarial, sin establecer excepciones temporales.

su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2010, pp. 92 y 93, lo configura como un delito de naturaleza mixta: de dominio y de infracción de deber.

⁴⁰ En esta línea, BAUCELLS LLADÓS, 1005, y MORALES PRATS/MORÓN LERMA, 2024, pp. 337-338.

⁴¹ También, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, p. 295, y GONZÁLEZ RUS, 2011, p. 598.

⁴² En esta línea, SUÁREZ GONZÁLEZ, 1997, pp. 806 y 807, manifestando que ello fundamentaría una responsabilidad penal *ad eternum* que obviamente sería desproporcionada y político criminalmente inaceptable; BAUCELLS LLADÓS, 2004, p. 1005, y MORALES PRATS/MORÓN LERMA, 2024, pp. 336 y 337.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGESSE, Silvina: Derecho penal económico, Madrid, 2001.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan: *Sección 3.ª De los delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en Comentarios al Código Penal. Parte Especial, tomo I, Madrid, 2004, pp. 996-1073.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar: La protección penal del secreto de empresa, Barcelona, 1998.
- CASTRO MORENO, Abraham: *El Derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de empresa*, Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia, núms. 1-2, 2006, pp. 17-64.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto: *Delitos contra la propiedad intelectual e industrial y violación de secretos de empresa*, en Derecho penal económico y de la empresa, Madrid, 2024.
- Estrada i Cuadras, Albert: Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales, Barcelona, 2016.
- El secreto empresarial. Una perspectiva jurídico-penal, Madrid, 2017.
- FARALDO CABANA, Patricia: Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Valencia, 2009.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen Rocío: El Derecho penal frente al espionaje industrial, Valencia, 2018.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa: Protección penal del secreto de empresa, Madrid, 2000.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso: *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, en Tratado de Derecho penal económico y de la empresa, tomo I, Valencia, 2024, pp. 979-1363.
- GÓMEZ SEGADÉ, Juan Antonio: El secreto industrial (know-how). Concepto y protección, Madrid, 1974.
- *Algunos aspectos de la licencia de know-how. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979*, Actas de Derecho Industrial, núm. 7, 1981, pp. 201-223.
- *La nueva Ley de secretos empresariales*, Actas de Derecho Industrial, núm. 40, 2019-2020, pp. 141-164.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Madrid, 2011, pp. 593-620.
- *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, en Derecho penal. Parte especial, Madrid, 2005, pp. 569-607.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: Aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho español y Derecho norteamericano, Barcelona, 1999.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Delitos relativos al secreto de empresa, Valencia, 2010.
- Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, Valencia, 2023.
- MORALES PRATS, Fermín y Morón Lerma, Esther: *Artículos 278 a 280 CP*, en Comentarios al Código penal español, tomo II, Madrid, 2024, pp. 319-344.
- MORÓN LERMA, Esther: El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías, Cizur Menor, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte especial, Valencia, 2023.
- MURUAGA HERRERO, Pablo: ¿Qué es un secreto empresarial? Un estudio de su concepto, Madrid, 2025.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: *Violación de secretos*, en Comentario práctico de la Ley de Competencia Desleal, Madrid, 2009, pp. 219-238.
- RABASA MARTÍNEZ, Ignacio: El secreto empresarial en la industria del fitomejoramiento, Valencia, 2023.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis R.: *Sección 3.ª De los delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en Comentarios al Código penal, Madrid, 2007, pp. 618-637.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: *Artículos 278 a 280 CP*, en Comentarios al Código penal, Madrid, 1997.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan: Derecho penal de la empresa, Madrid, 1995.

6. LA EXPRESIÓN DE CAUSA MENDAZ COMO FALSEDAD DOCUMENTAL

Ivó COCA VILA*
Profesor Agregado de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓN

La Sala 2.^a del TS venía desde finales de los años noventa castigando como autores de un delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 CP en relación con el artículo 390.1.2.º CP) a los particulares (empresarios) que documentaban negocios jurídicos simulados, por lo general, en contratos y facturas. La documentación de un negocio simulado (con mendacidad en la referencia a la causa) equivaldría al otorgamiento de un documento simulado.

Esta tesis se asentaba en dos premisas. Por un lado, en un concepto amplio de documento mercantil, siendo que tanto las facturas como los contratos otorgados entre comerciantes habrían de ser considerados mercantiles a los efectos penales. Así, entre tantas otras, en la STS 35/2020, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, se define como mercantil:

«[T]odo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales no solo los expresamente regulados en el Código de Comer-

* Este trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2023-147308NB-I000. Agradezco a mis colegas del área de Derecho Penal de la UPF, como siempre, sus valiosas observaciones (críticas) a la primera versión de este manuscrito.

cio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad». A estos efectos, son mercantiles, las «representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes».

Por el otro, con el dictado de la STS 1/1997, ponente Vega Ruiz («caso Filesa»), la Sala 2.^a, amparándose posteriormente en un pretendido Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 26.02.99¹, elevó a doctrina jurisprudencial una interpretación formalista y extensiva del artículo 390.1.2.º CP («doctrina Filesa») que fue imponiéndose de forma paulatina. La elaboración de facturas o contratos que documentan negocios simulados constituye un hecho punible en tanto que simulación total de un documento apta para inducir a error sobre su autenticidad (art. 390.1.2.º CP).

Aunque la doctrina penal vinculara desde antaño la noción de «autenticidad» a la función de garantía del documento², el TC (STC 123/2001, ponente González Campos) avaló la interpretación de la Sala 2.^a, considerándola no transgresora del principio de legalidad. En sus propias palabras:

«[C]abe discutir si el sentido más propio de la autenticidad hace referencia al carácter genuino del documento y no a la veracidad o inveracidad de su contenido; pero debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse [...] que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad. Y, si ello es así, no puede afirmarse que la interpretación efectuada por la Sala Segunda resulte, desde la perspectiva del seguimiento del tenor literal del precepto, imprevisible».

Si bien en un primer momento el TS limitaba su interpretación extensiva a los supuestos en los que la simulación del negocio jurídico documentado era

¹ La propia existencia del Acuerdo ha sido objeto de discrepancia entre los mismos Magistrados de la Sala 2.^a Mientras que en algunas resoluciones se alude al referido Acuerdo (*vid.* p. ej., la STS 1345/2005, ponente Giménez García: «hay que partir como referente necesario que el Pleno no Jurisdiccional de Sala citado, acordó por una mayoría, exigua si se quiere, pero en definitiva mayoría de la Sala que no se había producido en el Nuevo Código la pretendida despenalización de la falsedad ideológica»); en otras, se niega su existencia (*vid.* p. ej., la STS 558/2006, ponente Delgado García: «tras un amplio debate, se votó una determinada propuesta que quedó rechazada por ocho votos contra siete, sin que llegara a adoptarse resolución alguna»). Al parecer, el ponente designado propuso que la reforma legal se entendiera como una despenalización de la falsedad ideológica cometida por particulares, pero la propuesta fue rechazada por ocho votos frente a siete, siendo que no se votó una contrapropuesta. Sobre los pormenores de este no Acuerdo, *vid.* GRANADOS PÉREZ, 2017, pp. 631-641.

² Al respecto, con amplias referencias, VILLACAMPA ESTIARTE, 1999, pp. 457 ss.

total, pronto acogió la tesis según la cual también una simulación parcial, por ejemplo, insertar un apunte contable relativo a un negocio ficticio en un libro contable auténtico, podía ser típica ex artículo 390.1.2.º CP³. En palabras de Magro Servet, ponente de la STS 338/2019, a propósito de un joyero que manipula un sistema contable informático para encubrir la apropiación de oro:

«E inexistente era la salida duplicada de oro que reflejó el recurrente contablemente para conseguir su fin de apropiación, con lo que, al menos alteraba el documento real, o lo simulaba “en parte”, induciendo a error sobre su autenticidad. Y ello provocaba un error en el tráfico mercantil con operaciones mercantiles que no habían existido, o exagerando las que habían existido, lo que queda lejos de la “mentira documental”, por esa afectación al tráfico jurídico mercantil de un acto que no solo consiste en esa alteración documental de la realidad contable, sino que lo es con el fin de la apropiación».

Bien mirado, esta conclusión se deriva razonablemente de las premisas interpretativas del TS. Si mentir sobre la verdadera causa es simular, y la mentira puede ser total o parcial, la incorporación de un asiento contable mendaz en una contabilidad que refleja operaciones reales constituye un acto de simulación «en parte», capaz de inducir a «error sobre su autenticidad» (art. 390.1.2.º CP). Ahora bien, con este ulterior paso, no exento de críticas en la propia Sala 2.^a⁴, la «doctrina Filesa» cobraba contornos todavía más imprecisos. La frontera entre la simulación documental (parcial) y la mentira impune pareciera querer trazarse con base en el carácter más o menos esencial de los elementos que se «simulan». Así, en la STS (Pleno) 232/2022, ponente Hernández García, a propósito del supuesto de un ejecutivo y tres de sus comerciales que habían documentado unos contratos de agencia, incluyendo condiciones distintas a las pactadas verbalmente en cuanto a la extensión de las comisiones, se afirma que:

«Es cierto [...] que los documentos contienen menciones contractuales que corresponden a la realidad material de la regla negocial, pero en el caso no pueden compensar el componente simulado que pretende “preconstituir” con una finalidad probatoria determinada elementos esenciales de dicha regla negocial absolutamente inexistentes. Siendo dicha finalidad de preconstitución de contenidos negociales esenciales pero inexistentes lo que dota a la mutación falsaria del grado de lesividad necesario para considerarla típica ex artículo 390.1. 2.º CP».

³ Críticamente ya, COCA VILA, 2023a, pp. 264-265.

⁴ *Vid.* p. ej., el voto particular de Colmenero Menéndez de Lurca en la STS 338/2019, ponente Magro Servet: «cuando se anotan en la contabilidad operaciones inexistentes, no se simula la existencia de una contabilidad de una empresa real. No se simula un documento, sino que se introducen datos falsos en un documento preexistente».

Con independencia de cuáles hubieran de ser los límites de lo punible ante simulaciones parciales, de lo que no había duda —hasta hace poco tiempo— es de que, a ojos del TS, la documentación por parte de comerciantes de un negocio jurídico simulado constituía una forma falsaria típica ex artículo 390.1.2.º CP. Aunque la doctrina mayoritaria no compartiera esta conclusión, pues se apartaría de la inequívoca voluntad legislativa de despenalizar estos supuestos de falsedad ideológica cometida por particulares⁵, amén de suponer una extensión analógica contra reo de la noción de «autenticidad»⁶; durante el último cuarto de siglo el TS ha aplicado de manera consistente su tesis extensiva, rechazando sistemáticamente los recursos de casación basados en la pretendida impunidad general de la mentira escrita por particular.

II. FACTURAS CON CAUSA MENDAZ: UNA VIRADA EN TRES PASOS

Sin embargo, el TS ha dictado en los últimos tiempos tres resoluciones que, por diversos motivos, cuestionan tan consolidada tesis jurisprudencial. Me refiero a las ya célebres STS (Pleno) 232/2022, ponente Hernández García; y las SSTS 89/2023, ponente Puente Segura («caso PESCANOVA»); y 298/2024, ponente Del Moral García. Mientras que en la primera el Pleno de la Sala dice enterrar su concepto amplio de documento mercantil, en las últimas dos, aunque discurriendo por caminos disímiles, se concluye que la documentación de un negocio jurídico simulado no es punible ex artículo 390.1.2.º CP.

1. El «reajuste» del concepto de documento mercantil

En la STS (Pleno) 232/2022, ponente Hernández García, la Sala se enfrenta a la condena por falsedad en documento mercantil del ejecutivo de una cooperativa y tres de sus comerciales que habían formalizado por escrito (de forma antedatada) los contratos verbales de agencia que habían mantenido con la entidad, incluyendo condiciones distintas a las pactadas. El pleno de la Sala desestima el recurso en lo que a la impunidad de la falsedad ideológica se refiere, pero concluye que el objeto del delito falsario no es un documento mercantil, sino meramente privado, condenando a los tres acusados en virtud del artículo 395 CP.

⁵ Cfr. p. ej., MIR PUIG, La Ley Penal, 2009, pp. 1-2; GARCÍA CANTIZANO, 1997, pp. 133-135.

⁶ Cfr. p. ej., BACIGALUPO ZAPATER, 1999, p. 40; o SILVA SÁNCHEZ, 2011, pp. 568 s.

De este modo, el Pleno de la Sala 2.^a procede, en sus propias palabras, a «reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP». Son dos las razones que motivarían este ajuste. En primer lugar, entiende el TS que la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles, a la vista de la equiparación legal en las consecuencias penológicas, debe compartir un mismo bien jurídico, público y colectivo. Dicha equiparación, «acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore también una especial intensidad lesiva de dichas funciones documentales, equiparable a la de los documentos públicos u oficiales. Nivel especial de lesividad que cabe predicar de aquellos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, gocen de una proyección cualificada en el tráfico jurídico». Y, en segundo lugar, afirma el Tribunal que solo deben ser castigadas como falsificación en documento mercantil aquellas «conductas falsarias que recaen sobre documentos mercantiles que, por el grado de confianza que generan para terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil».

A partir de aquí, se concluye que carecen de la necesaria *especial idoneidad lesiva colectiva*, entre otros documentos, los «contratos, presupuestos, tickets, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros», por mucho que plasmen operaciones mercantiles o hayan sido confeccionados por empresarios o comerciantes. Por el contrario, sí serían documentos mercantiles:

«[C]on fines meramente enunciativos, los que tienen el carácter legal de título-valor; los que obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación mercantil que funcionalmente les acerca a los documentos emitidos por ciertos funcionarios con capacidad documentadora –por ejemplo, libros y documentos contables, actas de juntas de sociedades de capital, certificaciones con potencial acceso al Registro Mercantil, etc.–; los que documentan contratos-tipo, clausulados generales o particulares en relaciones de consumo –por ejemplo, contratos de seguro, bancarios, de financiación, transporte, etc.–; aquellos contratos sometidos a condiciones normativas de forma o de supervisión o a algún tipo de intervención pública –por ejemplo, contratos de gestión financiera, de correduría de seguros, de inversión, etc.– y documentos que, bajo la apariencia de corresponder al giro mercantil de una empresa, tengan como finalidad la comisión de delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, fraude de subvenciones o la obtención de financiación por entidades bancarias o de crédito, etc.».

2. La atipicidad de la documentación *favendi causa* de negocios inexistentes

Un año más tarde, en la STS 89/2023, ponente Puente Segura («caso PESCANOVA»), la Sala 2.^a da un paso más. Por un lado, en la línea de lo marcado por la referida STS 232/2022, ponente Hernández García, se acoge un concepto restringido de documento mercantil. Aun así, en la especie se concluye que las facturas y los contratos de compraventa mendaces, en la medida en que son utilizados para conseguir financiación bancaria, son mercantiles. Por otro lado, y esto es lo interesante en este momento, el TS se plantea si es típica ex artículo 390 y 392 CP la elaboración de facturas y contratos que aparecen suscritos por sus auténticos emisores, aunque recogen operaciones mercantiles inexistentes.

Pues bien, en contra de lo que cupiera esperar, entiende que el problema «no estriba propiamente en determinar si algunas falsedades ideológicas encuadrables en el artículo 390.1.4.º, despenalizadas a partir de 1995 cuando el autor es un particular, lo son también en el artículo 390.1.2.º CP». El verdadero problema sería otro, heredado de la legislación anterior. A saber, si emitir una letra de favor, esto es, creada con una función crediticia y de garantía, pero sin responder a una auténtica operación cambiaria o a un verdadero negocio económico subyacente, constituye o no una falsedad punible⁷. Puesto que, *de facto*, las facturas y contratos elaborados por los acusados operaban como avales frente a la institución bancaria que otorgaba los créditos, el tratamiento penal del supuesto enjuiciado y el del otorgamiento de letras de cambio vacías (*favendi causa*) habría de ser el mismo.

Trazada la analogía, el TS deja sentadas las bases para declarar la atipicidad de la falsedad en el caso enjuiciado. Y es que, por lo general, la Sala 2.^a ha negado la tipicidad (como delito falsario) de la elaboración de letras de cambio de favor o vacías⁸. Ello se explicaría por la naturaleza jurídica del título valor, que impide hablar siquiera de una mentira escrita. Aquel, también el no comercial, en tanto que negocio abstracto y no causal, acredita el compromiso puro de abonar la cantidad que en él se refleja, pero no que sea sincera la voluntad reflejada en el documento, ni siquiera que a la relación jurídica cambiaria subyazca una relación jurídica causal. De hecho, la inexistencia de un negocio jurídico subyacente que sirva de causa al desplazamiento patrimonial no invalida la emisión del título. «Si no hay voluntad de atenderlo, estaremos ante una

⁷ Sobre el concepto y función económica de la letra de favor, fundamental, PAZ-ARES, 1987, Cap. I y II.

⁸ Entre otras, p. ej., la STS 123/2007, ponente Ramos Gancedo; o posteriormente, la STS 527/2016, ponente Del Moral García. En este mismo sentido, tempranamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1986, pp. 943, 945.

mendacidad, pero no una falsedad punible»⁹. La creación de una letra de cambio vacía puede ser el instrumento comisivo de un delito de estafa¹⁰, pero en la medida en que no haya sido materialmente falsificada, aquella nunca dará lugar a un delito de falsedad documental.

Así las cosas, la documentación presentada al banco por los responsables de PESCANOVA (contratos de compraventa, facturas en las líneas de descuento o factoring), aun no estando soportada por operaciones reales, en la medida en que expresaba una plena identidad entre sus autores formales y materiales (no había suplantación o simulación de firma), sin que se hubiera alterado tampoco ningún otro de los elementos esenciales del documento, no habría sido falsificada. Los documentos, «incorporaban, de modo más o menos explícito, un compromiso de pago por quien aparecía en ellos como comprador, correspondiéndose la firma de éste con la suya auténtica y actuando en nombre de sociedades que representaba efectivamente». Su finalidad no era otra «que la de ser presentados por el vendedor a negociación con entidades bancarias [...] al efecto de que éstas les adelantaran su importe, naturalmente previo el correspondiente descuento, sin que, en consecuencia, produjeran en el tráfico jurídico ningún otro efecto distinto, funcionando así, en sustancia, del mismo modo que las referidas “letras de favor”». Se trata, remata el TS, de «documentos auténticos y hábiles para la finalidad proyectada».

3. Documentar un negocio simulado no equivale a simular un documento

La STS 298/2024, ponente Del Moral García, representa el último y más importante hito del viraje anunciado. En esta se absuelve a varios condenados por falsificación en documento mercantil (art. 390.1.2.º CP) al haber emitido facturas que no se correspondían con operaciones reales, sino que obedecían al propósito de canalizar retribuciones a uno de los acusados por «servicios de carácter irregular de origen desconocido». La concisión del razonamiento absolutorio invita a su transcripción:

«Las falsedades se construyen sobre dos tipos de documentos:

- a) Contratos simulados en tanto no reflejan la realidad del negocio concertado (aluden a servicios, cuando se trata de un pago como contraprestación no a esos trabajos sino, probablemente, a una comisión irregular). [...]

⁹ STS 527/2016, ponente Del Moral García.

¹⁰ Sobre la estafa a través del descuento bancario de «letras vacías», *vid.* ya BAJO FERNÁNDEZ, ADPCP, 1977, pp. 525-548; PAZ-ARES, 1987, cap. IV.

b) Las facturas extendidas para documentar los pagos reales derivados de esa contratación simulada. La catalogación de esos documentos como simulados no es correcta. Parte de una indefendible equiparación entre lo que es un documento (art. 26 CP) y lo que es un contrato (un negocio jurídico). Hay un elemento falsario en esos documentos en efecto: lo que se deduce de ellos no se ajusta fielmente a la realidad en su totalidad; solo en parte: se produce una relación jurídica entre los firmantes y/o las sociedades por cuya cuenta actúan, y se acuerdan unas retribuciones; pero se encubre la realidad de la relación con una causa diferente a la auténtica; y en un caso, además, se aparenta la interposición de una persona jurídica entre los reales obligados encadenando dos contratos simulados para lograr una aparente trazabilidad con el negocio real y auténtico.

Son contratos simulados.

No puede decirse, en cambio, que sean documentos simulados en el sentido del artículo 390.1.2 CP. Los documentos en sí son auténticos: exteriorizan lo que realmente han querido plasmar sus intervinientes. La falsedad es ideológica: se ha hecho constar una realidad negocial simulada. Pero el documento, como base que plasma las manifestaciones realizadas, no se ha fingido. Lo simulado es el contrato; no el documento. Para sancionar la simulación contractual existe otro tipo penal que carecería de todo sentido si desbordamos la interpretación literal del artículo 390.1.2 introduciendo en su perímetro, a base de jugar con las palabras, simulaciones (se falsea la manifestación; pero no el documento) ideológicas.

El artículo 251.3 CP castiga la elaboración de contratos simulados, pero solo cuando se emiten para perjudicar a un tercero. Tal tipo penal sería incoherente con esa interpretación extensiva de lo que es la simulación en el sentido del artículo 390 CP. Un contrato simulado no es un documento simulado.

De las facturas que documentan pagos reales y efectivamente realizados, pero ligados al contrato simulado, es decir, respondiendo a una causa diferente de la consignada, cabe decir lo mismo. No son documentos simulados. Lo simulado o fingido es la realidad documentada como causa del pago, no el documento mismo. Sería un sinsentido que el contrato simulado no fuese conducta típica y sí lo fuesen las facturas que documentan pagos fruto de esa contratación en que se encubre la causa real del negocio con otra, por las razones que sean».

Advierte Pantaleón Díaz que esta importante resolución no cita precedente jurisprudencial alguno, lo que resulta, en efecto, poco habitual¹¹. Quizá pretende así sustraerse a la carga de contextualizar su razonamiento en la pesada losa de la doctrina jurisprudencial de la Sala 2.^a Sea como fuere, aquella pareciera venir a culminar el giro arriba referido, abrazando de nuevo la «doctrina Argentina Trust».

¹¹ PANTALEÓN DÍAZ, InDret, 2025, p. 411.

Nada más lejos de la realidad. Ya en la STS 1033/2024, ponente Del Moral García («caso Bárcenas»), se matiza la relevancia de la anterior resolución, calificando la nueva doctrina de meras «precisiones realizadas por esta Sala extrayendo del ámbito del artículo 390.1.2 CP los casos de simulación de contratos». La «doctrina Filesa» sigue viva. De hecho, en los últimos meses son varias las resoluciones en las que el TS la aplica sin ambages¹². Así, por ejemplo, en la STS 29/2025, ponente Polo García; se confirma la subsunción en el artículo 390.1.2.º CP de la confección de facturas que reflejaban una relación comercial ficticia entre dos empresas con el objetivo de aportarlas a un concurso, simulando una deuda inexistente en perjuicio de los acreedores. Lo mismo sucede en la STS 321/2025, ponente Polo García, en la que sin alusión alguna a la STS 298/2024, ponente Del Moral García, se afirma que «la creación *ex novo* de facturas que no responden a una operación real y que se crean con la finalidad de defraudar, es una acción constitutiva de delito de falsedad en documento mercantil». La STS 859/2025, cuyo ponente es el propio Del Moral García, ratifica la condena de instancia por falsedad en documento mercantil (art. 390.1.2.º CP) de dos directivos de la Federación Catalana de Dardos que recurrieron a un tercero para emitir facturas en las que se simulaban servicios y prestaciones no suministrados para encubrir actos apropiatorios. Y lo mismo hace la STS 178/2026, ponente De Porres Ortiz de Urbina respecto de los particulares que crean *ex novo* un documento mercantil para encubrir comisiones indebidas, señalando que «a partir del Pleno no jurisdiccional de 26/02/1999 se fijó doctrina [Filesa] que permanece invariable en nuestros días».

III. LA ATIPICIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN DE UN NEGOCIO JURÍDICO SIMULADO

Como afirma Peñaranda Ramos, la concurrencia –prolongada en el tiempo– de varias líneas interpretativas irreconciliables ha dado lugar a una situación «difícilmente soportable desde el punto de vista de las más elementales exigencias de seguridad jurídica»¹³. Pantaleón Díaz estima imposible a día de hoy responder a la

¹² También lo hace la Audiencia Nacional. Cfr. p. ej., la SAN 18/2025, ponente Delgado Martín («caso Nummária»), en la que se insiste en que documentar negocios inexistentes es simular un documento en el sentido del artículo 390.1.2.º CP: «nos encontramos con la formación de varios documentos enteramente falsos (contrato, facturas y acuerdo extrajudicial), que recogen varios actos o relaciones jurídicas inexistentes; es decir, son documentos que no obedecen en verdad al respectivo origen objetivo en cuyo seno aparentemente se han creado (falta de autenticidad objetiva)».

¹³ PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 16169.1.

pregunta de si confeccionar facturas falsas sigue siendo un delito de falsedad documental¹⁴. En efecto, tras más de un cuarto de siglo, la Sala 2.^a sigue abrazando aquellas dos tesis irreconciliables que impidieron el Acuerdo no Jurisdiccional en el año 1999¹⁵. En mi opinión, el estado de incertidumbre originado por los diversos pronunciamientos divergentes de la Sala 2.^a legitima el reconocimiento de un error de prohibición invencible (art. 14.3 CP). Aunque no pueda hablarse de un error en sentido psicológico, sino más bien de una situación de duda, como defiende Puente Rodríguez, la imposibilidad objetiva de resolverla determina la falta de culpabilidad del agente que confía en la línea jurisprudencial restrictiva¹⁶.

En todo caso, como ha mostrado desde antaño nuestro homenajeado, existen muy buenos argumentos para defender que la documentación de un negocio simulado no constituye un delito de falsedad documental¹⁷. La expresión de una causa falsa no es una simulación punible ex artículo 390.1.2.º CP, sino una falsedad ideológica destipificada cuando es cometida por particular (art. 390.1.4.º CP). El giro emprendido por el TS en los últimos años es acertado, pero en aras de la deseable seguridad jurídica resulta imprescindible llevarlo hasta sus últimas consecuencias. Por un lado, creo que el concepto de documento mercantil manejado por el TS sigue siendo excesivamente amplio. Por el otro, una adecuada interpretación del artículo 390 CP, atenta a múltiples y diversos argumentos históricos, sistemáticos y teleológicos, debe conducir a negar sin dobleces la tipicidad de la falsedad (ideológica) de quien documenta un negocio jurídico simulado.

1. Un concepto estricto de documento mercantil

Desde el año 2022 el TS ha asumido lo que estima un concepto «restringido» de documento mercantil. El criterio hermenéutico delimitador propuesto es el de la *proyección cualificada del documento* (formalmente mercantil) en el tráfico jurídico. Ahora bien, para comprender realmente qué entiende la Sala 2.^a por documento mercantil, más importante que tal genérica afirmación,

¹⁴ PANTALEÓN DÍAZ, InDret, 2025, pp. 424 ss.

¹⁵ Controvertida es también la misma naturaleza de la factura, en ocasiones considerada documento mercantil (vid. p. ej., STS 321/2025, ponente Polo García; en un supuesto en el que se falsifican facturas para dar cobertura a actos de insolvencia punible típicos ex art. 260 CP); en otras meramente privado (STS 422/2023, ponente Polo García; en un supuesto en el que los acusados entregan a un sujeto una factura íntegramente falsa que acreditaba una compraventa de vinos inexistente).

¹⁶ Cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, 2024, 88-101. En favor de reconocer un error de prohibición (invencible) ante situaciones de duda objetivamente irresoluble fruto de sentencias judiciales divergentes del mismo órgano, vid. asimismo PAWLK, InDret, 2020, 572; y SILVA SÁNCHEZ, 2025a, 25/67 ss.

¹⁷ En este sentido, vid. ya PEÑARANDA RAMOS, 2014, núm. 16169.

es su párrafo ejemplificador. Más concretamente, por lo que aquí interesa, es fundamental la referencia a aquellos «documentos que, bajo la apariencia de corresponder al giro mercantil de una empresa, tengan como finalidad la comisión de delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, fraude de subvenciones o la obtención de financiación por entidades bancarias o de crédito, etc.» Esta es la referencia que le sirve para afirmar que pueden ser mercantiles los contratos de compraventa que una sociedad presenta ante una entidad bancaria; o aquellas facturas otorgadas para encubrir una infracción tributaria o dar soporte documental a una contabilidad fiscal mendaz.

Aunque loable, la restricción es insuficiente¹⁸. Se ha objetado que se trata de un criterio hermenéutico excesivamente vago¹⁹. Es cierto, pero el principal problema es otro: su listado de documentos mercantiles no es un precipitado de su criterio hermenéutico. Si resulta que lo decisivo es que la falsedad del documento pueda «afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva», resulta errado considerar mercantiles aquellos documentos privados que se otorgan con el fin de cometer «delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, fraude de subvenciones o la obtención de financiación por entidades bancarias o de crédito, etc.». Bien mirado, el TS está importando a este ámbito la tan criticada noción de documento oficial por destino. Estima que un documento privado muta en mercantil en atención al riesgo que su falsificación supone para una determinada clase de patrimonio, aquí, el público y bancario²⁰. En resoluciones posteriores a la plenaria de 2022, la Sala se contenta para afirmar el carácter mercantil de un documento con que se use para defraudar el patrimonio de varias sociedades mercantiles²¹.

Más allá de las clásicas objeciones formuladas contra la construcción de los documentos oficiales por destino, considerar mercantiles las facturas o contratos en atención al uso que se les pretende dar supone apartarse de la propia definición de documento mercantil patrocinada por el TS. Implica asimismo confundir el —ya de por sí difícilmente delimitable— injusto de la falsedad, como delito medial por excelencia, con el delito fin. Una cosa es la falsedad documental, como per-

¹⁸ Cfr. COCA VILA, 2023a, pp. 254-255.

¹⁹ Vid. p. ej., RODRÍGUEZ RAMOS, Diario La Ley, 2023, pp. 1-4.

²⁰ Así ya COCA VILA, InDret, 2023b, p. 685. Igualmente crítico, ALCÁCER GUIRAO, La Ley Penal, 2024, p. 6, quien señala que esta interpretación puede conducirnos a «una suerte de *bis in idem* —con la consiguiente desproporción punitiva— al convertir lo que realmente es una falsedad en documento privado en la modalidad más grave —falsedad en documento mercantil— en virtud de su relación instrumental con otro delito que también es castigado en relación concursal con el anterior».

²¹ En palabras de la STS 35/2024, ponente De Porres Ortiz de Urbina: «los documentos falsificados (facturas y contratos) tienen naturaleza mercantil porque fueron *generados con la finalidad* de cometer un fraude con efectos frente a terceros, no intervinientes en la relación negociada inicial (simulada)». [la cursiva es mía].

turbación de las funciones del documento que menoscaba la seguridad en el tráfico jurídico-económico; y otra distinta el patrimonio que se pone en peligro o lesiona a través de la falsedad. El merecimiento de pena de la falsedad, si es que se trata de castigar un injusto autónomo no defraudatorio, no puede depender del tipo de patrimonio puesto en peligro. Quien falsifica una factura para defraudar a una entidad bancaria no afecta a la fiabilidad del documento en el tráfico mercantil de un modo distinto a quien la falsifica para defraudar a su vecino. No lleva necesariamente a cabo, en la terminología del TS, una falsedad sobre un documento privado con una *proyección cualificada en el tráfico jurídico*.

Peñaranda Ramos ha defendido que solo debe ser considerado mercantil aquel documento que reúne dos cualidades: primero, que exprese derechos o actos de naturaleza mercantil, apareciendo expresamente tipificado y descrito por las leyes mercantiles; segundo, que ostente una eficacia sensiblemente superior a la de los documentos privados. Esa mayor eficacia se predicaría, en particular, respecto de los documentos con valor ejecutivo²². En un sentido parecido, Echano Basaldua ha propuesto limitar la noción a los títulos valores (letra de cambio, cheques, pagarés, acciones, obligaciones, participaciones de sociedades, las anotaciones en cuenta...) y a las actas y certificaciones de actas de reuniones con vocación de acceso al Registro mercantil²³.

Ambas concepciones apuntan en la dirección correcta. Merecen una protección equivalente a los documentos públicos, además de los títulos ejecutivos, los libros corporativos, por ejemplo, los libros de actas (art. 36 CoCo), así como los documentos emitidos por los secretarios de los órganos de administración que, actuando a modo de cuasi-funcionario, otorgan en cumplimiento de obligaciones específicas documentos con vocación de publicidad registral²⁴. Por el contrario, ni las facturas ni los contratos otorgados por comerciantes gozan de la requerida proyección cualificada en el tráfico económico. Aquellos, en realidad, se sitúan en la base de la pirámide de la contabilidad empresarial, en tanto que mero fundamento y soporte de los libros contables del empresario (art. 30 CoCo)²⁵. No tienen, pues, una especial fuerza probatoria, ni despiertan una especial confianza en el tráfico jurídico-económico merecedora de protección, ni tienen *per se* la capacidad de distorsionar las decisiones de una pluralidad indeterminada de ciudadanos²⁶.

²² Vid. PEÑARANDA RAMOS, 2014, núm. 16128.

²³ ECHANO BASALDUA, 2016, pp. 912-913; EL MISMO, 1998, pp. 783-784. Y restringiendo la noción penal de documento mercantil a los títulos valores, RODRÍGUEZ RAMOS, La Ley, 1998, pp. 1523 ss.

²⁴ NIETO MARTÍN, 2018, pp. 702-703.

²⁵ NIETO MARTÍN, 2024, pp. 810-812.

²⁶ En favor de considerar las facturas documentos privados, sin ánimo de exhaustividad, vid. CÓRDOBA RODA, 1995; VILLACAMPA ESTIARTE, 1999, pp. 276 ss., 285; QUERALT JIMÉNEZ, 2004, pp. 1140-1141;

¿Genera una insoportable laguna de punibilidad negar el carácter mercantil a las facturas o contratos que recogen negocios simulados? No lo creo²⁷. Por un lado, el patrimonio de la Hacienda Pública está protegido por el delito tributario (art. 305 CP) y por el delito contable tributario (art. 310 CP). Será este segundo delito, en su caso, el que absorberá el desvalor inherente a falsificar albaranes, facturas o contratos²⁸. Por el otro, el patrimonio de los bancos y entidades de crédito está protegido por los clásicos delitos patrimoniales, punibles también en grado de tentativa. Además del delito de estafa y de estafa procesal, el artículo 251.3.º CP tipifica el otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado²⁹. Por su parte, el patrimonio de los acreedores está indirectamente protegido ya por los delitos falsarios en materia de insolvencias punibles (art. 259.1 6.ª, 7.ª y 8.ª CP) y por el delito de presentación de datos contables falsos destinados a la apertura del concurso (art. 261 CP).

Si se trata de castigar la puesta en peligro o lesión de los intereses patrimoniales de terceros, parece razonable estar a los tipos creados para ello o, en su caso, a las falsedades ideológicas expresamente tipificadas. De lo contrario, como acertadamente señala Alcácer Guirao, se produce una «clara disfunción político-criminal, al fundarse el castigo de la falsedad por subrogación del desvalor propio de otro delito, en lugar de por una cualificada lesividad de las funciones propias del documento»³⁰.

2. La atipicidad de la expresión documentada de una causa falsa

Ahora bien, no es solo que la factura o el contrato otorgado por un empresario que documenta un negocio jurídico simulado haya de ser considerado documento privado. En realidad, el hecho en cuestión no constituye si-

RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario La Ley*, 2023; NIETO MARTÍN, 2024, pp. 810-812; ALCÁCER GUIRAO, *La Ley Penal*, 2024, p. 8; SILVA SÁNCHEZ, 2025b, p. 382.

²⁷ De hecho, la pregunta aquí es más bien qué delitos-fin absorben ya todo el injusto, incluso cuando la falsedad recae sobre un documento mercantil, siendo entonces improcedente el castigo por el delito falsario instrumental. Al respecto, en los últimos tiempos, cfr. NIETO MARTÍN, 2024, pp. 808-810; y PASTOR MUÑOZ, 2024, pp. 1109-1113; ambos en favor de expandir a estos supuestos la solución del concurso de normas.

²⁸ En este sentido ya, MIR PUIG, *La Ley Penal*, 2009, quien aboga por la absorción aun cuando se considere punible ex artículo 392 CP de la falsedad de la factura: «La sola anotación no acompañada de una factura sería inidónea para inducir a engaño a Hacienda, y es sabido que las falsedades que no tienen un mínimo de idoneidad para inducir a engaño (p. ej., las falsedades burdas) no pueden considerarse típicas». Asimismo, *vid.* COCA VILA, 2023c, pp. 606 s.

²⁹ Cfr. OVALLE MADRID, *Revista de Ciencias Penales*, 2019, pp. 19-102, crítico con la interpretación del delito en clave estrictamente falsaria.

³⁰ ALCÁCER GUIRAO, *La Ley Penal*, 2024, p. 8.

quiera una falsedad típica ex artículo 390.1.º CP, por lo que tampoco ha de ser castigada en virtud del artículo 395 CP. Documentar un negocio jurídico simulado, esto es, expresar una causa falsa (art. 1276 CC) en un documento auténtico, constituye la infracción de un deber de veracidad atípico *qua* falsedad³¹. En mi opinión, dentro del marco de significados (locucionarios) establecidos por las reglas semánticas del lenguaje, la tesis aquí acogida es la que mejor realiza el *telos* del vigente sistema de incriminación de los injustos falsarios. Además, como afirma nuestro homenajeado, es la coincidente con la «la inequívoca voluntad del legislador de despenalizar estos supuestos de “falsedad ideológica” respecto de los particulares»³². Dado que los argumentos en favor de esta tesis son sobradamente conocidos, me limito a dar respuesta a algunas réplicas recientes de quienes todavía defienden la interpretación extensiva.

Comencemos tomando en consideración el canon semántico. El artículo 390.1.2.º CP se refiere a una falsedad que induzca a error sobre la «autenticidad» del documento. Los artículos 392 y 395 CP expresamente excluyen de su ámbito típico el hecho del particular consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos. Como es sabido, el TS ha interpretado en los últimos años la noción de «autenticidad» de un modo impropio. Las facturas falsas son documentos «genuinos», pues proceden íntegramente de la persona que figura como su autor, pero en el entendimiento usual del término, el documento que recoge un negocio simulado no sería «auténtico»³³. Esta interpretación, avalada por el TC, presupone que el código de interpretación válido es el del uso social. Ahora bien, tanto el TS como el TC reconocen que el entendimiento experto del término es distinto, vinculado a la función de garantía del documento³⁴. Estamos, pues, en el mejor de los casos³⁵, ante un conflicto en el código de interpretación. Quizá su existencia sea suficiente para negar la inconstitucionalidad de la interpretación extensiva. Quizá no, y estemos ante una interpretación analógica contra reo contraria al principio de legalidad (art. 25 CE)³⁶. Sea como fuere, sus partidarios, incluido el TS, no

³¹ Fundamental, SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 77-82.

³² PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 16169.

³³ Vid. p. ej., STS 331/2013, ponente Cándido Pumpido-Tourón. Recientemente, vid. la STS 178/2026, ponente De Porres Ortiz de Urbina.

³⁴ *Pars pro toto*, BACIGALUPO ZAPATER, 1999, p. 39: «en el contexto de los delitos documentales auténtico será un documento mercantil o privado en el que la persona que asume la declaración contenida en el documento la ha hecho realmente, independientemente de si lo declarado es o no verdad».

³⁵ Entre los críticos de la tesis extensiva no faltan quienes cuestionan que el uso social del término sea el amplio acogido por el TS. En este sentido, vid. p. ej., RODRÍGUEZ RAMOS, Diario La Ley, 2023, pp. 3-4.

³⁶ Así, muy claro, QUERALT JIMÉNEZ, 2007, p. 1146.

han aclarado por qué habría de favorecerse una interpretación contra reo basada en un uso social del término abiertamente contrario al asumido desde antaño por la doctrina penal³⁷.

El canon sistemático, así el TS, hablaría en favor de la tesis extensiva. Esta «permite dotar de contenido incriminatorio propio a esta modalidad falsaria del número segundo del artículo 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del Legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero»³⁸. Esta aseveración es inexacta. En primer lugar, no es cierto que la tesis restrictiva suponga una interpretación abrogatoria del artículo 390.1.2.º CP. El particular que falsifica materialmente un cheque, creándolo de la nada, simula un documento que induce a error sobre su autenticidad. En segundo lugar, la doctrina viene desde antaño mostrando por qué el incardinar en el 390.1.2.º CP falsedades ideológicas es incompatible con el principio general de la impunidad de la mentira escrita del particular. Por un lado, resulta que a lo largo y ancho del CP son múltiples los delitos en los que se tipifica expresamente la falsificación ideológica de documentos privados o mercantiles, por ejemplo, en el delito contable tributario (art. 310 CP) o en el delito societario de falsedad contable (art. 290 CP). Como señalara Mir Puig, es la impunidad de la falsedad ideológica cometida por particular la que da sentido a estas tipificaciones específicas³⁹. Por otro lado, resulta que las penas de muchos de estos delitos son inferiores a las establecidas en los artículos 392 y 395 CP⁴⁰.

Por fin, también el canon teleológico habla indubitadamente en favor de la interpretación no extensiva patrocinada por la reciente STS 298/2024, ponente Del Moral García. En efecto, las mejores razones materiales hablan en favor de vincular la interpretación del artículo 390 CP a la distinción entre falsedades ideológicas y materiales, estimando impunes las ideológicas cometidas por particular no tipificadas, ya sea en el artículo 390.1.3.º CP, ya sea en la multitud de preceptos de la parte especial del Derecho penal económico que

³⁷ Afirmar como hace p. ej., BORJA JIMÉNEZ [2025, p. 39] en favor de la tesis extensiva que «la posición tradicional del TS que diferencia entre autenticidad y genuidad, es conforme a la letra y al espíritu del texto punitivo de 1995» es insuficiente. Lo segundo es incorrecto. Lo primero, aun cuando fuera cierto, en modo alguno justifica optar por la tesis punitivista de entre las dos interpretaciones compatibles con el tenor literal.

³⁸ STS 331/2013, ponente Cándido Pumpido-Tourón. En el mismo sentido, cfr. BORJA JIMÉNEZ, 2025, p. 86: la tesis extensiva es la única compatible con el principio de vigencia en materia de interpretación.

³⁹ Sobre el artículo 310 CP como prueba sistemática de la impunidad de la falsedad ideológica de factura ex artículo 392 CP, *vid.* MIR PUIG, La Ley Penal, 2009.

⁴⁰ En detalle, QUERALT JIMÉNEZ, 2007, p. 1150.

expresamente lo hacen. Y es que la decisión del legislador español de 1995 no es caprichosa, sino que descansa en la asunción de dos importantes premisas: por un lado, que un sistema penal liberal no debe castigar con carácter general la mentira del particular; por el otro, que aquel ha de proteger la confianza que despiertan los documentos de forma diferenciada, atenta a la dispar fuerza probatoria que el ordenamiento extrapenal les reconoce⁴¹.

Una cosa es lesionar el deber (negativo) de no alterar materialmente documentos auténticos, o elaborar documentos inauténticos, deber que recae sobre todo ciudadano y cuya lesión es siempre punible; y otra lesionar el deber (positivo) de documentar verazmente, que recae únicamente sobre los funcionarios públicos y algunos particulares llamados a actuar puntualmente como cuasi-funcionarios⁴². Los funcionarios públicos no solo son competentes por evitar la alteración de documentos auténticos o la elaboración de inauténticos, sino que, además, están obligados por un deber de veracidad, pues en la medida en que gozan del privilegio de la fe pública, los documentos que otorgan sí hacen prueba del hecho, acto o estado de cosas que documentan *erga omnes* (art. 317 ss. LEC).

Los particulares, en cambio, no están jurídicamente obligados con carácter general a decir la verdad, tampoco cuando la documentan. El documento privado (incluido el mercantil) solo prueba el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de este entre sus otorgantes y causahabientes (art. 1225 CC). Así las cosas, los particulares solo incurrir en un delito de falsedad documental cuando lesionan su deber de no alterar la autenticidad de un documento, o cuando documentan ejerciendo funciones cuasi-funcionariales, por lo general, en el contexto empresarial. Solo entonces los particulares pueden afectar de forma relevante la función probatoria del documento falsificado. En contra de lo que ha asumido mayoritariamente el TS en los últimos tiempos, la dicotomía entre falsedad ideológica y falsedad material no es una mera clasificación de modalidades comisivas, sino que supone una capital diferenciación cualitativa de injustos⁴³.

⁴¹ Fundamental, JAKOBS, 2000, pp. 6-16. Entre nosotros, en este mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, 1999, pp. 43-56; o JIMÉNEZ VILLAREJO, Poder Judicial, 2000, 173.

⁴² No recae, pues, sobre el particular un deber de veracidad penalmente protegido que no se conecte con riesgos reales de producción de un perjuicio a terceros (p. ej., estafa). Nadie tiene un derecho limitado a obtener de otros en todas las relaciones información veraz, ni siquiera cuando esté documentada. Sobre todo ello, JAKOBS, 2000, 9-10, quien prefiere hablar de un derecho a no ser engañado. Próximo, en los últimos tiempos, PAWLIK, 2025, 197-201; y entre nosotros, VALVERDE-CANO, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2025, pp. 278-279. De *lege ferenda*, de conformidad con lo aquí defendido, *vid.* además SANZ MORÁN, InDret, 2021, pp. 270 ss.

⁴³ ROJAS AGUIRRE, 2017, pp. 100 a 103.

IV. CONCLUSIÓN

El tratamiento penal diferenciado aquí esbozado es el propio de un sistema penal fragmentario, en el que solo se tipifican algunas de las conductas potencialmente lesivas de los derechos de los ciudadanos. Puntualmente existen buenas razones para tipificar las falsedades ideológicas cometidas por particulares, y de hecho el CP contiene numerosos tipos que excepcionan la regla general. Ello, sin embargo, en modo alguno habla en favor de una interpretación radicalmente formalista e indiferenciadora que priva de sentido a la destipificación de la falsedad ideológica del artículo 390.1.4.º CP cometida por un particular. El documento privado (o mercantil) en el que se plasma un negocio con causa simulada no da fe en el tráfico de dicha causa, por lo que no afecta de modo relevante a sus funciones (de garantía y probatoria). En pocas palabras, la expresión de una causa falsa en una factura o contrato no lesiona ni pone en peligro per se ningún derecho o expectativa merecedora de protección penal.

Las consideraciones efectuadas siguen –con matices– la tesis acogida y lúcidamente desarrollada por el Profesor Enrique Peñaranda. No he sabido encontrar mejor manera de contribuir a tan merecido homenaje que retomando precisamente aquel tema que, allá por 2011, me permitió descubrirlo. Desde entonces, leer a Enrique se convirtió en hábito, en un formidable estímulo intelectual. *Ad multos annos!*

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Falsedad documental y certificaciones de juntas societarias ficticias*, La Ley Penal, núm. 166, 2024, pp. 1-20.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *El Delito de Falsedad Documental*, Madrid, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. XXX, 1977, pp. 525-547.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *Falsificación de documentos y de tarjetas bancarias*, Valencia, 2025.
- COCA VILA, Ivó: *Tema 8. Las falsedades documentales*, en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2.ª ed., Barcelona, 2023a, pp. 243-269.

- *El delito de falsedad en documento mercantil: El «caso Pescanova». Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero*, InDret, núm. 3, 2023b, pp. 683-687.
- *Tema 17. Protección de las haciendas públicas y la seguridad social*, en Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, 2.^a ed., Barcelona, 2023c, pp. 571-638.
- CÓRDOBA RODA, Juan: *Fraude fiscal y falsedad documental*, en Cuadernos de Derecho Judicial. Falsedad y defraudadores, Madrid, 1995, pp. 189-212.
- ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio: *Sobre el concepto de documento mercantil (art. 392.1 CP)*, en Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo, Madrid, 2016, pp. 912-913;
- *XXII. Falsedades*, en Compendio de Derecho Penal (Pate Especial), vol. II, Madrid, 1998, pp. 746-822.
- GARCÍA CANTIZANO, M.^a del Carmen: *Falsedades documentales (en el código penal de 1995)*, Valencia, 1997.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos: *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la Jurisprudencia*, 2.^a ed., Valencia, 2017.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José: *La descriminalización de la falsedad ideológica cometida por particulares. Un debate en la jurisprudencia*, Poder Judicial, núm. 59, 2000, pp. 169-183.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Urkundenfälschung*, Colonia, 2000.
- MIR PUIG, Santiago: *Facturas falsas para defraudar a hacienda*, La Ley Penal, núm. 62, 2009.
- NIETO MARTÍN, Adán: *Falsedades en la empresa*, en Derecho penal económico y de la empresa, 2.^a ed., 2024, Madrid, pp. 791-838.
- *Falsedades en la empresa*, en Derecho penal económico y de la empresa, 2018, Madrid, pp. 685-726.
- OVALLE MADRID, Germán: *El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro –Art. 251.3 del código penal español– como un supuesto particular de gestión fraudulenta del patrimonio ajeno específicamente tipificado*, Revista de Ciencias Penales, vol. XLVI, 2019, pp. 19-102.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta: *¿Siguen siendo delito las facturas falsas? «Comentario a la STS 298/2024, de 8 de abril»*, InDret, núm. 2, 2025, pp. 409-425.
- PASTOR MUÑOZ, NURIA: *El autoencubrimiento en Derecho penal económico. Una aproximación al problema, a propósito del falseamiento de cuentas para encubrir delitos patrimoniales*, en Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, vol. 2, t. 2, Madrid, 2024, pp. 1101-1113.
- PAWLIK, MICHAEL: *Recht auf Wahrheit bei ausdrücklichen Täuschungen? Eine rechtsphilosophische und strafrechtswissenschaftliche Problemanalyse*, en Zeitschrift für Lebensrecht. Beiheft 2. Zum Fest der Freiheit. Gedächtnisschrift für Eberhard Schockenhoff, Berlin, 2025, 197-210.
- *¿Error de prohibición en caso de situación legal confusa?*, InDret, núm. 3, 2020, pp. 560-576.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: *La letra de favor*, Madrid, 1987.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sección 3. Falsedades documentales*, en *Memento Penal* 2025, Madrid, 2024, 16100-16135.
- *Sección 3. Falsedades documentales*, en *Memento Penal* 2015, Madrid, 2014, 16100-16250.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Barcelona, 2024.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: *La falsedad documental: una aporía casacional*, en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, Madrid, 2004, pp. 1121-1152.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *La protección penal del cheque y de la letra de cambio*, en *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986, pp. 905-952.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *La atípica simulación de documento mercantil. (Comentario a la STS 232/2022 de 14 de marzo)*, *Diario La Ley*, núm. 10335, 2023.
- *El documento mercantil como objeto de protección del delito de falsedad*, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1998, núm. 3, pp. 1523-1527.
- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio: *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Madrid, 2017.
- SANZ MORÁN, Ángel José: *Los delitos de falsedad documental: reflexiones político legislativas*, *InDret*, núm. 4, 2021, pp. 240-279.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2025a.
- *Las falsedades documentales*, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 10.^a ed., Barcelona, 2025b, pp. 377-392.
- *Caso FILESA*, en *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 555-569.
- *Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal*, en *Simulación y Deberes de Veracidad Derecho Civil y Derecho Penal: Dos Estudios de Dogmática Jurídica*, Cizur Menor, 1999, pp. 75-145.
- VALVERDE-CANO, Ana Belén: *El falseamiento de la información sobre sostenibilidad. Relevancia penal y responsabilidad de los verificadores*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 33, 2025, pp. 251-293.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *La falsedad documental*, Barcelona, 1999.

7. PREVARICACIÓN EN COMISIÓN POR OMISIÓN: UN ENREDO SUPREMO

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Catedrática de Derecho penal
Universitat de Barcelona

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA POLÍTICO-CRIMINAL Y LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Como era costumbre en el pueblo, un sujeto solicitó verbalmente un certificado de empadronamiento que necesitaba para pedir subvenciones, pero se le indicó que lo pidiera por escrito. Una vez lo hizo, el alcalde, que sabía para qué necesitaba el certificado, no lo firmó, cuando era usual hacerlo en uno o dos días. El certificado no se firmó hasta tres meses después, resultando ya ineficaz para la pretensión del solicitante (supuesto de hecho de la STS 674/1998, de 9 de junio)¹.

¿Deben sancionarse como prevaricación este y otros comportamientos similares? Ello parece razonable a partir de consideraciones preventivas básicas e inobjetable desde el punto de vista axiológico. Sin embargo, esta posibilidad fue tradicionalmente muy controvertida por el tenor literal del delito, que tanto con el anterior Código penal como ahora exige el dictado de una resolu-

¹ El nombre del ponente y la referencia ECLI de cada resolución citada están en el listado de jurisprudencia al final del texto.

ción, un comportamiento descrito de forma manifiestamente activa que llevó a una mayoría de resoluciones anteriores a 1997 a negar la posibilidad de comisión omisiva de este delito².

La situación cambió radicalmente con la STS 784/1997, de 2 de julio. En ella, el TS se hace expreso cargo de la existencia de dos líneas jurisprudenciales sobre la cuestión, no solo distintas o contradictorias, sino directamente contrarias en sentido lógico, una admitiendo la comisión por omisión, otra rechazándola, e informa sobre la celebración de un por entonces no común Pleno no gubernativo de la Sala II el 30 de junio de 1997, así como del Acuerdo alcanzado, que recoge así: «la admisibilidad de la comisión por omisión especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa»³. En aplicación de dicho Acuerdo, en la sentencia se condena a un alcalde que, con su conducta omisiva, infringió la obligación que le imponían la Ley Electoral General y la Ley de Bases del Régimen Local de convocar un Pleno extraordinario para discutir y votar una moción de censura en un plazo de quince días.

La doctrina propuesta ha tenido un éxito innegable: desde el Acuerdo se ha aplicado en al menos dieciséis ocasiones⁴ y, sobre todo, ninguna de las resoluciones posteriores del TS se separa de ella en el resultado (posibilidad de comisión por omisión), aunque se describa con formulaciones más o menos afortunadas. El éxito aplicativo, sin embargo, no puede ocultar que subsisten importantes dudas dogmáticas sobre su solidez, que exploraremos en esta contribución a uno de nuestros más finos dogmáticos, Enrique Peñaranda Ramos. Empecemos por la primera: ¿realmente estamos ante un supuesto de comisión por omisión?

II. ¿COMISIÓN POR OMISIÓN U OMISIÓN PURA?

Dogmáticamente no es en absoluto claro que se esté ante una comisión por omisión, y de hecho parece más bien que se está ante una omisión pura,

² Para la situación en la jurisprudencia hasta 1997, v. GONZÁLEZ CUSSAC 1997, p. 82.

³ En realidad, el Acuerdo era mucho más magro e impreciso. En lo relativo a esta cuestión (también trata el concurso entre la prevaricación y el impedimento de ejercicio de derechos cívicos del artículo 542 CP) se limita a decir: «La prevaricación de los funcionarios públicos puede cometerse por omisión».

⁴ Los casos de aplicación incluyen tanto condenas como absoluciones (y una retroacción). En la búsqueda hemos podido detectar también ocho casos de falsos positivos, esto es, resoluciones citadas usualmente por jurisprudencia y/o doctrina como casos de prevaricación en comisión por omisión que no lo son realmente.

puesto que no es fácil ver qué resultado es el que ha de imputarse a la omisión. Esto resulta problemático desde una perspectiva político-criminal porque, a diferencia de la regulación del cohecho pasivo propio del artículo 419 CP y del cohecho activo propio del artículo 424 CP, en los que la descripción típica recoge tanto los supuestos de acción como de omisión⁵, el tipo de la prevaricación no abarca los casos de omisión (pura) de resolver, sino solo, literalmente, los de dictado de una resolución injusta. En aplicación de las reglas generales, esta omisión pura no tipificada debería resultar impune⁶. Esto explica el interés en hablar de una comisión por omisión, y no, simplemente, de una omisión. Que sea dogmáticamente sostenible es otra cuestión, a la que se dedican los siguientes apartados.

III. A LA CAZA DEL RESULTADO EN LA PREVARICACIÓN

La primera defensa razonada de la posibilidad de comisión por omisión de la prevaricación es probablemente la realizada por Octavio de Toledo. Como es sabido, en su tesis doctoral este autor defendió tal posibilidad frente a lo que denominaba «férrea interpretación gramatical del término»⁷ (dictar) cuando el estado ilícito de cosas que se da por la omisión de resolver pueda estimarse equivalente a su causación mediante una resolución y el funcionario hubiera podido evitarlo cumpliendo su deber jurídico de actuar⁸. El estado de ilicitud evitable no evitado sería por tanto el resultado a imputar.

Por esta vía parecería transitar la jurisprudencia, en dos desarrollos actuales distintos.

Por un lado, el que alude a la causación por la prevaricación de un «daño no por inmaterial menos efectivo [...] constituido por la quiebra que en los

⁵ El artículo 419 CP se refiere al funcionario que 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* (énfasis añadido).

El artículo 424.1 CP tipifica el ofrecimiento o entrega de dádiva o retribución de cualquier otra clase para que el funcionario «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*» (énfasis añadido).

⁶ Sobre la exigencia de una disposición legal específica para la sanción de los comportamientos omisivos puros v., por todos, LUZÓN PEÑA 2016, p. 573, núm. marg. 19 y MIR PUIG 2011, p. 319, núm. marg. 17. De modo coincidente para un delito de estructura típica equivalente, la Consulta 4/1989 de la Fiscalía General del Estado, sobre el delito de impedimento del ejercicio de derechos cívicos por funcionario o autoridad (art. 542 CP, artículo 194 CP-1973), en la que se afirma que en este no cabe la omisión pura por no venir expresamente dispuesta.

⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO 1980 p. 401.

⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO 1980 pp. 401-402.

ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe (*sic*) merecerle»⁹.

Sin embargo, aunque es razonable entender que tal daño inmaterial existe, resulta dudoso que se trate de un «resultado» imputable en comisión por omisión conforme al planteamiento tradicional, que se refiere al resultado como un evento separado espacio-temporalmente de la conducta¹⁰. Así lo reconoce expresamente la sentencia que inaugura este desarrollo, que inmediatamente antes de referirse al daño inmaterial afirma que para la consumación del delito «no se exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio *en clave de alteración de la realidad*»¹¹.

El otro desarrollo es el apartamiento del TS de su planteamiento previo, conforme al cual la prevaricación se consideraba un delito de actividad, para entender que «desde el punto de vista de la causalidad es un delito de resultado y no de mera actividad, pero en el que la actividad coincide con el resultado, el dictado de la resolución, por lo que al no realizar un resultado distanciado espacio-temporalmente de la acción son difícilmente imaginables las formas de tentativa»¹². La cuestión va más allá de la posibilidad de tentativa¹³ y afecta a la posibilidad de imputación del delito en comisión por omisión: como puede leerse, también este desarrollo reconoce que en la prevaricación no se da el

⁹ STS 989/2022, de 22 de diciembre, FD 26.1. La referencia al «daño no por inmaterial menos efectivo» aparece por primera vez en la STS 1382/2002, de 17 de julio, FD 2.º y se recoge literalmente (error gramatical incluido) en otras diez SSTs, dictadas por seis magistrados distintos, lo que descarta que se trate de un expediente retórico aislado.

¹⁰ No consideraremos la posibilidad de que también los delitos de mera actividad puedan cometerse por omisión y/o en comisión por omisión. El empeño jurisprudencial (y, en menor medida, doctrinal) por encontrar un resultado imputable a la omisión «prevaricadora» muestra que esta postura no goza del favor de la jurisprudencia, puesto que de hacerlo habría sido fácil mantener la concepción tradicional de la prevaricación como delito de actividad y afirmar meramente la posibilidad de su comisión por omisión. El tratamiento clásico de esta cuestión en nuestra doctrina es el de SILVA SÁNCHEZ 1986, pp. 350-359, quien en las pp. 351-352 se pronuncia en contra de la posibilidad de la comisión por omisión, que es la que aquí nos atañe. Por su parte, DOPICO 2006, p. 702 considera que estos delitos (y los de medios comisivos determinados) quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 11 CP, sin que esto excluya la comisión por omisión, que depende de cada tipo (en el caso del artículo 404 CP, este no parece admitirla, salvo lo que pueda decirse luego sobre la posibilidad de resoluciones no dictadas, producto del silencio administrativo).

¹¹ STS 1382/2002, de 17 de julio, FD 2 (cursivas añadidas). La referencia a *la realidad* ha de entenderse en un sentido físico. Los efectos reputacionales no existen en el plano físico, pero sin duda existen y pueden ser medidos, aun cuando sea de forma aproximada (por ejemplo, mediante encuesta). Sobre el todavía más complejo tema del tipo de existencia de los fenómenos jurídicos, v. el reciente opúsculo de CHILOVI 2025.

¹² STS 391/2025, de 30 de abril, FD 6. El fragmento citado aparece en la STS 507/2020, de 14 de octubre, FD 7 (de la primera sentencia), y en estos cinco años ha sido recogido *verbatim* en diez resoluciones del TS (9 sentencias y un auto), dictadas por cuatro magistrados.

¹³ La inacabada no es excluyente; y, en tiempos de automatización y firma y publicación electrónica de las resoluciones, tampoco la acabada, si bien la dificultad de detección hará inusual su persecución.

evento separado espacio-temporalmente de la conducta tradicionalmente considerado objeto a imputar en comisión por omisión ¹⁴.

A pesar de que ambos desarrollos se refieren al resultado en el delito de prevaricación, ninguno ha considerado sus efectos sobre la posibilidad de comisión por omisión de este delito. Tampoco parecen modificar en nada la doctrina conforme a la cual la prevaricación se consuma con el dictado de la resolución arbitraria.

No lo hace, a pesar de la referencia al *resultado* inmaterial el primero de ellos, que considera que «como tal delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad» ¹⁵, esto es, sin necesidad de daño efectivo o inmaterial al servicio público. Dichos daños, de darse, deben considerarse ubicados en la fase de agotamiento del delito. No pueden ser, por tanto, el resultado a imputar en comisión por omisión porque no son necesarios para la consumación del delito.

Igualmente opera a efectos de consumación el segundo desarrollo: el delito se consuma con la emisión de la resolución, que es la actividad que también se considera resultado típico. Por lo que hace al tipo en comisión por omisión, esta descripción muestra, sin darle respuesta, cuál es el problema en los casos en los que se omite resolver: si se entiende que el resultado es la propia resolución, en ellos esta no existe, y por lo tanto no hay resultado que pueda ser imputado en comisión por omisión. Todo apunta a que, para evitar casos de atipicidad axiológicamente indeseados, se está castigando una omisión pura que no viene expresamente tipificada en el Código penal.

IV. EL DERECHO POSITIVO AL RESCATE (O NO)

Una posible vía de superación del problema viene dada por el carácter normativo del concepto de resolución. Si su dictado por un funcionario competente no fuera la única manera de producir una resolución, la omisión de dictarla no tendría que suponer la inexistencia de resolución en todos los ca-

¹⁴ A pesar de la falta de precisión, con este desarrollo el TS parece situarse cercano al planteamiento de GONZÁLEZ CUSSAC 2023, p. 739, para quien «se trata de un delito de lesión, pero no de resultado material. Éste no queda abarcado en el tipo, y por consiguiente se trata de un delito de mera actividad». Por el contrario, aunque sin argumentarlo, considera que «ha de considerarse de resultado» ESQUINAS VALVERDE 2023, p. 543.

¹⁵ STS 1382/2002, de 17 de julio, FD 2.

sos. Y, en efecto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce esta posibilidad de generación sin dictado de resoluciones, por medio de la institución del silencio administrativo.

Esta vía, que había sido apuntada por la doctrina, es mencionada por el Tribunal Supremo en la decisiva STS 784/1997, de 2 de julio (apdo. I), que incluye una referencia a cómo «la admisibilidad de la comisión por omisión especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa». Esta mención a la Ley 30/1992, sin embargo, es meramente eso, una mención, dado que sus preceptos no son objeto de análisis, ni en esta ni en ninguna de las otras SSTS que afirman la posibilidad de prevaricación en comisión por omisión y citan dicha ley como apoyo¹⁶. El TS tampoco ha analizado los preceptos relativos al silencio administrativo de su sucesora, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así las cosas, ha de concluirse que el Tribunal Supremo, a pesar de que en la sentencia que inaugura esta doctrina consideró que la regulación administrativa de la materia era «especialmente» importante para fundamentar la admisibilidad de la comisión por omisión, no ha considerado seriamente esta posibilidad, probablemente por considerarla innecesaria dado el éxito aplicativo de su propia doctrina sobre la materia.

Algo más en serio se ha tomado esta posibilidad la doctrina, si bien tampoco puede decirse que la propuesta sea globalmente satisfactoria. Una mayoría de posicionamientos hace referencia a la legislación administrativa y a la categoría de «actos presuntos» y la eficacia jurídica del silencio administrativo, pero sin explicar cuál es el impacto concreto de esta regulación en la materia¹⁷ y, en especial, sin considerar la crucial distinción entre los efectos

¹⁶ SSTs 493/2023, de 22 de junio FD 4; 294/2019, de 3 de junio, FD 9; 771/2015, de 2 de diciembre, FD 4 y 731/2012, de 25 de septiembre, FD 12. Esta última afina más y apunta, en el contexto de la discusión sobre el presupuesto de equivalencia del artículo 11 CP, lo siguiente: «Precisamente porque la tal equiparación se tiene por concurrente conforme a la ley administrativa citada entre actos presuntos y expresos, se admitieron en tales hipótesis las modalidades de comisión por omisión del delito del artículo 404 del Código Penal». Sin embargo, como se verá a continuación, tal equiparación solo se puede considerar *prima facie* dada en el caso del silencio administrativo positivo en procedimientos iniciados por el interesado, en modo alguno de forma general.

¹⁷ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE 2021, p. 930, quien solo menciona la cuestión, o ESQUINAS VALVERDE 2023, p. 542, quien afirma que, si bien cabe la prevaricación por silencio administrativo, «la omisión ha de considerarse excepcional y no ampliarse a todos los casos en los que la administración simplemente no actúe», pero no ofrece criterios para saber en qué casos cabe y en cuáles no.

del silencio positivo y el negativo¹⁸. En la actualidad¹⁹, el artículo 21 de la Ley 39/2015 establece la obligación de la Administración de resolver en 3 meses si no se establece otro plazo, y en cualquier caso en no más de 6, salvo que una norma con rango de ley o el Derecho de la UE así lo permitan. Tras los supuestos de suspensión y ampliación del plazo (arts. 22 y 23 Ley 39/2015), los artículos 24 y 25 Ley 39/2015 regulan el silencio administrativo, diferenciando entre los procedimientos iniciados a solicitud de interesado y los abiertos de oficio.

Advirtiendo de que en ambos casos la Administración sigue obligada a resolver, el silencio tiene estos efectos según el tipo de procedimiento:

a) Conforme al artículo 24.1 Ley 39/2015, en los iniciados a solicitud de interesado el vencimiento del plazo sin notificación de resolución expresa legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo, salvo que una norma con rango de ley o de la UE o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario (como sabemos muchos administrados, esta excepción normativa no es en absoluto excepcional estadísticamente); incluso en estos casos, el silencio tiene efecto negativo en procedimientos sobre ejercicio del derecho de petición (art. 29 CE), en aquellos cuya estimación suponga que se transfirieran facultades relativas al dominio o al servicio público, en los que impliquen el ejercicio de actividades lesivas del medio ambiente y en los de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. El silencio es también desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio a solicitud

¹⁸ Así, GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 735, uno de los pioneros en la consideración de la normativa administrativa anterior (1997, pp. 87-90), quien entiende que «en el contexto de la norma en el conjunto del ordenamiento la omisión podría estimarse equivalente a dictar la resolución» y que «el principal argumento al respecto se encuentra en los artículos 42 ss. de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común [*scil.*: ahora artículo 24 de la Ley 39/2015], toda vez que en ellos se otorga determinada eficacia a la pasividad de la administración, al silencio administrativo, a los llamados actos presuntos». Sí tratan la cuestión HAVA GARCÍA, 2019, pp. 44-49, y, desde años atrás, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, 2011, p. 1144, que consideran que los actos presuntos son en sí resoluciones dictadas, y por tanto no hace falta acudir a la comisión por omisión (algo que parece cuestionable: los actos presuntos son resoluciones, pero no dictadas, y en cualquier caso no dictadas por el funcionario, sino surgidas *ope legis*). Sobre la materia destaca el exhaustivo y distintivo tratamiento de la cuestión de CASAS HERVILLA 2020, pp. 79-94.

¹⁹ Prescindimos en esta contribución del análisis de la regulación ya derogada de la materia en la Ley 30/1992, artículos 42 a 44. Al respecto, v. CASAS HERVILLA 2020, pp. 81-84, quien con razón apunta que la posibilidad de prevaricación en comisión por omisión se reducía a los supuestos de silencio positivo, y esto solo tras la reforma operada por Ley 3/1999, de 13 de enero (posterior por tanto a la STS 784/1997, de 2 de julio), que por primera vez equiparó, en el caso de los expedientes iniciados a instancia de parte, la estimación por silencio positivo y la obtenida mediante acto estimativo expresa, situación no alterada por la reforma efectuada por Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

de los interesados (excepto el recurso de alzada contra la desestimación por silencio de una solicitud por transcurso del plazo).

b) En los abiertos de oficio (art. 25 Ley 39/2015), si pudiera derivarse reconocimiento o constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieran comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio negativo. En los procedimientos sancionadores o de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad.

El artículo 24.2 Ley 39/2015 establece que la estimación por silencio administrativo se considera «a todos los efectos» acto administrativo finalizador del procedimiento y el 24.3 a) que la resolución expresa posterior a ese acto sólo podrá dictarse en caso de ser confirmatoria. Por el contrario, el mismo artículo 24.2 indica que la desestimación por silencio administrativo tiene como único efecto permitir a los interesados interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo procedente, y el 24.3.b) que en este caso se podrá dictar resolución expresa sin vinculación alguna.

En resumen, el silencio positivo en caso de procedimientos iniciados por el interesado genera un acto administrativo presunto, pero completamente equivalente al acto expreso, y este conforme al artículo 24.4 Ley 39/2015 se podrá hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, mientras que el negativo no lo hace. De cara a nuestra indagación, por tanto, solo podrá entenderse que a pesar de la omisión del funcionario se ha generado un acto administrativo en supuestos de silencio positivo en procedimientos iniciados por el interesado. Será en esos supuestos en los que habrá de plantearse si se da la equivalencia material entre acción y omisión exigida por el primer párrafo del artículo 11 CP²⁰.

El régimen anterior tiene importantes consecuencias, ya que deja fuera no solo los casos de silencio negativo, sino también los de ejercicio *ex officio* de potestades administrativas sancionadoras o de intervención y aquellos en los que ni siquiera hay procedimiento, en absoluto ajenos a la praxis sancionadora de la Sala II. Así, no están incluidos los casos en los que la Administración por sus propios medios o por denuncia de particular conoce una situación ilícita y decide sin embargo no sancionar o no tomar medidas cautelares (supuesto este segundo en el que condena la STS 294/2019, de 3 de junio); y

²⁰ De modo distinto, CASAS HERVILLA 2020, p. 92, quien entiende que en los casos de silencio administrativo positivo no puede hablarse de comisión por omisión del funcionario que debería haber dictado el acto, sino de conducta activa. El razonamiento de Casas se fundamenta en una premisa, la imposibilidad de dominio del hecho en la comisión por omisión (p. 89), que no compartimos.

tampoco están incluidos aquellos en que, indebidamente, el procedimiento ni se inicia (supuesto en el que la STS 1093/2006, de 18 de octubre, confirma la condena a un alcalde que no inició el procedimiento de baja de oficio de unos empadronamientos indebidos, hechos con finalidad electoral, a pesar de haber sido instado por otro organismo público).

Otras dos circunstancias limitan ulteriormente la posibilidad de integrar la tipicidad de la prevaricación con la regulación del silencio administrativo.

En primer lugar, si lo que se imputa es el acto administrativo obtenido por silencio administrativo, este usualmente no cumplirá con la exigencia de arbitrariedad de la resolución: si un particular pide algo a lo que tiene derecho y ante la inactividad del funcionario que ha de decidir se le concede por silencio administrativo, ese acto administrativo presunto de concesión solo será arbitrario cuando la solicitud del particular sea radicalmente disconforme a Derecho y por tanto también lo sea el acto administrativo presunto de concesión. Esto deja el ámbito cubierto por el silencio administrativo todavía más reducido: abarcará solo actos presuntos generados por silencio administrativo positivo en procedimientos iniciados por particulares cuyas peticiones se desvíen groseramente de la legalidad²¹. Como además se trata de un tipo doloso, el único supuesto político-criminalmente relevante alcanzado será el de connivencia del funcionario con el particular para que este presente una solicitud legalmente inatendible con el objetivo de que le sea concedida por silencio administrativo ante la omisión de resolución del funcionario. Se trata de un supuesto sin duda grave, pero no común, o al menos no usualmente detectado por el sistema de justicia penal: ninguna de las dieciséis STSS posteriores al Acuerdo del Pleno no gubernativo de la Sala II de 30 de junio de 1997 que hemos podido encontrar juzga un caso con esta estructura.

En segundo lugar está la cuestión temporal. Hemos visto que el plazo de resolución en ausencia de uno más específico es de tres meses, y no puede hablarse de acto presunto por silencio administrativo positivo antes de que este transcurra. En la mayoría de los supuestos resueltos por la jurisprudencia, el transcurso de ese plazo, y de otros considerablemente menores, daría al traste con el interés de los ciudadanos involucrados. Piénsese en supuestos como los de las SSTS 38/1998, de 23 de enero, y 674/1998, de 9 de junio, en los que se solicitaron certificados necesarios para pedir una subvención y la prestación de desempleo, respectivamente. En ambos casos, los certificados se expedían usualmente en cuestión de días, pero la animosidad del funcionario competen-

²¹ Detecta este problema el que hasta hace poco era el único tratamiento monográfico de la cuestión, ARribas López 2015, pp. 1226-1227. La materia ha sido luego tratada monográficamente por MAGRO SERVET 2023, si bien se trata más bien de un comentario a la STS 493/2023, de 22 de junio, de la que él mismo es ponente y que se analiza más abajo.

te le llevó a no hacerlo. La infracción del principio de igualdad con el resto de administrados es evidente, y axiológicamente la situación resulta merecedora de sanción. Sin embargo, hasta que no pase el plazo de que se trate no podrá hablarse de resolución presunta²².

Como conclusión parcial de este apartado, puede decirse que la alusión al Derecho administrativo y al régimen de los actos presuntos funciona casi exclusivamente como un mantra, con poderosos pero inexplicados efectos: una vez hecha, se considera que en todos los supuestos de omisión de resolver por parte del funcionario estamos ante una resolución presunta y por tanto cabe hablar de comisión por omisión. Como se ha visto, sin embargo, esto no es, ni de lejos, lo que la regulación administrativa de la materia permite concluir. La última STS sobre la materia muestra la vis expansiva de la doctrina de la Sala Segunda sobre la posibilidad de prevaricación en comisión por omisión, así como la ausencia de cualquier punto de contacto con la legislación administrativa. A su análisis se dedica el último apartado de esta contribución, en homenaje a nuestro querido compañero Enrique Peñaranda.

V. LA STS 493/2023, DE 22 DE JUNIO: ¿COMISIÓN POR OMISIÓN DE RESOLUCIONES DICTADAS EN EL PASADO POR OTRAS PERSONAS U OMISIÓN PURA DE EVITAR EFECTOS ILÍCITOS?

La STS 493/2023, de 22 de junio, decide un recurso de casación frente a la sentencia de una audiencia provincial que había condenado a un alcalde y a un concejal como autores de dos delitos de prevaricación y a un particular (el único absuelto por el TS) como cooperador necesario. En el caso del alcalde, estos delitos se describen como sigue (FD 2):

«En primer lugar, [...] se le condena por prevaricación por comisión por omisión al no haber paralizado las obras, comenzadas antes de ostentar el cargo de alcalde de Villarreal, porque la Sentencia considera que no tenían cobertura contractual [...] En cuanto a las obras en la segunda planta de la casa consistorial, señala que se le condena por comisión por omisión, en tanto su condición de alcalde, ostentaba una posición de garante y omitió su obligada actuación, no impidiendo la realización de las obras».

²² Y esta, se recuerda lo que se acaba de decir, difícilmente podrá considerarse arbitraria, porque el silencio positivo supondrá acceder a la solicitud lícita del administrado. Como en la anterior nota, también detecta este problema ARRIBAS LÓPEZ 2015, pp. 1227-1228. Su propuesta de solución de ambas dificultades es objeto de crítica en el apartado dedicado al análisis de la STS 493/2023, de 22 de junio, dado que esta es acogida por dicha sentencia, recogiendo como veremos incluso de forma literal, aunque sin citar la fuente.

La STS, con voz propia o recogiendo con aprobación lo que dice la de instancia, indica hasta en tres ocasiones para cada una de las dos obras por las que se condena que «no se ha dictado ningún tipo de resolución para su adjudicación, sino que ha sido meramente verbal». Sin embargo, en atención a la muy reiterada jurisprudencia de la misma Sala II, conforme a la cual la resolución exigida por el tenor literal del artículo 404 CP puede dictarse de manera verbal, ha de concluirse lo contrario: en ambos casos las obras fueron adjudicadas mediante resolución, aunque esta fuera dictada de forma verbal y prescindiéndose de cualquier procedimiento (extremo este último en el que residiría su arbitrariedad típica)²³.

Dichas prevaricaciones, activas, se habrían consumado en el momento en que se dictó cada una de las resoluciones²⁴. Que luego se procediera a llevar a cabo las obras ya no tiene que ver con ese delito de prevaricación, y esto es objeto de expreso reconocimiento en la sentencia de instancia, en la que se recoge, refiriéndose al alcalde y concejal condenados, que «se desconoce su actuación anterior, y si ellos tuvieron algún tipo de relación con los hechos [la primera prevaricación, *scil.*], puesto que nada de ello se ha acreditado. Pero a partir del momento en el que ambos adquirieron sus nuevas responsabilidades políticas en el Ayuntamiento, debieron haber paralizado las obras, y comprobar cuál era la verdadera situación de las mismas, y su legalidad»²⁵.

En la última frase de la cita anterior reside el meollo de la cuestión. El alcalde y el concejal condenados no responden por la resolución verbal anterior, puesto que expresamente se reconoce que no hay pruebas de que tuvieran «algún tipo de relación con los hechos». Responden por no impedir consecuencias postejecutivas fácticas (hacer una obra) que se relacionan con un de-

²³ Sobre ambos extremos (posibilidad de resoluciones verbales y omisión de procedimiento como supuesto de la arbitrariedad exigida por el tipo), v. ORTIZ DE URBINA GIMENO 2025, pp. 397 y 399.

²⁴ Esto es claro en ambos casos, pero más en el de la segunda obra. La STS recoge hasta en cinco ocasiones que la resolución de instancia declaró probado que esta «se adjudicó de forma directa», sin ningún procedimiento, y el propio TS afirma que «directamente se adjudica la obra a la misma empresa y el alcalde ahora recurrente fue el responsable directo de ello». De ser esto cierto esto último, es decir, si el alcalde fue responsable directo de la adjudicación, como literalmente afirma el TS, no tendría el menor sentido hablar de una comisión por omisión: se trataría de una prevaricación activa mediante resolución de adjudicación verbal.

²⁵ En este punto, la STS se separa del relato fáctico declarado probado por la de instancia, afirmando que los recurrentes sí intervinieron en la toma de dicha resolución: «En el primer caso se trocean las facturas para evitar la licitación pública y los recurrentes formaron parte de lo actuado» (FD 2, énfasis añadido). De ser como afirma el TS (y prescindiendo de la inadecuación constitucional de alterar los hechos declarados probados en la instancia sin inmediación), los recurrentes ante el TS, entonces concejales, habrían debido de responder por comisión activa, aun cuando pudiera no ser a título de autoría («pudiera»: dado que la STS no refleja ni quién tomó verbalmente la resolución ni a quién hubiera correspondido tomarla de forma legal, no se puede ser más preciso).

lito anterior, el de prevaricación, pero que no son su resultado típico²⁶, ni en sí mismas constitutivas de delito²⁷. Y, se dice, responden de estas consecuencias porque son garantes. Como en otras muchas resoluciones del Tribunal Supremo, sin embargo, la existencia de posición de garante no se motiva, sino que se entiende ínsita al puesto desempeñado, en este caso el de alcalde. Así se recoge en diversas ocasiones en la STS, de nuevo tanto mediante la cita aprobadora de la resolución de instancia como con afirmaciones de propio cuño²⁸. Sin embargo, y a pesar de referirse expresamente a la existencia («evidente», «clara») de «un deber jurídico de actuar» que incumbiría al alcalde, no se cita ningún precepto que fundamente su existencia²⁹.

Al menos en esta sentencia, la falta de interés por precisar la fuente (y los límites) del deber de garantía tiene su explicación en que el TS no opera realmente sobre la base de una posible comisión por omisión con base en una resolución presunta conforme a los criterios jurídico-administrativos, sino siguiendo una propuesta de desvinculación total de estos criterios por razones explícitamente político-criminales. Esta singular propuesta, por lo que alcanzamos sin acogida doctrinal diez años después de su publicación, es la de

²⁶ Ni siquiera considerando que el resultado típico es, como se vio *supra* III que viene haciendo el TS, el «daño no por inmaterial menos efectivo» de la merma de credibilidad de las instituciones ante la ciudadanía.

²⁷ No, desde luego, de malversación. La STS (FD 3) recoge cómo en la de instancia se indica, sobre la primera obra, que «nada se ha acreditado sobre un perjuicio causado a la ciudad, ya que ninguna prueba pericial se ha realizado para comparar en su caso, el gasto realmente producido» y, sobre la segunda, que «Tampoco se conoce si dicha obra ha producido algún perjuicio económico a la ciudad, puesto que ninguna prueba pericial comparativa se ha practicado». Cuestión distinta es que el conocimiento de la ilicitud previa pueda generar la responsabilidad por omisión pura de garante del artículo 408 CP, por no promover la persecución de delitos de los que tenga conocimiento, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

²⁸ FD 2: «La consiguiente posición de garante en la que estaba situado el recurrente queda implícita en su condición de alcalde»; «las responsabilidades del recurrente como alcalde eran evidentes»; FD 3: «Tenía un (*sic*) función de garante, y ello deviene de sus funciones y atribuciones establecidas por la Ley»; «Resultaba evidente la arbitrariedad seguida (*sic*) por el recurrente, el conocimiento de la injusticia y su obligación de garante»; «Resulta evidente la posición de garante del recurrente por su condición de alcalde y conocedor de lo que estaba pasando, facilitándolo todo con su comisión por omisión»; «El recurrente era titular de un deber normativo, un deber jurídico, de actuar, que le incumbía conforme con la legalidad aplicable»; «Estaba claro su deber de garante. Se trataba del alcalde».

²⁹ Este es como se ha dicho el proceder habitual en la jurisprudencia. Por lo que podemos ver, solo se separan de él dos resoluciones. Por un lado, la STS 2056/2000, de 5 de enero de 2001, que ordena la retroacción, para nueva motivación, de una sentencia de condena a un alcalde por no proporcionar los medios personales necesarios para el disfrute de la prestación de asistencia domiciliaria que había sido concedida a una vecina. La sentencia casada no explicaba ni cuáles eran los medios necesarios ni cuáles las fuentes del deber de garantía, ni si la dotación de tales medios era competencia del alcalde, razón por la que se ordena la retroacción. Por su lado, la STS 731/2012, de 25 de septiembre, casa parcialmente la de instancia dando la razón al recurrente en cuanto a la inadecuación de la condena por prevaricación omisiva, toda vez que, si bien hubo omisión, esta carecía de parecido estructural con la conducta activa: «en tales supuestos no cabe equiparar el genérico incumplimiento de cualquier deber de actuar. Así no cabe equiparar la mera ausencia de procedimiento, o su no iniciación con la adopción de una resolución de manera presunta o por silencio [...] Menos aún cabría tomar en consideración una genérica y abstracta omisión en el cumplimiento del deber de inspeccionar el funcionamiento de la contratación por el Ayuntamiento».

Arribas López. Este autor afirma que «lo normal» es que a la resolución arbitraria le sigan efectos o consecuencias injustas, «de alguna forma perceptibles y que, al lado de la simple resolución y para nosotros, *también deben contemplarse como resultado del delito de prevaricación*»³⁰. Arribas propone una doble configuración del tipo de prevaricación según su modo de comisión: si esta es activa, lo importante es el dictado de la resolución arbitraria, mientras que si es omisivo, «la atención debemos dirigirla primero a las consecuencias o efectos de la conducta administrativa inhibitoria y, a partir de la valoración de aquéllos, indagar si el dictado de una resolución adecuada los hubiese podido impedir, pues, realmente, en la falta de resolución estaría la esencia de la conducta prevaricadora»³¹. A pesar de que su autor describe su propuesta como dogmática, se trata antes bien de una invitación político-criminalmente motivada a olvidarse de la dogmática para conseguir resultados que se consideran axiológicamente adecuados: si el tipo exige una resolución, no es de recibo (dogmático) ignorar esa exigencia y, so pretexto de subsunción vía artículo 11 CP, añadir a la imperfecta descripción del legislador una omisión pura, consistente en dejar surgir o subsistir situaciones de ilicitud (no necesariamente penal) que sean evitables con el dictado de una resolución.

La idea es claramente acogida en el FD 4 de la STS, cuando se indica que «en el delito de prevaricación omisiva consideramos el resultado de la forma indicada, observando primero la consecuencia o efecto y luego la resolución administrativa que hubiera podido evitarlo, como un todo que integra el resultado delictivo»³². Sin embargo, existe una importante diferencia. Arribas es claro a la hora de reconocer que cuando habla de «resolución presunta» lo hace «en un sentido lato pues, en ocasiones, habrá nacido al tráfico jurídico en estricta aplicación de las reglas del silencio administrativo pero en otras no»³³. Es decir, que reconoce estar utilizando el mismo nombre, «resolución presunta», para conceptos distintos, y que el que él propone se independiza del usado por el ordenamiento administrativo. La STS que se analiza, por el contrario, afirma (FD 4) que «la norma que tipifica este delito debe interpretarse sistemáticamente

³⁰ ARRIBAS LÓPEZ 2015, p. 1213, cursivas en el original.

³¹ ARRIBAS LÓPEZ 2015, p. 1215.

³² Párrafo que, salvo en el uso de la cursiva, surge entero de este otro de Arribas, 2015, p. 1216: «si en el delito de prevaricación omisiva consideramos el resultado de la forma indicada, *observando primero la consecuencia o efecto y luego la resolución administrativa que hubiera podido evitarlo, como un todo que integra el resultado delictivo*, no debemos tener ninguna dificultad para aplicar la cláusula general que contiene el artículo 11 del CP» (cursiva en el original). Para en la medida posible verificar el sentido de la influencia, hemos buscado la frase anterior en la jurisprudencia, encontrando que solo la STS que se comenta la incluye. Dado que esta es ocho años posterior al artículo de Arribas, parece lógico concluir que este ha sido la fuente de inspiración de aquella y no al revés.

³³ ARRIBAS LÓPEZ 2015, p. 1235.

te, esto es, en armonía con las demás normas que regulan prevaricaciones, como la judicial (donde no es posible abstenerse de dictar resolución), y en armonía también con la normación administrativa sobre el particular (silencio administrativo), de suerte que «puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado (“resolución”) la aparición de éste cuando el sujeto, el funcionario, hubiera podido impedir la cumpliendo su deber jurídico de actuar».

Ninguna de las dos anteriores afirmaciones es cierta. No lo es, obviamente, que una propuesta que no se ocupa en absoluto del concepto de silencio administrativo pueda considerarse «armónica» con la normativa de dicho sector del ordenamiento. Y tampoco lo es que una interpretación sistemática de las distintas formas de prevaricación en el Código penal lleve a la conclusión (o siquiera la apoye de alguna forma) de que bajo la guisa de la comisión por omisión haya de admitirse una omisión pura de evitar consecuencias indeseadas como forma de prevaricación: en el caso de la prevaricación judicial, porque en ella sí se regulan casos de omisión total (art. 448 CP) y temporal (art. 449) de decisión; y en el de las prevaricaciones específicas de los artículos 320.1 CP en materia de ordenación del territorio y 329.1 CP en materia medioambiental, porque estas incluyen supuestos específicos de omisión pura; indicación de que, cuando el legislador ha querido, las ha introducido.

El anterior análisis muestra la inadecuación, por falta tanto de coherencia como de transparencia, del intento de ahormar la teoría de la comisión por omisión para alcanzar comportamientos que en realidad son omisiones puras. *Lege ferenda*, si axiológicamente se entiende que estas modalidades omisivas deben castigarse (y motivos no parecen faltar), lo adecuado es, en la línea de las referidas prevaricaciones especiales, introducir un precepto específico.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio: *La omisión impropia en los delitos de prevaricación administrativa*, Revista de Derecho UNED 16, 2015, pp. 1207-1235.
- CASAS HERVILLA, Jordi: *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*. Madrid 2020.
- CHILOVI, Samuele: *The Metaphysics of Legal Facts*, Cambridge 2025.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Omisión e Injerencia en Derecho penal*. Madrid-Valencia 2006.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *Delitos contra la administración pública (I)*, en Marín de Espinosa Ceballos, Elena (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. 3.ª ed., Valencia 2023, pp. 535-559.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Delitos contra la administración pública (I)*, en el mismo (coord.): Derecho penal. Parte especial. 8.^a ed. Valencia 2023, pp. 729-754.
- El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos. 2.^a ed., Valencia 1997.
- HAVA GARCÍA, Esther: Los delitos de prevaricación. Cizur Menor, 2019.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3.^a ed., Valencia 2016.
- MAGRO SERVET, Vicente: *La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva*, La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, 164, 2023 (Ejemplar dedicado a: Delito fiscal y blanqueo de capitales).
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte General, 9.^a ed., a cargo de Gómez Martín, Víctor, Barcelona 2011.
- MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *Art. 404*, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), Morales Prats, Fermín (Ed.): Comentarios al Código Penal Español. tomo II. 6.^a ed, Cizur Menor 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial, 23.^a ed., puesta al día por López Peregrín, Carmen. Valencia 2021.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: La prevaricación del funcionario público. Madrid, 1980.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: *Delitos contra la administración pública*, en Silva Sánchez, Jesús (dir.) y Ragués i Vallès, Ramon (ed.): Lecciones de Derecho penal. Parte especial. 10.^a ed., Barcelona 2025, pp. 393-431.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.: El delito de omisión, Barcelona 1986.

ANEXO

Listado de sentencias analizadas y usadas en el estudio

- 1) STS 784/1997, de 2 de julio, pte. Granados Pérez –ECLI:ES:TS:1997:4693–.
- 2) STS 674/1998, de 9 de junio, pte. Conde Pumpido –ECLI:ES:TS:1998:3781–.
- 3) STS 190/1999, de 12 de febrero, pte. Jiménez Villarejo –ECLI:ES:TS:1999:919–.
- 4) STS 2056/2000, de 5 de enero de 2001, pte. Bacigalupo Zapater –ECLI:ES:TS:2001:45–.
- 5) STS 647/2002, de 16 de abril, pte. Abad Fernández –ECLI:ES:TS:2002:2679–.
- 6) STS 1382/2002, de 17 julio, pte. Giménez García –ECLI:ES:TS:2002:5417–.
- 7) STS 2087/2002, de 31 de enero de 2003, pte. García Ancos, –ECLI:ES:TS:2003:587–.
- 8) STS 1093/2006, de 18 de octubre, pte. Granados Pérez –ECLI:ES:TS:2006:7428–.
- 9) STS 133/2011, de 15 de febrero, pte. Saavedra Ruiz, –ECLI:ES:TS:2011:1298–.

- 10) STS 731/2012, de 25 de septiembre, pte. Varela Castro –ECLI:ES:TS:2012:6685–.
- 11) STS 605/2013, de 8 de julio, pte. Soriano Soriano –ECLI:ES:TS:2013:3860–.
- 12) STS 244/2015, de 22 de abril, pte. Giménez García –ECLI:ES:TS:2015:2050–.
- 13) STS 771/2015, de 2 de diciembre, pte. Colmenero Menéndez de Lúcar, –ECLI:ES:TS:2015:5610–.
- 14) STS 82/2017, de 13 de febrero, pte. Conde-Pumpido –ECLI:ES:TS:2017:446–.
- 15) STS 294/2019, de 3 de junio, pte. Lamela Díaz –ECLI:ES:TS:2019:1801–.
- 16) STS 493/2023, de 22 de junio, pte. Magro Servet –ECLI:ES:TS:2023:2900–.

8. DELITOS DE ODIO: UN ANÁLISIS DEL FEMINICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ¹

Profesora de Derecho Penal

Universidad del Rosario

*σε πόλεις Ἀγυπτιακές πολλές να πᾶς, να μάθεις και να μάθεις ἀπ' τους
σπουδασμένους.*

Ιθάκη

Κωνσταντίνος Π. Καβάφης
(1911)²

I. INTRODUCCIÓN

De camino a Ítaca, recomendó Cavafis detenerse en Egipto para aprender de sus sabios³. Durante el largo recorrido que implicó la realización de mi tesis doctoral, me *detuve* varios años en la Universidad Autónoma de Madrid. Allí, el profesor Enrique Peñaranda Ramos fue uno de esos sabios de los que aprendí. No habrá nunca palabras suficientes para agradecer su apoyo, su cariño y su generosidad a la hora de compartir conmigo su sabiduría. Sabiduría que se ve reflejada en su extensa y diversa obra.

¹ Profesora principal de carrera y directora del grupo de investigación en Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá-Colombia). Integrante adherente y miembro del Comité ejecutivo de la Red latinoamericana de académicas y académicos del derecho –Red ALAS y coeditora de la Revista *IusGénero América Latina*– IGAL. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Orcid ID: 000-0003-3893-5074. Contacto: mariaca.correa@urosario.edu.co.

² «Ve a muchas ciudades egipcias a aprender, a aprender de sus sabios». Ítaca. Constantino Cavafis, 1911.

³ CAVAFIS, 2013, p. 100.

El profesor Peñaranda se ha ocupado de múltiples cuestiones relativas tanto a la teoría del delito como a la parte especial del derecho penal. Ello lo sitúa, sin duda, como uno de los referentes obligatorios a la hora de aproximarse a casi cualquier tema relativo al derecho penal. Su obra se ha caracterizado por una preocupación constante por preservar las bases del derecho penal liberal y por evitar que este se convierta en una herramienta al servicio de los poderosos en detrimento de los más débiles.

En este punto encuentro un tema común con el acá homenajeado. En mi caso, esta preocupación la he tratado de hacer evidente a través del tratamiento que les da el derecho penal a las mujeres que, de una u otra forma, entran en conflicto con el derecho penal, bien sea como víctimas o como agresoras. En las páginas que siguen me propongo trasladar los planteamientos de Peñaranda sobre los delitos de odio o discriminación al análisis del tipo penal de feminicidio previsto en el artículo 104A del Código Penal colombiano (en adelante, CPc.). Se trata de una figura que, en no pocas ocasiones, ha sido criticada por fundamentar su mayor punibilidad, en comparación con el homicidio, en los motivos del autor. Críticas que Peñaranda aborda y supera de manera convincente en su texto «Delitos de odio y derecho penal de la culpabilidad», publicado en 2021 en el libro titulado «Reflexiones académicas sobre los delitos de odio».

Debo confesar, además, que este trabajo responde también a una pretensión personal y, por tanto, política: respaldar, desde los planteamientos generales del autor homenajeado, la tipificación autónoma del feminicidio en Colombia. Pretensión que considero, a su vez, una forma de rendirle homenaje a Enrique Peñaranda Ramos, quien siempre ha sostenido que un derecho penal que no protege a los grupos históricamente discriminados termina reproduciendo y reforzando dinámicas de exclusión.

Con este objetivo, en primer lugar, expondré las ideas centrales del texto mencionado. A continuación, analizaré el delito de feminicidio en la legislación penal colombiana para, finalmente, examinarlo a la luz de los planteamientos de Peñaranda, destacando la proyección y universalidad de sus aportes.

II. «DELITOS DE ODO Y DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD»: LOS APORTES DE ENRIQUE PEÑARANDA

El punto de partida del referido artículo es «salir al paso» de los reparos que se la han hecho a las agravaciones de la responsabilidad penal que se basan

en motivos censurables⁴. Dichos reparos hacen referencia a la legalidad de mencionadas situaciones de agravación y la compatibilidad de estas con el derecho penal liberal y sus principios rectores, tales como los de hecho y culpabilidad⁵. A los ojos de Peñaranda, contrario a lo anterior, «la toma en consideración –como factor de determinación de la pena en un sentido agravatorio de esa clase de motivos del agente no implica la adhesión a un Derecho penal del ánimo o de autor, ni tampoco la adscripción a una concepción de la culpabilidad o la responsabilidad personal basada en un reproche de la actitud interna del sujeto que vaya más allá de la culpabilidad o responsabilidad por el propio hecho antijurídico cometido, sino que puede fundarse precisamente en la posibilidad de una plena atribución o imputación personal de ese hecho al sujeto que lo perpetró, al no poder distanciarse siquiera mínimamente del mismo»⁶.

Los delitos de odio son, según Peñaranda, «cualquier infracción penal cometida por alguno de los motivos a los que se refiere la circunstancia cuarta del artículo 22 del Código Penal [español]»⁷, a saber motivos racistas, antisemitas, antigitanos o discriminación por ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad. En últimas, para el acá homenajeado, los delitos de odio son aquellos que se cometen por motivos discriminatorios o prejuiciosos.

Existen dos modelos para definir o delimitar los delitos de odio. Por un lado, se encuentra el «modelo de selección discriminatoria» consistente en definir estas conductas de una característica objetiva propia, es decir, su capacidad para provocar efectos discriminatorios o perpetuar la discriminación en el grupo o colectivo del que hace parte la víctima⁸. Por el otro, el «modelo del ánimo» en el que lo central es que el agresor cometa la conducta punible por motivos discriminatorios contra la víctima «basados en determinados rasgos o características personales que identifica en ella»⁹. A juicio de Peñaranda, el fundamento del numeral 4 del artículo 22 del Código Penal español responde al segundo modelo¹⁰.

Partiendo de esta base, el homenajeado procede a resolver la tensión relativa a si una agravación de la pena, fundamentada en los motivos del autor,

⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 7.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 7.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 7.

⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 8.

⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 9. En la misma línea: AZUA BATARRITA, 2020, pp. 371 y 372.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 9.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 9

es compatible con un derecho penal liberal y con la culpabilidad, como «presupuesto indispensable de la responsabilidad penal»¹¹ o si se trata de una manifestación del derecho penal de autor.

En primer lugar, siguiendo a Díaz López¹², afirma Peñaranda que los motivos internos del autor deben carecer, por sí mismos, de importancia en un estado en el que se defiende la idea liberal de la responsabilidad penal¹³. Sin embargo, a su juicio tampoco se debe olvidar que «no todos los motivos son iguales»¹⁴ y que el derecho penal ha considerado algunos motivos para excluir, atenuar o agravar la responsabilidad, dependiendo de si se trata de razones aceptables o contrarias al ordenamiento jurídico¹⁵. Así, se podría afirmar que –a los ojos del acá homenajead– no toda motivación del autor, que sea tenida en cuenta por el derecho penal, es contraria –por fuerza– al derecho penal de acto.

En segundo lugar, afirma que se debe partir de la comprensión de la culpabilidad como «presupuesto de atribución o imputación de la responsabilidad penal por el hecho antijurídico cometido»¹⁶. Así, lo único que se le imputa al autor, en sede de culpabilidad, es el hecho antijurídico que realizó y «no un desvalor adicional de cualquier otra clase»¹⁷. En este sentido, la culpabilidad filtra la conducta antijurídica, generando que la atribución de responsabilidad pueda no ser posible, impidiendo la configuración de la responsabilidad penal, o ser parcialmente posible, dándose una responsabilidad igualmente parcial. Partiendo de lo anterior, parece que una circunstancia agravante por los motivos presupone un incremento de la antijuridicidad del hecho. Sin embargo, no tendría sentido que –una vez filtrada la conducta en el juicio de culpabilidad– esta resultara incrementada.

A este aparente sinsentido responde Peñaranda cuando afirma que «no es cierto que la pena prevista para un determinado delito, que ésta comprendida en un mínimo y un máximo [...], implique necesariamente la imputación de

¹¹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 10.

¹² DÍAZ LÓPEZ, 2013.

¹³ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 10.

¹⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 11.

¹⁵ Así, por ejemplo, el numeral 3 del artículo 55 del CPc. Consagra, como una circunstancia de mayor punibilidad, el hecho de que la conducta punible se realice «inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o situación de discapacidad de la víctima». Por su parte, el artículo 106 del mismo estatuto penal, a través de un tipo penal autónomo (Homicidio por piedad), atenúa la pena del homicidio cuando este es cometido por «piedad» con la motivación de ponerle «fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable» que padezca el sujeto pasivo.

¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 13.

¹⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 13.

todo el injusto realizado por el sujeto. Por eso mismo, también desde la perspectiva de una concepción de la culpabilidad limitada a la imputación o atribución de responsabilidad personal por el hecho antijurídico cometido, cabe imaginar la posibilidad de circunstancias de graduación de dicha culpabilidad y, en particular, de circunstancias agravantes que atiendan a situaciones en las que se suponga en el sujeto una especial capacidad para atender el mandato normativo [...] o en las que venga a expresar con una formulación positiva un contexto en el que, de antemano, quede descartada la concurrencia de una causa de exclusión o limitación de la culpabilidad»¹⁸. Así, agrega, que no hay incremento del contenido del injusto cuando es filtrado por la culpabilidad. A su juicio, las circunstancias agravantes de la culpabilidad existen debido a que los delitos se cometen en contextos sociales muy disímiles y variados y por ello tienen grados de responsabilidad igualmente diferentes. De este modo, en atención si el contexto resulta «comprensible o disculpante», el filtro de la culpabilidad resulta fuerte y solo deja pasar una parte de la conducta antijurídica. Pero si por el contrario el contexto no resulta disculpante, entonces habría responsabilidad¹⁹.

En este sentido se podría concluir, preliminarmente, que, para el acá homenajeado, los denominados delitos de odio se fundamentan en las motivaciones, precisamente discriminatorias, que guían el actuar del agente. De ahí que respondan a un «modelo del ánimo». Este fundamento basado en los motivos no resulta incompatible con el Derecho Penal de la culpabilidad, entendiéndola como lo hace Peñaranda.

Ahora bien, mientras el agente no pueda distanciarse de la comisión del delito se configura el juicio de culpabilidad. Y en casos en los que lo que mueve al autor de la conducta son los motivos discriminatorios este no se puede distanciar «del hecho y su contenido de injusto», por tanto, habrá una imputación personal en toda su extensión²⁰.

De lo anterior se extrae, como es evidente, que –a juicio del acá homenajeado– no cabrían causas de exculpación para los delitos de odio y explica esta posición, de manera muy clara, cuando afirma que «el concepto y contenido material de la culpabilidad dependen necesariamente de las relaciones y valoraciones sociales y, por tanto, no pueden configurarse simplemente a través de una consideración aislada del sujeto en su completa individualidad. La culpabilidad constituye una categoría inevitablemente relacional, sensible a las ne-

¹⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 15.

¹⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 15.

²⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 20 y 21.

cesidades de pervivencia del propio orden normativo, y exige tan solo la máxima individualización de la responsabilidad que resulte aún conciliable con la vigencia de dicho orden»²¹.

III. EL DELITO DE FEMINICIDIO EN COLOMBIA

En términos generales, el feminicidio es la «Muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión»²².

Durante varios años, los movimientos de mujeres han abogado por la tipificación autónoma de esta conducta, argumentado que no se trata de un homicidio como cualquier otro, sino de la muerte de las mujeres por el hecho de ser mujeres y que, por lo mismo, no solo requiere visibilizarse y ser sancionado a través de dicha tipificación autónoma, sino debe ser llamado por su nombre²³.

En Colombia, este proceso de reconocimiento y tipificación del feminicidio inició en el año 2008 (por medio de la Ley 1257 de 2008) con la introducción de una circunstancia de agravación para el delito de homicidio. Así, se creó el numeral 11 del artículo 104 del CPc., que incrementaba la pena para el homicidio cuando este se cometiera «contra una mujer por el hecho de ser mujer». Años después, debido al caso de una mujer que fue violada, empalada y asesinada por un compañero de estudios²⁴ y, como concreción del trabajo de los movimientos de mujeres, se promulgó la Ley 1761 de 2015 mediante la cual se derogó el numeral 11 del artículo 104 y se creó el tipo penal autónomo de feminicidio y sus circunstancias agravantes (artículos 104 A y 104 B del CPc.)²⁵.

El delito de feminicidio entonces está contenido, en el artículo 104 A del CPc., como sigue:

«Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cual-

²¹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 20.

²² MESECVI, 2008, p. 6.

²³ Sobre la evolución del concepto (sobre todo en América Latina) y el recorrido sobre la tipificación autónoma del feminicidio, ver: TOLEDO, 2020, p. 40.

²⁴ Al respecto ver: AGATÓN SANTANDER, 2017, p. 157.

²⁵ Para un recorrido detallado sobre la tipificación del feminicidio en la legislación penal colombiana, ver: CORREA FLÓREZ, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2024, pp. 55-58.

quiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella».

En el año 2016, la Corte Constitucional colombiana realizó precisiones sobre la norma en cuestión, debido a que de la redacción del tipo penal se desprendía que podía configurarse el delito de feminicidio cuando se diera muerte a una mujer o a una persona que se identificara como tal, siempre que concurrieran alguna de las circunstancias previstas en la norma, aun sin que mediara un elemento subjetivo distinto del dolo, como lo son los motivos relacionados con «su condición de mujer» o «su identidad de género». Esta interpretación resultaba contradictoria, pues la finalidad de la norma es sancionar la privación de la vida motivada por razones discriminatorias vinculadas al género o a la identidad de género de la víctima, es decir, por motivos de discriminación —o de odio, en la terminología empleada por Peñaranda—²⁶. Así las cosas, la Corte Constitucional estableció que «las situaciones indicadas en los mencionados literales [literales a) al f) del artículo 104-A del CPc.] son elementos contextuales que contribuyen a revelar, a mostrar, el elemento subjetivo del tipo penal, pero que no lo reemplazan ni conllevan que pueda prescindirse de él. En consecuencia, en cada uno de tales contextos descriptivos se requiere todavía

²⁶ Sobre esto volveré más adelante.

mostrar que, efectivamente, la vida de la mujer fue suprimida ‘por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género’²⁷.

Como lo he sostenido en algún trabajo previo, de la lectura de la norma, realizada a la luz de la citada aclaración realizada por la Corte Constitucional, se puede concluir que el tipo penal de feminicidio contiene y sanciona cuatro modalidades comisivas a saber, «(1) matar a una mujer por su condición de mujer; (2) matar a una mujer por su condición de mujer cuando hayan concurrido o antecedido cualquiera de las circunstancias contextuales listadas en la propia norma; (3) matar a una persona que se identifique como mujer por el hecho de identificarse como tal y (4) matar a una persona que se identifique como mujer por el hecho de identificarse como tal, cuando hayan concurrido o antecedido cualquiera de las circunstancias referidas»²⁸.

El elemento subjetivo propio de las dos primeras modalidades comisivas²⁹ es el que hace referencia a matar a la mujer «por su condición de su mujer». Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, en igual sentido que la Corte Constitucional, al reafirmar que «en el atentado contra la vida subyace el hecho de estar motivado por su condición de ser mujer o por su identidad de género, de donde, se comete feminicidio cuando se priva de la vida a la mujer en razón de su condición»³⁰, bien en las situaciones contextuales descritas en la norma, o en otras.

Por demás, se trata de un tipo penal cualificado por el sujeto pasivo; sin embargo, esta cualificación especial no se extiende al sujeto activo de la conducta.

IV. BREVE ANÁLISIS DEL FEMINICIDIO EN EL CPC. A LA LUZ DE LOS POSTULADOS DE ENRIQUE PEÑARANDA

Antes de realizar el análisis propuesto, es de suma importancia explicar qué significa matar a una mujer por su condición de mujer, toda vez que en esta expresión, radican los motivos que, en últimas, son los que diferencian el feminicidio de un homicidio. De hecho, así lo ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que «para que la muerte

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C 539 de 2016.

²⁸ CORREA FLÓREZ, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2024, p. 60.

²⁹ Para efectos de la presente contribución, me centraré solamente en las dos primeras modalidades en las que se puede configurar el delito de feminicidio. Las modalidades 3 y 4, si bien son sancionadas a través del tipo penal denominado «feminicidio», constituyen la conducta de transfeminicidio. Al respecto ver: CORREA FLÓREZ, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2024, pp. 62-64.

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia SP512-2023(55465), 2023, p. 21.

de una mujer sea considerada feminicidio y no delito común de homicidio con esta clase de sujeto pasivo, se exige un elemento motivacional de acuerdo con el cual el atentado contra su vida está determinado *por su condición de ser mujer*»³¹.

Matar a una mujer por el ser mujer implica que la razón por la que se le quita la vida radica en la discriminación que, en estos casos, se fundamenta en los estereotipos sociales asociados al género³². Estos surgen de lo que tradicionalmente se ha entendido como *ser mujer* y *ser hombre*. Tradición social que, por demás, le ha asignado un lugar inferior a las mujeres en la estructura y que son la base de la opresión.

Cuando una mujer transgrede esas imposiciones sociales surge, a los ojos del colectivo dominante, el prejuicio y, en no pocas ocasiones, ese «prejuicio frente a lo que se percibe como no correcto o no adecuado es lo que lleva al agresor a ejercer la violencia»³³ para reestablecer el *orden social*.

El prejuicio y la discriminación se constituyen entonces como la base de la violencia³⁴. Dicho de otro modo, la violencia es la forma de actuar el o los prejuicios³⁵.

Lo anterior, en los casos de feminicidio, quiere decir que a la mujer se le mata por no ser la mujer que *debería* ser o para recordarle el lugar que ocupa en la estructura social abiertamente patriarcal. En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, el feminicidio se comete para «perpetuar el estado de dominación que se ejerce sobre una mujer y mantener las circunstancias de discriminación a las que ella está sometida»³⁶.

Ahora bien, es cierto que el análisis propuesto se centrará en un tipo penal autónomo y que los planteamientos del profesor Peñaranda hacen referencia a circunstancias de agravación genéricas, pero también lo es que nada impide que dichas reflexiones se puedan extrapolar al análisis de un delito autónomo como el de feminicidio. Ello es así porque la conducta de feminicidio sanciona la muerte (homicidio) de una mujer por motivos discriminatorios. En últimas se trata de entonces de una *especie* de homicidio agravado, por los motivos en un contexto social de discriminación.

Sin embargo, amerita una tipificación autónoma, al menos, por dos razones. La primera, porque los motivos o móviles por los que se causa la muerte

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia SP512-2023(55465), 2023, p. 20.

³² COOK Y CUSAK, 1997.

³³ CORREA FLÓREZ, Revista de derecho Penal y Criminología, 2024, p. 61.

³⁴ Sobre el concepto de violencia por prejuicio, ver: GÓMEZ, 2008.

³⁵ GÓMEZ, 2006, p. 25.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia SP1167-2022(57927), 2022, p. 18.

de las mujeres se enmarcan en uno de esos contextos de interacción social, a los que hace referencia Peñaranda, en los que se denota un alto grado de responsabilidad³⁷ que –a mi juicio– abren la puerta para que la decisión político-criminal del legislador, sea la de crear un tipo penal autónomo, más tratándose del máximo atentado contra la vida.

Es verdad que esto también es posible mediante una circunstancia de agravación genérica o específica (como la que existió en Colombia hasta 2015), sin embargo, y esta es la segunda razón, a través de la tipificación autónoma se abre la posibilidad de darle un nombre a este fenómeno violento que tenga en cuenta las experiencias propias de las mujeres como grupo poblacional históricamente discriminado y que además haga visible dicha discriminación sistemática, desde el propio derecho penal que representa el poder punitivo del estado. Mediante la creación del tipo penal de feminicidio se reconoce esta conducta, no solo como delito, sino como un fenómeno social específico que se nombra desde lo jurídico.

Por otra parte, siguiendo lo planteado por Peñaranda, el feminicidio es un delito de odio. Como se expuso anteriormente, existen dos modelos para definir o delimitar este tipo de delitos: «el modelo de selección discriminatoria» y «el modelo de ánimo». Al igual que el acá homenajado al referirse a la numeral 4 del artículo 22 del Código Penal español, considero que el feminicidio está basado en el segundo modelo. El agresor, en efecto, mata a la mujer por no ser una buena mujer: irse con otro hombre, dejar el hogar, ser lesbiana; o después de haber ejercido actos de objetivación sobre su cuerpo, como lo es la violencia sexual lo que evidencia una forma de recordar ese lugar inferior (como objeto de placer sexual y disfrute, por ejemplo) en la estructura social.

Desde la definición del «modelo del ánimo» propuesta por Peñaranda, lo anterior puede aplicarse al delito de feminicidio de la siguiente manera: cuando se da muerte a una mujer por no ajustarse a los modelos tradicionales de feminidad, el agresor actúa por motivos discriminatorios basados en determinadas características personales que le atribuye a la víctima (por ejemplo, considerarla una «mala mujer»). En cambio, cuando la muerte se produce con el fin de reafirmar su posición subordinada dentro de la estructura social, el agresor actúa a partir de una característica que identifica en la mujer, como concebirla como un objeto de placer masculino.

Ahora bien, cabe recordar que Peñaranda señala que fundamentar una mayor pena en los motivos discriminatorios no incrementa el contenido del injusto, cuando se filtra a través de la culpabilidad. Y ello es así porque este

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 15.

tipo de conductas discriminatorias se realizan en contextos que no permiten disculpa y por tanto, la culpabilidad, entendida como filtro, permite pasar todo el contenido disvalioso del hecho y genera responsabilidad.

Así las cosas, los feminicidios se producen en un contexto general de opresión y dominación y, además, en ocasiones, en contextos específicos como los listados en el artículo 104 A del CPc. Así por ejemplo situaciones de violencia previa, actos de opresión o instrumentalización del cuerpo femenino que antecedan a la muerte o privaciones de la libertad. Estos contextos permiten dar cuenta de las relaciones y dinámicas específicas mediadas por la desigualdad, opresión y dominación entre hombres y mujeres. Lo anterior se puede ilustrar mejor a la luz de un caso sobre el que se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Un hombre envenenó y mató a su ex pareja dándole a beber una cerveza con cianuro. La Corte considero que se trataba de un feminicidio al encontrar probados diferentes contextos de violencia previa en contra de la víctima porque el acusado manifestó en diferentes ocasiones que prefería ver muerta a su ex pareja a que ella estuviera con otro hombre y que también solía mostrarle a otras personas fotos de los maltratos que infringía³⁸.

Como es evidente, estos contextos, como bien señala Peñaranda, no dan pie a ninguna disculpa porque contrarían el orden social de un estado democrático que, al abogar por la igualdad, rechaza la discriminación³⁹.

Pero sumado a ello, como estos contextos impiden que el agresor feminicida se distancie del hecho, se genera una imputación personal completa del injusto⁴⁰. En el caso del sujeto que envenenó a su ex pareja es claro que, de ninguna manera podría haberse dado tal distanciamiento. El manifestar que prefería verla muerta o el hecho de vanagloriarse de los maltratos que le infringía, evidencian que la conducta, en efecto, fue realizada por móviles discriminatorios. Lo que implica que no hay posibilidad de eliminar o reducir la culpabilidad.

Así, al igual que la norma analizada por el acá homenajado, la de feminicidio no contraría el derecho penal de la culpabilidad y –por tanto– no es una manifestación del derecho penal de autor.

Para finalizar, quisiera detenerme en la idea de denominar estas conductas como «delitos de odio», posición en la que me aparto del profesor Peñaranda. Una característica de la violencia discriminatoria o prejuiciosa es que el

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia SP512-2023(55465), 2023.

³⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 19.

⁴⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 21.

agresor se siente «legitimado» para cometerla. Legitimación que viene dada por la propia estructura social. En el caso de la violencia contra las mujeres esto se hace más evidente. Social e históricamente se ha legitimado este tipo de violencia a través de la no acción estatal, de los postulados de algunas religiones o de la falta de interés por parte del derecho para ocuparse de esta por tratarse, por ejemplo, de asuntos privados.

El odio, en palabras de María Mercedes Gómez, «no siempre demanda justificación», mientras que el prejuicio discriminatorio, «está enraizado en el orden social en el cual se produce» y responde a un proceso «por el cual el individuo se da y da razones para justificar de manera coherente, lógica, y que parece aceptable frente al grupo social al que pertenece y frente a sí mismo»⁴¹, una reacción violenta. El prejuicio es consciente, mientras que el odio puede ser visceral e incluso inconsciente. Se puede odiar a algo o alguien sin razones claras, lo que la convierte en una categoría muy abstracta para denominar motivos que fundamenten, eventualmente, incremento de la responsabilidad penal. Por tanto, considero que lo adecuado es referirse a delitos de discriminación.

Además, si se entiende que lo que impulsa al agresor no es el odio, sino el prejuicio y la discriminación, el argumento –que comparto con el profesor Peñaranda– según el cual el agresor no puede distanciarse del hecho en razón del contexto en el que ocurre, resulta mejor fundamentado. En efecto, si se parte de que la motivación del agresor es el prejuicio, entendido en el sentido ya expuesto como un proceso racional, se explica con mayor claridad por qué el agresor no puede, en ningún caso, distanciarse del hecho. Sus motivos derivan de un razonamiento consciente que, precisamente por su carácter racional, no permite alegar una alteración de sus capacidades cognitivas o afectivas. Esto, en cambio, sí podría plantearse cuando se concibe la motivación como basada en el odio.

V. A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

El breve análisis realizado muestra cómo los planteamientos de Enrique Peñaranda resultan útiles para analizar y explicar el fundamento de los delitos de discriminación y su compatibilidad con el derecho penal liberal en cualquier ordenamiento jurídico, y no únicamente en el español. Como señalé en la introducción, ello pone de relieve la universalidad de sus aportes.

⁴¹ GÓMEZ, 2006, p. 21.

Estoy convencida de que, si se llevara a cabo el mismo ejercicio analítico respecto no solo del delito de feminicidio, sino también de otros delitos de discriminación previstos en diversas legislaciones penales latinoamericanas, dicha universalidad se haría aún más evidente. Tal vez entonces –y parafraseando al homenajeado–, si existieran otras similitudes (y también diferencias) entre sus planteamientos y los míos, estas reflexiones podrían quedar para otra ocasión ⁴².

BIBLIOGRAFÍA

- AGATÓN SANTANDER, Isabel: Si Adelita se fuera con otro. Del feminicidio y otros asuntos, Bogotá, 2017, pp. 39-51.
- AZUA BATARRITA, Adela: *La razón de género en el marco de la agravante «de odio» del artículo 22.4CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo*, en Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, 2020, pp. 365-376.
- CAVAFIS, Constantinos P: Poesía completa, Madrid, 2013.
- COMITÉ DE EXPERTAS/OS EN VIOLENCIA DEL MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ (MESECVI): Declaración sobre feminicidio, Washington DC, 2008.
- COOK, Rebecca J y CUSAK, Simone. Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales, Bogotá, 1997.
- CORREA FLÓREZ, María Camila: *El feminicidio y el transfeminicidio en la legislación penal colombiana*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2024, pp. 51-71.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 539 de 2016.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de abril de 2022, SP1167-2022, radicación 57927.
- Sentencia del 29 de noviembre de 2023, SP512-2023. Radicación 55465.
- GÓMEZ, María Mercedes, *Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia*, Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina, 2006, pp. 19-55.
- *Violencia por prejuicio*, en La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana, Bogotá, 2008.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4 CP, Madrid, 2013.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Delitos de odio y derecho penal de la culpabilidad*, en Sobre los delitos de odio, Madrid, 2021, pp. 7-21.
- TOLEDO, Patsilí: *Criminalising femicide in Latin American countries –legal power working for women?*, en Contesting Femicide. Feminism and the power of law revisited, New York, Routledge, 2020.

⁴² PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 21, nota al pie 31.

9. SUPLANTACIONES DE IDENTIDAD *ONLINE*. ¿UNA LAGUNA DE PUNIBILIDAD?

JUAN ALBERTO DÍAZ LÓPEZ ¹

Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Tuve la suerte de conocer a mi maestro, el Profesor Enrique Peñaranda Ramos, durante los cursos de posgrado para la obtención del ya extinto Diploma de Estudios Avanzados (DEA). Tal fue la impresión que me causó aquel magnífico docente que le solicité a los pocos días que fuera el director de mi tesis doctoral. En aquellos momentos, no obstante, era primero necesario presentar una tesina para la obtención del propio DEA, y solicité elaborarla sobre un delito cuya problemática siempre me había atraído y al que nuestra doctrina científica apenas ² había prestado atención. Así fue cómo, bajo la tutela del Profesor Peñaranda, inicié mi primera investigación científica de cierta envergadura, depositada y defendida en el año 2009 y que derivaría en la publicación de mi primera monografía jurídica ³, sobre el delito de usurpación del estado civil tipificado por el artículo 401 del Código Penal (CP). Un delito del que me atrevía a aventurar entonces que tendría especial relevancia futura tanto en el contexto de

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2022-141610OB-I00 dirigido por los Prof. Dres. Enrique Peñaranda Ramos y Bernardo Feijoo Sánchez y titulado: «Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el siglo XXI».

² Aunque algunas contribuciones fueron y siguen siendo esenciales, *vid.* BOIX REIG, 1980 o DE LA FUENTE HONRUBIA, 2000.

³ DÍAZ LÓPEZ, 2010.

inmigrantes en situación irregular como en el ámbito informático. Más de tres lustros más tarde, la primera previsión sigue cumpliéndose⁴, pero se antoja incluso más notable casuísticamente la segunda⁵. En el contexto de este merecido homenaje a mi maestro, creo que resulta más que oportuno adentrarnos de nuevo en la problemática de las suplantaciones de identidad que se cometen por medios informáticos, comenzando nuestro recorrido por este tipo penal.

Ya afirmaba el homenajeado en relación con este delito hace más de quince años que «frente al fenómeno de la suplantación de identidad en internet, conocido a menudo como “*identity theft*” (robo de identidad), en otros ordenamientos que carecen de un tipo de usurpación del estado civil como el que existe en España se han dado pasos en orden a introducir un “delito de suplantación de identidad”, que –precisamente por su referencia a este vago concepto susceptible de ser definido por cualesquiera elementos de identificación de una persona distintos de los que son relevantes para determinar su estado civil– puede ser fuente de una notable inseguridad jurídica y de una intervención excesiva del Derecho penal [...] el artículo 401 CP, rectamente interpretado, permite hacer frente de un modo adecuado y proporcionado a estas nuevas realidades, para sancionar aquellos –y sólo aquellos– comportamientos en los que es posible apreciar un auténtico merecimiento de pena y una genuina necesidad de intervención penal»⁶. Una postura coincidente con la que yo mismo he mantenido⁷: nunca he afirmado que el delito de usurpación del estado civil pueda hacer frente a *todas* las suplantaciones de identidad que se cometen a través de Internet, pero sí que podía ser *suficiente* para hacer frente a aquellas que no estaban siendo ya sancionadas a través de otros tipos penales (e.g., las suplantaciones que constituyan el engaño bastante para la comisión de un delito de estafa en modalidad de *phishing*).

Ahora bien, *quizás* la conclusión no pueda seguir siendo la misma hoy. Como veremos *ad infra*, han surgido voces que reclaman la tipificación de un delito de suplantación de identidad para hacer frente a estas conductas cometidas empleando medios informáticos. A ese respecto, como señala Silva Sánchez, los riesgos para bienes jurídicos distintos de la vida y la salud ocupan

⁴ *Ad exemplum*, noticia del diario *El País*, 20 de septiembre de 2025, «Mustafá era en realidad su primo muerto: la familia que falseó la identidad de un niño para sacarlo del infierno de Gaza hacia España». Disponible en: <https://elpais.com/espana/catalunya/2025-09-20/la-desesperacion-por-salir-de-gaza-le-entregue-mi-hijo-a-mi-sobrino-para-salvarlo-nuestro-destino-es-la-muerte.html>

⁵ *Vid.* un exhaustivo análisis casuístico en GORDON BENITO, RDPP, 2024, conforme al cual en aproximadamente dos de esos lustros (2013-2022) se habría producido un incremento del 681 % en las usurpaciones del estado civil denunciadas.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2010, *cit.* p. 1407.

⁷ Por última vez, en DÍAZ LÓPEZ, LT, 2011.

hoy un lugar central en nuestras sociedades occidentales, y esos riesgos y el miedo que generan no han hecho sino aumentar, siendo ese aumento de riesgo y de percepción subjetiva del mismo lo que abona la expansión del Derecho penal. Conforme indica este autor, el riesgo más específico de la evolución tecnológica del siglo XXI no sería otro que el procesamiento artificial de macrodatos (i.e., la inteligencia artificial, herramienta muy útil para suplantar identidades). Por otra parte, destaca Silva Sánchez los avances del mundo digital como una de las principales razones que hoy pueden conllevar una infra-inclusión sobrevenida respecto de los supuestos que debería estar abarcando una norma⁸. Extrapolando estas acertadas reflexiones a nuestro problema, podemos encontrarnos con que, al reclamar ese nuevo delito de suplantación de identidad, se pretenda una indebida expansión del Derecho penal, amparada en ese miedo que provocan las nuevas fenomenologías criminales; pero puede también estar sucediendo que nuestro vetusto delito de usurpación del estado civil no sea ya capaz (en conjunto con las demás conductas tipificadas por nuestro Código Penal) de hacer frente a realidades que necesariamente requerirían de intervención penal. Para valorar adecuadamente cuál es la situación, comenzaremos analizando someramente el tipo del artículo 401 CP⁹.

II. EL DELITO DE USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL

1. El estado civil de otro

El primer escollo que plantea la redacción del artículo 401 CP es que, aunque sea el paradigmático instrumento de nuestro ordenamiento para sancionar suplantaciones de identidad, la «identidad» no la menciona el tipo, que orbita en torno al concepto de estado civil. Sigue existiendo una discusión en el ámbito iusprivatista acerca de cuáles serían los elementos que conforman el estado civil (*rectius*, los estados civiles) de la persona, o de cuál es la diferencia entre el estado civil absoluto y el relativo. La incorporación de esa discusión al ámbito jurídico penal ha generado desde antiguo planteamientos algo confusos. La doctrina civilista ha partido tradicionalmente, a la hora de dilucidar cuáles serían esos estados civiles, del listado obrante en el artículo 1 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, entendiendo sin embargo

⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 422-423 y 474.

⁹ Por razones de espacio, doy por reproducido lo expuesto en DÍAZ LÓPEZ, 2010, pp. 119-186, y me remito a la bibliografía que allí se cita.

que no todos los elementos que allí se mencionan serían necesariamente estados civiles. Existe cierto consenso en entender que sí lo serían, en todo caso, el estado civil de mayor o menor de edad; el de casado, divorciado, separado, soltero o viudo; el de filiación (condición de hijo o de padre); el de capacitado o incapacitado; y el relativo a la nacionalidad y la vecindad. A partir de ahí, se debate en el ámbito civil si elementos tan importantes a efectos de identificar a una persona, que también obran en el catálogo de la mentada ley, como el nombre y los apellidos, serían estados civiles.

En el ámbito penal, una postura tradicional, hoy prácticamente superada pero muy vigente durante el pasado siglo en la interpretación del artículo 470 de nuestro anterior Código Penal, sostenía que el único objeto de usurpación aquí había de ser el «estado civil familiar». Es decir, que limitaban el alcance del tipo a supuestos consistentes en que un sujeto se hacía pasar falsamente (sin necesidad de usar un nombre y apellidos distintos a los suyos verdaderos) por un hijo ilegítimo y desconocido a fin de cobrar una herencia. Esta aproximación fue paulatinamente superada, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, tras aportaciones como la de Boix Reig, quien sostuvo acertadamente hace casi medio siglo¹⁰ que, para determinar el alcance de esta mención al estado civil, habría que partir de cualquiera de los estados civiles tal y como vienen identificados por la doctrina civilista, lo cual desde luego incluye el nombre y los apellidos.

Es importante ser conscientes de que este delito no castiga al que usurpa «un estado civil» sin más, y tampoco al que hace lo propio con «un estado civil que no le corresponde», lo cual asemejaría este delito al destipificado de uso público de nombre supuesto. El objeto de la usurpación ha de ser el estado civil «de otro», y este matiz está recalcando la especial vinculación con la identidad de una persona real. Un correcto entendimiento de este punto nos permite dilucidar qué es lo que se tiene que estar usurpando para que, principio de legalidad mediante, se pueda condenar a un ciudadano por usurpar el «estado civil de otro». Gordon Benito, el autor que probablemente más y mejor se ha ocupado en tiempos recientes de este delito, nos recuerda que aunque el nombre, los apellidos y la filiación (en la medida que a través de esta última se determinan también los apellidos, artículo 109 CC), sean conforme a la tesis restrictiva los elementos innegociables que deben ser objeto de usurpación para entender que se usurpa un estado civil, quizás no sean *suficientes* para estar usurpando el estado civil *de otro*, para lo cual el sujeto ha de arrogarse algún otro elemento que individualice suficientemente a la persona suplantada¹¹.

¹⁰ BOIX REIG, 1980, *passim*.

¹¹ GORDON BENITO, LLP, 2020.

Hace tiempo expuse un ejemplo¹² que permite aprehender muy gráficamente este concepto de estado civil de otro. Imaginemos que nuestra identidad es una esfera por la que cruza un único paralelo (el nombre y apellidos, como estado civil y como elemento clave para identificar a una persona) y muchos meridianos (algunos de los cuales son estados civiles distintos del nombre y otros simplemente elementos que nos identifican¹³). Pues bien, el concepto de «estado civil de otro» se encontraría en las intersecciones entre los meridianos y el paralelo, por lo que como mínimo será necesario usurpar, además del nombre (y apellidos), el elemento identificativo de uno o varios meridianos para afirmar que se está usurpando el estado civil de otro. El sujeto activo debe por tanto concretar el nombre que se arroga usurpando al menos un segundo elemento que especifique de forma clara quién es ese titular del estado civil suplantado: sólo entonces podrá entenderse que está usurpando el «estado civil» (uno de cuyos elementos suplantados será necesariamente el nombre) «de otro» (de alguien identificado con ese nombre y con otro elemento, forme o no parte del estado civil de esa persona, cuyo requisito sea que delimite con suficientes garantías su identidad).

2. Bien jurídico protegido

Otro debate nuclear en torno a este tipo penal es el relativo a cuál es su bien jurídico protegido. Tradicionalmente, podían discernirse dos principales posturas:

- i) La que entiende que se trata del estado civil familiar del suplantado (Rodríguez Devesa, Muñoz Conde).
- ii) La que entiende que es la seguridad en las relaciones jurídicas (Boix Reig, Morillas Cueva, Peñaranda Ramos, y una profusa doctrina casacional desde la STS de 6 de diciembre de 1985), postura a la que yo mismo me sigo adscribiendo.

¹² DÍAZ LÓPEZ, 2010, p. 156. Dicho ejemplo surgió, precisamente, gracias a las sugerencias del homenajeado en una de las periódicas discusiones que mantuvimos sobre el objeto de mi tesina.

¹³ Habrá que descender al caso concreto para valorar la idoneidad de esos elementos identitarios a efectos de suplantar la identidad de un individuo concreto, y podrán oscilar desde cuestiones tales como ser aficionado del Atlético de Madrid hasta al hecho aparentemente nimio de llevar bigote (o perilla), elemento clave para la identidad personal en la conocida novela de Emmanuel Carrère (autor, por lo demás, muy versado en la fenomenología criminal de las falsedades personales, atendiendo a su aclamada obra sobre el caso de Jean-Claude Romand).

En un intento de superar este debate, algunos pronunciamientos jurisprudenciales (STS N.º 635/2009, de 15 de junio o SAP de Huesca N.º 137/2012, de 7 de septiembre) han sugerido que realmente nos encontraríamos ante un delito pluriofensivo, cuyos dos bienes jurídicos protegidos serían conjuntamente los mencionados. Más recientemente, se ha llegado a considerar como una cuarta postura¹⁴, sobre la base de otra línea jurisprudencial (STS N.º 331/2012, de 4 de mayo, o SAP de Barcelona N.º 34/2019, de 24 de enero), la que sostiene que el bien jurídico protegido sería la «personalidad» del individuo, siendo las afectaciones a su estado civil o a la seguridad en las relaciones jurídicas meras dimensiones –individual y colectiva– de ese componente nuclear. Una postura esta última, *mihi videtur*, que parece partir de lo que ya indicara Pacheco cuando razonaba por qué era esta la «falsedad aplicada a la persona»¹⁵.

Considero que este debate parte de una clásica confusión entre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por este delito y el perjuicio, ya sea el indemnizable en tanto que responsabilidad civil *ex delicto* o el que pueda constituir el resultado típico de otra infracción penal. Lo que aquí se protege no es el estado civil en sí mismo considerado (el cual, por cierto, no puede ser anulado ni sustraído tras la comisión de este delito, pues el suplantado sigue disponiendo de él), sino la proyección *ad extra* de ese estado civil, que constituye un presupuesto básico para la estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que dicha estabilidad únicamente es posible si hay *una* identidad por sujeto. El hecho de que el bien jurídico protegido sea la seguridad en las relaciones jurídicas impide considerar al titular del estado civil que ve suplantada su identidad como sujeto pasivo, ofendido o agraviado por el delito, pero desde luego no impide que, *id quod plerumque accidit*, sea perjudicado o víctima del delito. Como también pueden ser perjudicados, por supuesto, terceros distintos del suplantado.

Precisamente porque el bien jurídico protegido no es el estado civil, es posible cometer el delito aunque el titular del estado civil usurpado haya fallecido. El único requisito es que se trate de una persona real, que haya existido y no sea meramente imaginaria, con independencia de que se encuentre viva o muerta en el momento en el que se produce la usurpación. Esta es la posición dominante: si ya lo era desde hace tiempo en nuestra doctrina científica, la mentada STS N.º 331/2012, de 4 de mayo despejó las dudas que pudieran existir en el ámbito jurisprudencial.

¹⁴ GORDON BENITO, LLP, 2020.

¹⁵ PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, 1856, p. 214.

También, de nuevo, porque el bien jurídico protegido no es el estado civil, se explica que mayoritariamente se entienda que el consentimiento del titular del estado civil usurpado no excluye ni justifica la lesión del bien jurídico y que carezca de valor para exonerar de responsabilidad a quien se haya arrogado su identidad. Muy ilustrativa de esta postura es la STS N.º 710/2017, de 27 de octubre, donde se descartó la incidencia de ese consentimiento en un contexto en el que el acusado padecía una enfermedad renal y se le preparó para una intervención quirúrgica consistente en el trasplante de riñón, pero como no tenía documentación regular en España se hizo pasar por su hermano, también condenado, de forma persistente y ante diversos organismos.

3. Aspecto objetivo de la conducta

Nos encontramos ante un delito de mera actividad que, siguiendo a Boix Reig¹⁶, se perfecciona desde que, con la suplantación realizada, el agente se sitúa objetivamente en disposición de realizar el ejercicio de acciones o derechos propios de la persona suplantada, pero sin necesidad de llevar a cabo ese ejercicio (tal y como algún autor ha llegado a sostener).

El elemento al que debemos prestar especial atención, particularmente a los efectos del presente trabajo, es al verbo típico. Como mayoritariamente han entendido doctrina y jurisprudencia, la idea de «usurpar» exige, aparte del carácter explícito de la arrogación, una nota de continuidad o permanencia (por todas, STS N.º 1045/2011, de 14 de octubre).

4. Aspecto subjetivo de la conducta

Por último, huelga señalar que nos encontramos ante un delito necesariamente doloso, que además excluye la posibilidad del dolo eventual. Existe una antiquísima línea jurisprudencial (plasmada muy claramente por la STS de 26 de marzo de 1991), conforme a la cual se exigiría igualmente «un elemento subjetivo del injusto –que no aparece en el tipo legal–: el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada». Considero que es preciso contextualizar y superar esta postura, cuya razón de ser radicaba en diferenciar el delito de usurpación del estado civil del destipificado delito de uso público de nombre supuesto. Como acertadamente señala Peñaranda Ramos, la exigencia

¹⁶ BOIX REIG, 1980, *passim*.

de que la conducta sea, al menos, objetivamente idónea para que el ejercicio de esos derechos y acciones pueda producirse –requisito objetivo que habrá de tener un correspondiente reflejo en el dolo del sujeto– hace innecesario este requisito subjetivo adicional no mencionado en el tipo¹⁷.

III. SUPLANTACIONES DE IDENTIDAD QUE NO SON USURPACIONES

1. Un caso problemático

Una vez esbozado el delito tipificado por el artículo 401 de nuestro Código Penal, pasemos ahora a valorar sus supuestas carencias. Existe una pléyade de suplantaciones de identidad, cada vez más habituales en el foro, que resultan paradigmáticas. Atendamos al «caso de quien suplanta a uno para estafar a otro»:

Un sujeto *A*, con el fin de cometer ulteriormente estafas u otros delitos a través de Internet, contacta con un tercero *B* en un contexto aparentemente inocuo (por ejemplo, a fin de comprar un bien mueble que *B* ha puesto a la venta en una plataforma digital de intermediación entre particulares para la compraventa de bienes usados, o a fin de asegurarse un alojamiento de corta duración para unas vacaciones arrendando el bien inmueble que *B* ha anunciado en otra plataforma de intermediación *online*). En el contexto de esa transacción, *A* solicita a *B* que le facilite una fotografía de su DNI, cosa que *B* hace. En ese momento, *A* cancela la transacción, sin haber llegado a facilitar sus datos identificativos reales a *B*, pues lo único que pretendía el sujeto *A* era disponer de una copia de ese documento de identidad de *B*¹⁸. A continuación, *A* crea una cuenta de correo electrónico registrándose con la identidad de *B*. Acto seguido, accede a la página *web* de una banca *online*, que publicita la apertura de cuenta *online* en menos de diez minutos y que requiere únicamente para ese trámite la identificación del nuevo cliente facilitando copia de su D. N. I. y una dirección de correo electrónico. *A* crea de esta manera una cuenta corriente a nombre de *B*. Identificándose como *B* ante un nuevo sujeto, *C*, y tras una breve interacción *online*, *A* obtiene mediante engaño una transferencia efectuada por *C* en esa cuenta corriente que acaba de crear, retirando rápidamente el dinero. *C* denuncia haber sido víctima de una estafa, la fuerza actuan-

¹⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2025, pp. 1873-1875.

¹⁸ Por supuesto, *A* podría haber comprado los datos de *B* en la *darknet* y llevar a cabo un *spoofing* de manera más despersonalizada y, si se quiere, más «profesional», pero es preciso destacar que también se siguen produciendo estas conductas con este componente de interacción con el suplantado.

te requiere información sobre el titular de la cuenta de correo electrónico y de la cuenta bancaria, y es *B* quien acaba siendo investigado por la presunta comisión de un delito de estafa.

Escenarios como el anterior son alarmantemente comunes, y constituyen un auténtico calvario para el suplantado, mostrando las penurias de la victimización secundaria en todo su esplendor. De un lado, el sujeto *B*, en la práctica, se verá abocado a defenderse de esa imputación por delito de estafa que cometió su suplantador recurriendo a *probationes diabolicæ* (que él *no* era quien usaba su nombre y apellidos). Adicionalmente, y hasta que expire la fecha de validez que figura en la copia del DNI que sigue teniendo en su poder el suplantador, *B* temerá que en el futuro su identidad vuelva a ser empleada para cometer otro delito por parte de *A*. Lógicamente, es de suponer que, en cuanto *B* conoció de su imputación por el delito de estafa, haya denunciado a su vez ser víctima de un delito de usurpación del estado civil. Suponiendo que el sujeto *A* haya sido debidamente identificado y se incoe contra él otro proceso penal por la indiciaria comisión del delito tipificado por el artículo 401 CP, surgirá entonces otro problema.

En el ámbito físico, toda usurpación, por el hecho de tener que prolongarse en el tiempo para su consideración, implica que aquél que originariamente sólo suplantaba, por ejemplo, el nombre, se vea obligado a suplantar algún que otro o todos los estados civiles restantes en una pluralidad de actos para mantener esa ficción. En cambio, como señala Gordon Benito, en el ámbito virtual existe una mayor probabilidad de que con muy pocos actos de suplantación pueda un sujeto arrogarse la identidad del suplantado por un periodo prolongado. Tales supuestos quedarían, si se entiende que «usurpar» necesariamente exige una pluralidad de acciones dilatada en el tiempo, extramuros del ámbito aplicativo del artículo 401 CP, «por más que las consecuencias se vean recrudescidas por la descontrolada proyección que facilita Internet»¹⁹. Este autor ha sugerido que podría solucionarse este problema reorientando la labor jurisprudencial sobre el artículo 401 CP, a fin de que nuestros tribunales tomen en consideración las particularidades de los casos concretos cuando la conducta se cometa *online*.

Amplió posteriormente Gordon Benito su argumentación con cita del caso del que se ocupó la SAP de Sevilla N.º 13/2023, de 23 de noviembre²⁰ y,

¹⁹ GORDON BENITO, LLP, 2020.

²⁰ GORDON BENITO, RDPP, 2024.

en efecto, los razonamientos del TSJ de Andalucía²¹ en aquel asunto, en el que un sujeto accedió al perfil de la suplantada en una red social «para desde ella enviar comunicaciones telemáticas a terceras personas incluidas en sus contactos como si fueran de la persona titular de dicha cuenta», resultan muy acertados: «la usurpación de la identidad que indiciariamente se habría producido podría comportar la nota de “continuidad” o “permanencia” que, aun no mencionándose en la letra del artículo 401 CP, sí viene exigiendo para su aplicación la doctrina y alguna sentencia: en efecto, la conducta se realizó en dos ocasiones con dos horas de diferencia entre un mensaje (a la madre) y otro (a la hermana), a lo que debe añadirse el dato tan relevante del contenido de los mensajes enviados, que por sí mismos tenían “vocación de permanencia”, pues su finalidad no era otra que hacer creer indefinidamente que se encontraba viva y desaparecida, lo que, de no haber sido por la investigación policial, habría podido determinar que acabase siendo declarada ausente con el transcurso del tiempo. No se trata, pues, de usurpación puntual, sino completa en su ejecución y permanente en sus consecuencias, aunque efectuada mediante únicamente dos actos de suplantación en un espacio temporal de dos horas.»

No veo inconveniente en asumir que, para determinar que el estado civil de otro se esté usurpando *en el ámbito online*, lo importante ha de ser *la magnitud de la confusión generada a terceros con la suplantación*, y no *el número de actos realizados para provocarla*: esa confusión puede lograrse con apenas dos actos de suplantación, como fue el caso del que se ocupó esa sentencia. Por ello, es posible entender que a través de Internet se puede *usurpar* con menos esfuerzo, y se puede lograr con menos actos esa nota de permanencia en la suplantación. Si así lo entendemos, la suplantación que lleva a cabo A en nuestro ejemplo bien podría considerarse una usurpación (el atentado a la seguridad del tráfico jurídico en ese caso es innegable) y, por tanto, ese ejemplo no plantearía ninguna laguna de punibilidad conforme al espectro de aplicación del artículo 401 CP.

Supongamos a pesar de todo que los actos de suplantación que lleva a cabo A (para abrir las dos cuentas y para interactuar con C) no colman las exigencias de este verbo típico (desde un entendimiento restrictivo del verbo «usurpar») y, por tanto, que no podría ser condenado A por la comisión de un

²¹ En unas cuestiones previas planteadas en este mediático asesinato, que se seguía por el procedimiento del Tribunal del Jurado, la acusación particular postuló la inclusión de la suplantación de identidad de la víctima entre los hechos justiciables. El Magistrado Presidente denegó esa pretensión por considerar que esa conducta era atípica, por cuanto el delito de usurpación de estado civil requiere «usurpar», i.e., reiteración en la suplantación. La Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía, en su Auto de 15 mayo 2023, estimó respecto de este punto el recurso que se interpuso ante esa denegación. *Vid.* PASQUAU LIAÑO, DLF, 2023, pp. 101-102.

delito de usurpación del estado civil. Resta ahora por analizar si *B* habría podido ser víctima de otro delito distinto.

En tiempos recientes, nuestra doctrina ha comenzado a prestar especial atención a la problemática de las suplantaciones de identidad *online* y a esta aparente laguna de punibilidad, analizando la posibilidad de reconducir los casos extramuros del artículo 401 CP a otros tipos penales (resultando de mención habitual los delitos de falsedad documental, injurias, trato degradante, acoso, descubrimiento y revelación de secretos o coacciones) y/o proponiendo de *lege ferenda* la tipificación de un nuevo delito²². Antes de valorar si resulta verdaderamente necesaria una reforma legislativa que tipifique un nuevo delito de suplantación de identidad *online* para colmar esta aparente laguna de punibilidad, analizaremos concretamente dos de esas posibles respuestas penales a las suplantaciones de identidad *online* distintas del delito de usurpación del estado civil.

2. El delito de «funa»

El delito tipificado por el artículo 172 ter.5, incorporado al Código Penal mediante la LO 10/2022, de 6 de septiembre –cuya Exposición de Motivos no le dedicó una sola línea–, modificado por la LO 1/2023, de 28 de febrero y etiquetado como de «funa» –término derivado del mapudungún, que significaría «podrido» o «echado a perder» y que en el ámbito de las redes sociales se emplea como sinónimo de difamar a alguien sometiéndole a un escarnio público–, castiga con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses a quien realice anuncios o abra perfiles falsos (en redes sociales, en páginas de contacto o en cualquier otro medio de difusión pública) utilizando sin su consentimiento una imagen de la víctima. El delito exige un resultado, consistente en que se genere una situación de acoso, hostigamiento o humillación para la víctima (una situación que habitualmente generarán terceras personas distintas del sujeto activo, a través de comentarios insultantes en redes, etc.). El sujeto activo, por lo demás, ha de actuar dolosamente, con el conocimiento e intención de provocar esa desagradable situación para la víctima²³.

²² Vid. ampliamente FARALDO CABANA, RDPC, 2010, pp. 73-134; DE PRADA RODRÍGUEZ/SANTOS ALONSO, 2013, pp. 215-230; SÁNCHEZ DOMINGO, RGDP, 2016; SOLARI MERLO, CPC, 2022, pp. 125-164; FLORES MENDOZA, 2023, pp. 395-421; SANMARTÍN GARCÍA-OSORIO, RGDP, 2024; MARTÍNEZ GALINDO, RDP, 2024, pp. 199-228; o GORDON BENITO, RDPP, 2024.

²³ Vid. DÍAZ LÓPEZ/MARTÍNEZ DE ABREU, LT, 2023.

Aunque el delito está integrado en el artículo 172 ter CP, relativo al acoso, un sector doctrinal ha entendido que este delito de funa no precisaría de las notas de reiteración exigidas para entender que se produce el resultado típico de grave alteración para el desarrollo cotidiano de la vida de la víctima. Sumando a lo anterior que se trata de un delito que tipifica una conducta que preferentemente se desarrollará en el ámbito *online*, hubo quien quiso ver en el momento de su tipificación que era este ese nuevo delito de suplantación de identidad *online* omnicompreensivo que exigía un sector de nuestra doctrina, que además (según esa interpretación doctrinal que distancia su resultado típico del exigido por el delito de acoso), sortearía el escollo derivado de la exigencia típica de permanencia en la conducta (usurpación) del artículo 401 CP. Sin embargo, esta conclusión no parece acertada.

Sin necesidad de entrar en el debate sobre el alcance del resultado típico, lo cierto es que no es necesario suplantar la identidad de otra persona para cometer el delito de funa. Primero, el autor de este delito no necesita emplear como propios ninguno de los elementos de identidad nucleares de su víctima (nombre, apellidos, etc.: el perfil falso se abre en no pocas ocasiones bajo un nombre supuesto, siendo el único elemento de identidad que requiere emplear el artículo 172 ter.5 CP para su comisión la imagen de la víctima, que podría estar manipulada y por tanto no reflejar siquiera *su verdadera* imagen, y que además el autor no necesariamente ha de emplear identificándola como su propia imagen). Segundo, porque el dolo del autor de este delito no va referido a suplantar a la víctima (es más, atendiendo a la fenomenología de la «funa», el autor no suele pretender hacer creer que quien ha abierto el perfil falso sea la verdadera persona que se representa en la imagen; ni el público destinatario, i.e. los usuarios de Internet, requieren creer que la persona que aparece en la imagen la ha colgado voluntariamente o que el perfil o el anuncio es *real* para iniciar un acoso, humillación u hostigamiento: más bien al contrario, quien «funa» suele creer estar denunciando unos hechos, por lo que es más probable que el autor abra un perfil falso empleando una imagen de la víctima bajo un nombre de usuario injurioso —e.g., «Ticio el Pederasta» o «Cayo el Estafador Moroso»— a fin de denunciar una supuesta ilegalidad, que pretendiendo suplantar la identidad de Ticio o Cayo, por mucho que emplee su nombre para identificarle).

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que este delito podrá aplicarse a algunos casos de suplantaciones de identidad (citando la doctrina el ejemplo real de un directivo de una empresa de La Rioja, cuya identidad fue suplantada por un trabajador de la empresa para difamarlo en redes sociales), pero no soluciona las supuestas lagunas generadas por el artículo 401 CP en este contexto

online, máxime atendiendo a que en algunos casos en los que además de «funa» se suplante la identidad de la víctima, sería posible²⁴ que nos encontráramos ante un concurso de delitos entre ambos²⁵.

3. Uso de documentos de identidad ajenos

Ya destacaba nuestra doctrina que, en el ámbito de las suplantaciones de identidad, una laguna que existía hace quince años era la ausencia de sanción a quien se identificaba con un documento de identidad auténtico de otra persona, pretendiendo así suplantar su identidad²⁶. Esa laguna habría dejado de existir desde la incorporación del artículo 400 bis a nuestro Código Penal, por lo que bien merece prestarle un mínimo de atención.

La LO 5/2010, de 22 de junio, modificó el artículo 392 del Código Penal, castigando con penas de seis meses a un año y multa de tres a seis meses el uso de un documento de identidad falso, aun cuando dicho documento de identidad perteneciera a un tercer Estado; complementando lo anterior el entonces nuevo artículo 400 bis CP, que establece que por uso de documento de identidad falso se entenderá el uso de documentos de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello. Un sector de nuestra doctrina ya manifestó nada más irrumpir este delito que, realmente y pese a su ubicación sistemática, el artículo 400 bis CP estaría tipificando una falsedad más personal que documental, encontrándonos así ante un delito de suplantación de identidad²⁷. Dejando al margen las etiquetas, lo cierto es que se han sancionado conforme a este tipo penal suplantaciones de identidad *online* en las que, sólo puntualmente, se utilizó el documento de identidad de otra persona. *Ad exemplum*, así sucedió en el caso del que se ocupa la STSJ de Galicia N.º 86/2023, de 29 de junio, que condenó a unos sujetos que emplearon el DNI de otra persona para aparentar solvencia y obtener un préstamo bancario que la entidad abonó en sus cuentas corrientes: «usaron, sin estar legitimados, y, para suplan-

²⁴ Siempre que entendamos (para lo cual será necesario aguardar al desarrollo jurisprudencial y doctrinal del delito de funa) que la apreciación conjunta de ambos delitos no suponga necesariamente considerar más de una vez para el castigo del hecho realizado una misma propiedad jurídico-penalmente relevante del mismo, y que no se encuentren ambos preceptos en una «relación empírica» tal que la intensidad criminal de uno de ellos predomine sobre el otro hasta el punto de relegarlo al papel de acto meramente acompañante y hacer innecesaria su sanción independiente. *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, 1999, pp. 31 y 71 ss y PEÑARANDA RAMOS, 2008.

²⁵ GORDON BENITO, RDPP, 2024.

²⁶ FARALDO CABANA, RDPC, 2010, p. 110.

²⁷ MUÑOZ CONDE, 2010.

tar la identidad ajena DNI auténticos, consiguiendo el efecto defraudatorio apetecido. La única diferencia es que, en vez de presentar el original físico, se efectuó “on line”, en una dinámica similar a la que efectuaría el verdadero titular del documento, por lo que los hechos encajan perfectamente en el tipo penal objeto de acusación (art. 400 bis del CP).»

Desde luego, tampoco se trata de un delito de suplantación de identidad *online* omnicomprendido, pero resulta de aplicación a una pléyade de casos que incluirían, entre otros, el del ejemplo expuesto *ut supra* (legitimando que *B* actuara como perjudicado por este delito), reduciendo así, sensiblemente y en combinación con los artículos 401 CP y 172 ter.5 CP, la supuesta laguna de punibilidad existente.

IV. CONCLUSIÓN

Es digno de loa que nuestra doctrina científica haya dedicado un notable esfuerzo en los últimos años a la problemática de la suplantación de identidad *online*, cuya casuística es sumamente conocida en el foro. Sin embargo, de ello no deriva automáticamente que el Legislador penal deba prestarle la misma atención y tipificar un nuevo delito de *identity theft* digital. Como punto de partida, aunque ciertamente existe una notoria divergencia entre el número de diligencias policiales incoadas por suplantaciones de identidad *online* y el escaso número de condenas *ex* artículo 401 CP, considero aventurado extrapolar de ahí que esa divergencia obedezca a que «no existe un tipo penal específico», por mucho que esta excusa haya llegado a ser invocada en alguna ocasión por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²⁸. También incide en enorme medida la falta de medios de quienes deberían identificar al suplantador *online*, oculto tras una amalgama de VPNs, perfiles falsos y operando en muchas ocasiones desde otros países. No es nada evidente atribuir esa cifra negra a las supuestas deficiencias del alcance típico del artículo 401 CP y obviar la incidencia aquí de los archivos por falta de autor conocido *ex* artículo 641.2.º LECrim.

Otro problema al que no se presta la suficiente atención en este ámbito ni siquiera tiene que ver con el Derecho penal, sino con las exigencias en materia regulatoria de las entidades cuyas plataformas son aprovechadas por los suplantadores (nótese que las medidas para garantizar la identificación del verdadero usuario a la hora de abrir cuentas en banca *online*, dar de alta tarjetas SIM prepago, crear una cuenta de correo electrónico o un perfil en redes sociales

²⁸ GORDON BENITO, RDPP, 2024.

oscilan todavía entre lo escaso y lo nulo). De un lado, es preciso exigir a esas entidades que interactúan con el suplantador de identidad un mayor control y verificación de la identidad de sus usuarios, haciendo frente a la responsabilidad civil derivada de los delitos que haya podido cometer el suplantador. La STS, Sala 1.^a, N.º 1671/2025, de 9 de abril, que ha sido considerada por nuestra doctrina mercantilista como un auténtico «leading case» para la jurisprudencia civil y penal en materia de ciberdelincuencia, rema en esa dirección²⁹. De otro lado, es necesaria una mayor normativa extrapenal para prevenir las suplantaciones de identidad en contextos delictivos, extendiendo a Internet medidas de prevención como las que ya existen en el ámbito telefónico (e.g., Orden TFD/149/2025, de 12 de febrero³⁰).

Ahora bien, como señala Martínez Galindo, otra de las voces que recientemente se han ocupado con rigor de toda esta problemática: «una cuestión es solicitar, desde un punto de vista legal que estas entidades requieran la garantía de esta identidad para poder usar esos servicios o, incluso, sancionar la creación de perfiles falsos y otra muy distinta que esto deba ser objeto de tutela penal». Cabe ciertamente preguntarse hasta qué punto estamos dispuestos a adelantar aquí la barrera de la punibilidad, cercenando las decimonónicas —dicho sea en el mejor de los sentidos— garantías que (todavía) inspiran nuestro ordenamiento jurídico-penal, en un intento de prevenir estas conductas. Tras su atinada reflexión inicial, esta misma autora reconoce que la mayoría de las suplantaciones no abarcadas por ningún tipo penal (mencionando, igualmente con acierto, el papel que también debería jugar a estos efectos el artículo 400 bis CP) siempre encontrarán alguna respuesta por parte de nuestro ordenamiento jurídico, aunque solo sea como infracciones civiles en materia de intimidad o de protección de datos, del mismo modo que motivarán el bloqueo de la cuenta que abrió el suplantador. Lo afirma sin embargo a modo de lamento, y concluye que «en el ciberespacio la suplantación de identidad no solo resulta más sencilla de ejecutar sino que potencialmente es mucho más peligrosa porque se elimina la inmediatez física y, por tanto, las posibilidades de ser descubierto», por lo que, a su entender, sí debería crearse un nuevo delito de suplantación de identidad *online* (artículo 401 bis CP)³¹.

²⁹ TAPIA HERMIDA, DLL, 2025.

³⁰ Por la que se establecen medidas para combatir las estafas de suplantación de identidad a través de llamadas telefónicas y mensajes de texto fraudulentos y para garantizar la identificación de la numeración utilizada para la prestación de servicios de atención al cliente y realización de llamadas comerciales no solicitadas.

³¹ MARTÍNEZ GALINDO, RDP, 2024, pp. 199-228.

Creo que en esa conclusión se refleja la idea nuclear que late en las múltiples propuestas que abogan por tipificar ese nuevo delito de suplantación de identidad *online*. Una cosa es la sugestiva propuesta de Gordon Benito, consistente en interpretar adecuadamente lo que supone «usurpar» en el ámbito *online* (la cual no implicará sancionar penalmente *toda* suplantación *online ex artículo 401 CP*, sino únicamente aquellas en las que los actos de suplantación hayan implicado una confusión de gran magnitud, justificando así la intervención del Derecho penal ante esa suplantación en sí misma considerada), y otra bien distinta crear un nuevo tipo que adelante en general la barrera de la punibilidad y sancione *siempre* como delito autónomo consumado lo que ahora sólo serían, e.g., actos preparatorios de un delito de estafa. El fundamento de esas propuestas parte de que *debe* crearse este nuevo delito porque esa conducta es muy *peligrosa*, entendiendo que esa peligrosidad deriva de lo dificultoso que es identificar al suplantador —¿de que el suplantador *no lo se lo pone fácil al Estado autoinculpándose?*—. No parece, entonces, que estemos ante un déficit del alcance típico del vigente artículo 401 CP, sino, como ya se ha dicho, ante un problema de falta de medios para investigar adecuadamente estas conductas. Por lo demás, la creación de ese nuevo tipo penal español en nada va a facilitar la identificación de los suplantadores, y resta por ver si cumpliría esa amenaza de pena alguna finalidad preventivo-general, habida cuenta de que muchos de los suplantadores que realmente generan un daño considerable para el suplantado o para la fe pública ni siquiera residen en nuestro país. *A maiore*, si *debe* crearse ese nuevo delito con base en la peligrosidad del fenómeno así entendida, cabría plantearse entonces por qué no *deberíamos* sancionar penalmente *también* a las entidades que no establezcan medidas adecuadas de identificación de sus propios usuarios. Conforme a esa lógica, la amenaza de la sanción penal a esas entidades también puede servir para prevenir esta clase de conductas, dado que estos importantes actores para la materialización de la suplantación sólo corren el riesgo actualmente, a lo sumo, de ser considerados responsables civiles subsidiarios *ex artículo 120.3.º CP*. Se trata sin duda de una lógica coherente con «las regulaciones acentuadamente punitivistas de las reformas introducidas a partir de 2003 —que han orientado nuestro sistema cada vez más decididamente hacia un Derecho Penal de la seguridad —o, más bien, del control y aseguramiento del comportamiento futuro a través de la intimidación»³². Una lógica que yo no comparto.

Escoltado por el delito de funa y por la falsedad del artículo 400 bis CP, y sin olvidar que la suplantación de identidad *online* en sí misma considerada

³² PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, cit. p. 187.

ya estará siendo castigada en muchos casos como el engaño bastante de un delito de estafa o a través de otros delitos ya tipificados, el decimonónico delito de usurpación del estado civil del artículo 401 CP, rectamente entendido también en el ámbito *online* (lo cual implica asumir –con Gordon Benito– que «usurpar *online*» no requiere atender a un determinado número de actos – como sí se exige en las «usurpaciones analógicas»– sino a la magnitud de la confusión que estos actos generan), sí que permite hacer frente a las suplantaciones de identidad *online*, pero sólo en aquellos casos en los que sea verdaderamente necesaria la intervención del Derecho penal. Como así lo entendimos, tanto yo como mi querido maestro, el Profesor Enrique Peñaranda Ramos, hace ya más de quince años.

BIBLIOGRAFÍA

- BOIX REIG, Francisco Javier: El delito de usurpación del estado civil, Valencia, 1980.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando: *La usurpación de estado civil*, Actualidad Penal, 2000, pp. 145-157.
- DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes y Santos Alonso, Jesús: *Suplantación de identidad en internet: necesidad de reforma del Código Penal*, en Anuario Jurídico Villanueva, 2013, pp. 215-230.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: El delito de usurpación del estado civil, Madrid, 2010.
- *Identity theft informático y usurpación del estado civil*, Legal Today, 2011.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto y MARTÍNEZ DE ABREU, David: *Nuevo delito de «funa» y suplantación de identidad online*, Legal Today, 2023.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2010, pp. 73-134.
- FLORES MENDOZA, Fátima: *Respuesta penal a la suplantación de identidad. Especial consideración a los fraudes de identidad digital*, en Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen I. Ciberseguridad y ciberdelitos, Granada, 2023, pp. 395-421.
- GORDON BENITO, Iñigo: *Suplantaciones de identidad online. Claves (re)interpretativas del delito de usurpación de estado civil*, La Ley Penal, 2020.
- *Identidad virtual detentada: el nuevo delito de funa (art. 172 ter.5 CP) y el inoperante delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP)*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 2024.
- MARTÍNEZ GALINDO, Gemma: *Suplantación de identidad digital: hacia una necesaria tutela penal*, Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público, 2024, pp. 199-228.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, 2010.

- PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, Joaquín Francisco: El Código Penal concordado y comentado, Madrid, 1856.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *Crónica de jurisprudencia de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía*, De Lege Ferenda, 2023, pp. 98-108.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid, 1999.
- *Prólogo*, en El concurso aparente de leyes, de Matus Acuña, J. P., Santiago de Chile, 2008.
 - *Usurpaciones (falsedades personales)*, en Memento Práctico Penal 2011, Madrid, 2010, pp. 1404-1413.
 - *Usurpaciones (falsedades personales)*, en Memento Práctico Penal 2025, Madrid, 2025, pp. 1872-1883.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique y BASSO, Gonzalo: *La pena: nociones generales*, en Manual de Introducción al Derecho Penal, Madrid, 2019, pp. 161-190.
- SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén: *Robo de identidad personal a través de la manipulación o el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, ¿necesidad de una tipificación específica?*, Revista General de Derecho Penal, 2016.
- SANMARTÍN GARCÍA-OSORIO, María Eugenia: *La suplantación de identidad digital. Especial referencia al artículo 172 ter.5 del Código penal*, Revista General de Derecho Penal, 2024.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho Penal. Parte General, Madrid, 2025.
- SOLARI MERLO, Mariana Noelia: *Suplantación de identidad digital: ¿necesidad de criminalización?*, Cuadernos de Política Criminal, 2022, pp. 125-164.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Ciberdelincuencia, suplantación de la identidad de un cliente («phishing») y responsabilidad civil del banco*, Diario La Ley, 2025.

10. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DELITO DE INTRUSISMO

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO
Profesor emérito de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

El vigente Código penal contempla, dentro del Título XVIII del Libro II (dedicado a las Falsedades), un Capítulo V, que denomina «De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo» conteniendo los artículos 402, 402 bis y 403 tras la reforma operada en el texto legal por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Las figuras delictivas allí contenidas y calificadas como «usurpaciones» (del estado civil, de funciones públicas, uso público indebido y no autorizado de determinados atributos oficiales e intrusismo), son denominadas, quizás impropriamente, como «falsedades personales» para diferenciarlas de las clásicas «falsedades documentales» del Capítulo II, si bien, contra su inclusión entre los preceptos relativos a las falsedades no puede aducirse la diversidad de los bienes jurídicos afectados, pues las falsedades, en sus distintas formas, se caracterizan más por la modalidad del ataque al bien jurídico, centrado en la manipulación o la simulación, que por las especiales connotaciones del interés jurídicamente protegido¹. Las falsedades personales recaen sobre la calidad de las personas y consisten en que el sujeto se atribuye una condición que no posee; en realidad, la rúbrica del Título XVIII (De las falsedades) no hace referencia al bien jurídico sino al medio comisivo, la alteración o mudamiento de la verdad, y a la consiguiente creación de una apariencia que no responde a la realidad².

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 1873.

² ECHANO BASALDÚA, 1998, pp. 747 y 752.

En pocas palabras, denominador común a todas las falsedades personales es el hecho de que el sujeto activo se sitúa en una posición jurídica para la que no reúne las condiciones o los requisitos exigidos y que, por tanto, no le es propia, con aptitud para inducir a error en otras personas³. En todo caso, su consideración como falsedades siempre resultó discutida⁴, pues, de hecho, cabe que en ellas no haya siquiera falsedades en sentido estricto⁵, bastando sólo con que se realicen determinadas conductas de atribución, usurpación o ejercicio indebido de actividades o calidades para cuyo ejercicio se requieren determinados requisitos legales⁶.

En estas breves notas, dedicadas con todo afecto a mi compañero de tantos años en la UAM, y de cuya amistad me sigo honrando, voy a referirme exclusivamente al contenido del artículo 403 CP, denominado comúnmente como delito de *intrusismo*, voz que aparece por primera y única vez en el Código penal en la rúbrica al Capítulo V, y que, resumidamente, puede definirse como «el ejercicio ilegal de una profesión sin poseer el correspondiente título habilitante»⁷, debiendo entenderse aquí por «profesión» aquella actividad cuyo ámbito de competencia viene definido en una norma y para cuyo desempeño se exige también, normativamente, estar en posesión de algunos de los títulos previstos en el artículo 403 CP⁸.

Con independencia de otros antecedentes históricos⁹, el precedente legislativo del artículo 403 es el artículo 321 del derogado Código penal de 1973. Fue introducido en la revisión del Código Penal de 1944 operada por Decreto de 24 de enero de 1963, en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961 de 23 de diciembre y, en concreto, por su Base Quinta¹⁰. El precedente dio lugar a una viva polémica doctrinal y jurisprudencial acerca del alcance del concepto «título oficial» y, con ello, del tipo de intrusis-

³ LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 174; MORILLAS CUEVA, 2024, p. 1281.

⁴ LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1985, pp. 674-676.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2023, p. 371.

⁶ MUÑOZ CONDE, 2023, p. 761.

⁷ BORJA JIMÉNEZ, 2023, p. 2544.

⁸ LLORIA GARCÍA, 2018, p. 921.

⁹ SERRANO TÁRRAGA, 1997, pp. 15-37.

¹⁰ Cuyo tenor literal era el siguiente: «El artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieren actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales. Se agravará la pena para el que, además de cometer los indicados actos, se atribuyese públicamente, sin serlo, la calidad de profesional. El artículo 572 castigará como autores de una falta a los que, sin estar habilitados legalmente, ejerzan actos de una profesión reglamentada que no requiera título facultativo, pero sí permiso o capacitación oficial, y a los que, teniendo título o grado facultativo, ejerzan la profesión sin estar inscritos en el Colegio, Corporación o Asociación oficial respectivos».

mo que incorporaba; se discutía, en concreto, si título oficial equivalía sólo a título académico oficial, zanjando la cuestión el Pleno del Tribunal Constitucional en la polémica STC 111/1993, de 25 de marzo, al resolver un recurso de amparo abocado al mismo¹¹ y promovido por un miembro de la autodenominada Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones (GIPE.), que puso fin a la polémica, al menos en lo que respecta a dicha actividad, con una respuesta afirmativa. Por tanto, en cuanto a lo que debe entenderse por «título académico», lejos queda ya, aparentemente, dicha polémica doctrinal y jurisprudencial acerca del significado de «título oficial»¹², y cuya carencia se erigía en elemento nuclear del tipo¹³.

Los hechos que denunciaba el recurrente en amparo se ceñían, básicamente, a que venía ejerciendo profesionalmente la actividad de intermediario inmobiliario, sin estar en posesión del título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, y que, a consecuencia de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante, fue condenado, tanto por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de esa ciudad, como por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, como autor de un delito de intrusismo del artículo 321.1 del Código Penal, lo que entendía vulneraba las exigencias derivadas del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE.

En pocas palabras, el Tribunal Constitucional determinó que la subsunción en el artículo 321.1 del Código Penal del ejercicio de actos propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, sin poseer la correspondiente titulación oficial, obedece a una interpretación extensiva de dicho precepto que resulta incompatible con las exigencias dimanantes del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE, en virtud de las cuales el «título» al que dicha norma se refiere ha de identificarse con un «título académico». Como quiera que la titulación exigida para ejercer la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria no es «académica», la conducta de quien realiza actos propios de dicha profesión sin poseer la capacitación oficial que para ello se requiere no puede ser

¹¹ El carácter polémico de esta Sentencia provenía, no de su argumentación en sí relativa a que el artículo 321 se refería sólo a los títulos académicos, sino de su afirmación de que la tesis contraria infringía el principio de legalidad y de la consecuente impresión de que el Tribunal Constitucional se había arrogado competencias interpretativas que sólo competen a la jurisdicción ordinaria. RODRÍGUEZ MOURULLO, 2002, p. 1485.

¹² Digo «aparentemente», porque la introducción *ex novo* de una nueva figura en el segundo inciso del primer párrafo del artículo 403 en el que viene a exigirse «un *título oficial* que acredite la capacidad necesaria y habilite legalmente» (para el ejercicio de la actividad profesional), ha suscitado otra vez alguna duda a la doctrina. BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *EPC*, 1998, pp. 7-38; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1997, pp. 1082-1084; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ARAJL*, 2004, pp. 793-796; MORALES PRATS, *RDPP*, 2020, pp. 13-21; QUINTERO OLIVARES, 2024, pp. 1272-1273.

¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, *ARAJL*, 2004, pp. 785 ss.

incluida dentro del delito de intrusismo¹⁴. Con posterioridad, la STC 174/2000, de 26 de junio, FJ 2, insiste en su argumentación en «que se incurría en una aplicación analógica, prohibida por el artículo 25.1 CE si se condenaba por este delito sobre la base de entender que los términos “título oficial” eran interpretables en el sentido de “títulos no académicos” o “títulos no universitarios”, es decir, si se condenaba por realizar actos propios de una profesión que no requiriera una titulación universitaria», añadiendo que «es contrario al principio constitucional de proporcionalidad entre el injusto y la pena, en relación con el reconocimiento a la libre elección de profesión u oficio que establece el artículo 35 CE, dispensar la intensa protección penal del artículo 321 del Código Penal de 1973 frente a injerencias en profesiones que, precisamente por no requerir un título académico oficial, no afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional –como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad–; pues en tales casos, como señala la STC 111/1993, bastaría con la mera imposición de una sanción administrativa».

Lo verdaderamente relevante a efectos constitucionales no es si la profesión exige como uno más de entre los requisitos necesarios para ejercerla el disponer de un título universitario, sino si el título en sí de la profesión de que se trate es un título académico, para cuya obtención sea preciso haber superado estudios superiores específicos y que sea expedido por una autoridad académica (STC 111/1993, FJ 9).

La sentencia del Pleno del TC, en definitiva, como se señalaba en la Instrucción núm. 4/1993, de 28 de abril, de la Fiscalía General del Estado, «viene a establecer que el “título académico” es equivalente a “título universitario” oficial, reconocido por disposición legal o por Convenio Internacional. Distinque también entre aquellas profesiones que inciden sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia –vida, integridad corporal, libertad y seguridad–, en comparación con aquellas que recaen sobre intereses sociales de menor entidad, cual es sin duda, el patrimonio inmobiliario, quedando satisfecho su protección y control mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial

¹⁴ Doctrina seguida por veintiocho resoluciones más que aplicaron la referida doctrina sobre el mismo tema (SSTC 131/1993, 132/1993, 133/1993, 134/1993, 135/1993, 136/1993, 137/1993, 138/1993, 139/1993 y 140/1993, todas ellas de 19 de abril; 200/1993 y 201/1993, ambas de 14 de junio; 215/1993, de 28 de junio; 222/1993 y 223/1993, de 30 de junio ambas; 240/1993 y 241/1993, ambas de 12 de julio; 248/1993, 249/1993 y 250/1993, todas ellas de 19 de julio; 260/1993, de 20 de julio; 277/1993, de 20 de septiembre; 295/1993, de 18 de octubre; 339/1993, de 15 de noviembre; 348/1993, de 22 de noviembre; 123/1994, de 25 de abril; 239/1994, de 20 de julio, y 274/1994, de 17 de octubre), habiendo sido aplicada igualmente dicha doctrina a la usurpación de las funciones propias de los Gestores Administrativos en las SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, y 142/1999, de 22 de julio.

para su ejercicio, y con la mera sanción administrativa a quienes realizaren “actos propios” de las mismas sin estar en posesión de dicha capacitación»¹⁵.

Señala en la actualidad el artículo 403:

«1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión».

El texto vigente es fruto de la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que, en lo que aquí concierne, derogó la falta contenida en el artículo 637 del CP¹⁶. El Preámbulo de la Ley, en su apartado XXI, señalaba:

«se modifica la regulación del intrusismo profesional: se incrementan las penas de multa previstas en el tipo básico; y se mejora la redacción actual de estos delitos incluyendo dentro del supuesto agravado aquéllos en que el culpable ejerce actos propios de una determinada profesión, no sólo cuando se atribuye públicamente la condición de profesional, sino también cuando realiza tales actos en un local o establecimiento abierto al público en el que se anuncia la prestación de servicios propios de aquella profesión. Con ello se pretende hacer frente a casos de intrusismo que no están expresamente previstos en la legislación actual, pero que son frecuentes en la práctica y suponen un evidente fraude que debe sancionarse».

Seguramente quiere hacerse referencia al espinoso tema de las especialidades médicas.

¹⁵ MORALES PRATS, *RDPP*, 2020, aportando hasta cinco criterios interpretativos con base tanto en argumentos hermenéuticos de tipo gramatical-formal, como de carácter sustantivo-teleológico.

¹⁶ El texto, redactado conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, sustituyendo la pena de arresto de uno a cinco fines de semana por la de localización permanente, rezaba así: «El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días». DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 2009, pp. 244 ss.

Del texto legal se deduce con claridad, una vez derogada la falta contenida en el anterior artículo 637, que, en el inciso primero del apartado 1 se contempla un tipo básico (ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico), conducta sancionada con la pena de multa de 12 a 24 meses; un tipo atenuado o privilegiado (si no se estuviere en posesión de dicho título cuando la actividad lo exige), que se castiga con la pena de multa de 6 a 12 meses; y unos tipos agravados (si, además, se atribuye públicamente esa cualidad profesional) en el apartado 2.a), y si se ejerce en establecimiento o local abierto al público, en el que se anuncia la prestación de los servicios propios de la profesión) en el apartado 2.b), ambos castigados con la pena de prisión de 6 meses a 2 años. Esta última conducta es la que se introduce por la reforma de 2015, sin que el incremento de pena encuentre justificación alguna ni en razones de necesidad ni de política criminal¹⁷, dudándose, incluso, de la compatibilidad de las agravaciones con el principio de proporcionalidad penal, desarrollado en los últimos tiempos por la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁸.

En este sentido, la más reciente STC 75/2024, de 8 de mayo, FJ 5, compendia la doctrina constitucional al respecto, señalando, que «desde la perspectiva constitucional, solo cabrá calificar la reacción penal como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (STC 8/2024, FJ 6). Para ello debemos atender al conjunto de intereses protegidos por la norma impugnada o a si los fines inmediatos y mediatos tutelados por esta son suficientemente relevantes, ya que, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 55/1996, FJ 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, FJ 9). En segundo

¹⁷ LLORIA GARCÍA, 2015, p. 712; ORTS BERENGUER, 2015, p. 1100; QUINTERO OLIVARES, 2024, p. 1275.

¹⁸ Singularmente desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, y las posteriores 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio. RODRÍGUEZ MOURULLO, 2002, pp. 74-78.

lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (así, por ejemplo, SSTC 136/1999, FJ 23, o 91/2021, FJ 11.1)». En definitiva, toda intervención limitadora de derechos por parte del Estado sólo puede quedar justificada si resulta idónea, necesaria y proporcional (en sentido estricto), es decir, en la medida de que una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada ¹⁹.

Con anterioridad a la reforma y, por tanto, la inclusión de la nueva agravación, la casi totalidad de la doctrina penal había llegado a conclusión similar ²⁰, en el que el interés que se lesiona es la seguridad del tráfico jurídico fiduciario ²¹, si bien la cuestión en torno al bien jurídico en el delito de intrusismo no era, ni es, pacífica en la doctrina ²².

Como señaló la STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 7, y posteriormente, la STC 181/2008, de 22 de diciembre, FJ 5, «el tipo penal que describe el delito de *intrusismo* presenta una estructura de ley penal en blanco; “esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta” (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3). Esa conclusión, avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, está sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos a que remiten nociones como “título oficial” o que “habilite legalmente para su ejercicio”, sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas, materia que conforma el sustrato de regulación del delito de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales (“títulos oficiales”, “actos propios de una profesión”, etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo, se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser

¹⁹ CANCIO MELIÁ, 2019, p. 81; MORILLAS CUEVA, 2024, p. 1288.

²⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, *RGLJ*, 1969, p. 43; PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 1883.

²¹ LLORIA GARCÍA, 2001, pp. 192-195.

²² ESCOBAR MARULANDA, *ADPCP*, 1994, pp. 65 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 1998, pp. 44-79; QUINTANAR DÍEZ, *CPC*, 2005, pp. 123 ss. Un buen resumen de las distintas posiciones doctrinales en OTERO GONZÁLEZ, 2011, pp. 1545-1547.

actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial». En sentido similar la STS 324/1919, de 20 de junio.

Como se ha expuesto anteriormente, en el Código penal vigente ya no aparece la falta contemplada en el artículo 572 del Código penal anterior, consistente en ejercer «profesión sin haberse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial» en los casos en que este requisito era exigido reglamentariamente. La supresión de esta falta de carencia de colegiación fue acertada, al eliminar la, hasta entonces, censurable contribución del Derecho penal a los intereses corporativos de los colegios profesionales²³, que, desde luego, no puede calificarse como el bien jurídico que aquí se protege, que sería más bien el control administrativo de ciertas actividades profesionales y que constituye también bien jurídico la seguridad abstracta que procura este control respecto a ciertos intereses individuales y colectivos²⁴, o, si se quiere, la potestad del Estado de expedir títulos que capaciten para el ejercicio de ciertas profesiones (las consideradas más relevantes socialmente)²⁵.

Como ya señalara la jurisprudencia, antes de la reforma de 2015, «A la hora de tipificar el intrusismo, siendo la primera vez que aparece este término en la rúbrica de un Código Penal, el entonces vigente Código Penal distinguía cuatro situaciones de menor a mayor importancia: a) La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del artículo 637; b) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito “que tantos problemas ocasiona” en palabras de la STS 454/2003 de 28 de marzo, con cita de la de 12 de noviembre de 2001; c) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y

²³ La Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, establece en su artículo 3.2 que «Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal» (art. 3.2). la STC 89/1989, de 11 de mayo, al resolver la Cuestión de inconstitucionalidad 350/1985, declaró que el artículo 3.2 no era contrario a la Constitución.

²⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, 2002, p. 1487.

²⁵ SERRANO TÁRRAGA, 1997, p. 52; FARALDO CABANA, 1999, p. 556; GÓMEZ MARTÍN, 2023, p. 508. En contra, LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, 1985, pp. 678-688; OTERO GONZÁLEZ, 2011, p. 1547; BORJA JIMÉNEZ, 2023, p. 2545; y CÁMARA ARROYO, 2024, p. 990, que lo consideran un delito pluriofensivo.

por tanto derecho vigente según el artículo 96 de la CE, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión; d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado»²⁶.

La diferencia entre este delito y la falta del segundo inciso del derogado artículo 637, impropriamente denominada a veces de intrusismo²⁷, estribaba en que, mientras en el hecho delictivo, es decir en el delito tipificado en el artículo 403, la esencia del delito consiste en la realización de actos propios de una profesión sin tener capacitación y titulación para ello, entendido el acto propio como aquél que específicamente está atribuido a un profesional concreto con exclusión terminante de las demás personas, que al ejercer tal acto propio sin tal cualidad profesional incurre en la infracción penal grave²⁸, por el contrario, en la mera falta del artículo 637 se sancionaba como infracción leve el hecho de atribuirse públicamente una cualidad profesional por parte del sujeto activo sin el título correspondiente, pero sin que tal atribución vaya acompañada del ejercicio de actos propios de la profesión.

La conducta típica consistía, pues, en atribuirse públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico²⁹ que no se poseía. La atribución, esto es, la asignación que uno hace de algo como de su competencia, en este caso de la cualidad de profesional, debe efectuarla el propio sujeto, pero, aquélla puede producirse tanto de manera expresa como tácita, cuando un tercero se la atribuye y él no la rechaza³⁰, siempre que sea susceptible de inducir a error a los restantes individuos. El intrusismo se produce, pues, cuan-

²⁶ Cfr. STS 407/2005, de 23 de marzo. En idéntico sentido las SSAP Badajoz 3.ª 233/2005, de 20 de octubre; Barcelona 6.ª, de 4 de enero de 2007, entre otras.

²⁷ Pues no era propiamente intrusismo lo que castigaba el artículo 637. RODRÍGUEZ MOURULLO, 2002, p. 1483.

²⁸ El delito se consuma con la realización de un solo acto propio de la profesión, sin que sea necesaria la habitualidad, salvo que se trate de profesiones a las que es inherente una cierta habitualidad, y sin que la repetición de actos de lugar a un concurso de delitos. ÉCHANO BASALDÚA, 1998, p. 821; FARALDO CABANA, 1999, pp. 562 y 566; PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 1882; QUINTERO OLIVARES, 2024, p. 1273.

²⁹ La expresión legal «título reconocido en España» permite incluir la homologación de títulos extranjeros (*vid.* RD 889/2022, de 18 de octubre, por el que se establecen las condiciones y los procedimientos de homologación, de declaración de equivalencia y de convalidación de enseñanzas universitarias de sistemas educativos extranjeros y por el que se regula el procedimiento para establecer la correspondencia al nivel del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior de los títulos universitarios oficiales pertenecientes a ordenaciones académicas anteriores), si bien, hasta que la Administración no reconozca esa validez no se posee título reconocido a los efectos del artículo 403 CP. Así, también, OTERO GONZÁLEZ, 2011, p. 1554, y SSTS 324/2019, de 20 de junio (RJ 2019/2577), FJ 2; 167/2020, de 19 de mayo (RJ 2020/1188), FJ 13; 26/2025, de 20 de enero (JUR 2025/6532), FJ 2, entre otras. *Vid.*, también el RD 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

³⁰ LLORIA GARCÍA, 2001, pp. 460-464.

do se engaña al potencial público sobre la realidad de la preparación técnica y académica que se posee³¹. Pero, no basta con que el autor se arrogue la condición que usurpa, sino que es necesario que tal atribución se haga «públicamente», es decir, que sea notoria, utilizando un medio de exteriorización que por su condición tenga aptitud para llegar a una pluralidad indiscriminada de personas, como ocurre cuando se anuncia a través de la prensa, radio, rótulos, hojas impresas u otro medio de alcance semejante³². En todo caso, resulta dudoso que, por ejemplo, la instalación de una placa, un anuncio publicitario o la utilización de una tarjeta en la que conste la calidad de médico o abogado, implique ya *per se* el ejercicio de la profesión y, en consecuencia, debiera aplicarse el artículo 403 CP.

El delito puede calificarse como de mera actividad y de carácter permanente, de ahí que la usurpación de la actividad profesional desarrollada durante meses o años constituirá tan solo un hecho delictivo³³. Se suscita una interesante cuestión concursal cuando el autor de este delito no sólo se atribuye públicamente la condición de profesional, sino que se hace pasar, además, por una persona concreta, que sí se encuentra en posesión de dicho título, pues entonces se ha de entender cometido también el delito de usurpación del estado civil (art. 401 CP), a resolver por las reglas del concurso aparente de normas del artículo 8.4.ª CP que lleva a aplicar la pena del artículo 401 CP, so pena de quebrantar el principio *non bis idem*³⁴. También podrá apreciarse un concurso aparente de normas con el artículo 38 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea. En general, se suscitan posibles concursos con otros delitos, fundamentalmente con los de falsedad documental, de estafa³⁵ y con delitos contra la vida, cuando se produzca impericia³⁶.

Tanto en esta conducta, como en la anterior de uso de prendas o signos, el elemento de la publicidad integra la clave de su ilicitud, al tratarse de conductas falsarias que son objetivamente susceptibles de crear una apariencia de que se ostenta la condición o distinción que aquéllos acreditan. En definitiva, la falsedad personal contenida en el artículo 403 CP pone en relación la activi-

³¹ QUINTERO OLIVARES, 2024, p. 1273.

³² STS 125/2022, de 14 de febrero; SAP Navarra 3.ª 36/2008, de 14 de febrero; SAP Barcelona 9.ª, 911/2022, de 13 de diciembre.

³³ BORJA JIMÉNEZ, 2023, p. 2546.

³⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 1883.

³⁵ SSTs 407/2005, de 23 de marzo (RJ 2005/4309); 1191/2005, de 10 de octubre (RJ 2005/8235); 34/2006, de 29 de septiembre (RJ 2006/6400); 305/2010, de 12 de abril (RJ 2010/5551); 201/2012, de 20 de marzo (RJ 2012/5309); 590/2016, de 5 de julio (RJ 2016/3365), y 26/2025, de 20 de enero (RJ 2025/6532), entre otras.

³⁶ CHOCLÁN MONTALVO, 1998, pp. 222-243.

dad profesional desplegada por el sujeto y la existencia de un título (de grado medio o superior) que acredita una calidad mínima del servicio dispensado; la defraudación en la posesión del título afecta a la confianza que éste otorga en la prestación de la actividad profesional³⁷. Obsérvese, no obstante, en cuanto al intrusismo profesional de este artículo 403 CP, que puede no ir acompañado de falsedad alguna³⁸.

Desde el punto de vista subjetivo, este delito solo es punible a título de dolo, que debe abarcar todos los aspectos objetivos del hecho, sin que se exija ningún elemento subjetivo adicional³⁹, pudiendo apreciarse supuestos de error de tipo, que sería atípicos, y de error de prohibición, a resolver conforme a las reglas generales del artículo 14.3 del CP⁴⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBOIX REIG, Joaquín y ORTS BERENGUER, Enrique: *Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXI, 1998, pp. 7-38.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *Intrusismo profesional*, en Comentarios al Código Penal, tomo II, Valencia, 2023.
- CÁMARA ARROYO, Sergio: Derecho penal. Parte especial, Valencia, 2024.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: Manual de introducción al Derecho penal, Madrid, 2019.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: El delito de intrusismo. Usurpación de profesiones tituladas, Barcelona, 1998.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: Las faltas contra los intereses generales y contra el orden público en el Código penal español, Madrid, 2009.
- ECHANO BASALDUA, José Ignacio: *Las denominadas falsedades personales*, en Compendio de Derecho penal. Parte especial, vol. II, Madrid, 1998, pp. 815-822.
- ESCOBAR MARULANDA, Jorge Guillermo: *El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 47, 1994, pp. 65-110.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Algunos aspectos del delito de intrusismo*, en Lecciones de Derecho sanitario, A Coruña, 1999, pp. 555-568.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Intrusismo profesional*, en Manual de Derecho penal. Parte especial, tomo I, Valencia, 2023, pp. 508-517.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: Comentarios al Código Penal, Madrid, 1997, pp. 1080-1084.

³⁷ BORJA JIMÉNEZ, 2023, p. 2545. STS 324/2019, de 20 de junio (RJ 2019/2577).

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2023, p. 371.

³⁹ CHOCLÁN MONTALVO, 1998, p. 1290; PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 1882.

⁴⁰ OTERO GONZÁLEZ, 2011, p. 1556.

- LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Problemas del intrusismo en el Derecho penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 38, núm. 3, 1985, pp. 669-702.
- LLORIA GARCÍA, Paz: *El delito de intrusismo profesional*, Valencia, 2001.
- *Intrusismo profesional*, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, 2015, pp. 709-715.
- *El delito de intrusismo, unos años después*, en *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Madrid, 2018, pp. 911-925.
- MORALES PRATS, Fermín: *Contenido y límites del delito de intrusismo en el Código Penal de 1995*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2020, pp. 13-21.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Falsedades personales*, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2024.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2023.
- ORTS BERENGUER, Enrique: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar: *Intrusismo*, en *Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Valencia, 2011, pp. 1545-1561.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Usurpaciones (falsedades personales)*, *Memento práctico penal*, Madrid, 2024, pp. 1872-1883.
- QUINTANAR DÍEZ, Manuel: *La posible despenalización del intrusismo*, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 85, 2005, pp. 117-148.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentarios al Código Penal español*, tomo II, Madrid, 2024.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *El delito de intrusismo*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 226, núm. 2, 1969, pp. 231-296.
- *Algunas consideraciones sobre el delito de intrusismo*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 1471-1490.
- *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2002.
- *Título académico y título oficial en el delito de intrusismo: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003*, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, Madrid, 2004, pp. 783-798.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores: *El delito de intrusismo profesional*, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 2023.

11. EL OSCURO SECRETO DE LA OMISIÓN DE IMPEDIR DELITOS (O ¿CUÁNTO ES 450 MENOS 195?)

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER
Catedrático de Derecho penal
Universidad Carlos III de Madrid

I. ¿CUÁNTO ES 450 MENOS 195?

La omisión de socorro básica (art. 195.1 CP) está penada con 3 a 12 meses de multa. La omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 450 CP) está penada con 6 a 24 meses de multa (el doble), pero si el delito no impedido es contra la vida, la pena del se dispara hasta prisión de 6 meses a 2 años. Así, no evitar la muerte de una persona desamparada tiene pena de multa de 3 a 12 meses, pero no evitar una muerte *delictiva* de una persona tiene pena de prisión de hasta 2 años¹.

No parece que la diferencia de pena pueda deberse al *tipo de conducta* exigida en una y otra modalidad. Como recoge el CP, la conducta debida en ambos casos puede consistir en recabar auxilio ajeno. De hecho, si se comparan ambas conductas debidas, puede sostenerse que *caeteris paribus* el deber de impedir el delito puede llegar a ser más gravoso que el deber de socorrer a otro²: ello no justificaría que la pena del artículo 450 fuese más alta que la del artículo 195, sino todo lo contrario.

¹ Esta diferencia de pena la hallamos en otros ordenamientos, como el alemán (cfr. §§ 323c y 138 StGB) o el austríaco (cfr. §§ 95 y 286 öStGB).

² OSTENDORF, 2017, § 139/6.

Por ello, procede preguntarse *¿qué diferencia valorativa media entre no evitar una muerte y no evitar una muerte «delictiva», que pueda justificar tal incremento de la pena?* ¿Qué es el delito de omisión de impedir determinados delitos (art. 450 CP), además de una omisión de socorro (art. 195 CP)? Con otras palabras: para el Código Penal, ¿cuánto es 450 menos 195?

II. EL DEBATE SOBRE EL BIEN JURÍDICO

1. ¿Protege el artículo 450 un bien jurídico *adicional* a los que protege el artículo 195 CP?

Una de las respuestas estándar a esta pregunta ha sido que el delito del artículo 450 CP protege lo mismo que el del artículo 195 CP, pero *además* protege el bien jurídico «Administración de Justicia», ya que frustra el surgimiento de un procedimiento penal para la persecución un delito³. Ese *plus* sería el que justificaría el incremento de sanción⁴.

La doctrina mayoritaria⁵ siempre rechazó, con razón, que el delito de omiso impedimento de delitos supusiese un menoscabo de la Administración de Justicia, pues no frustra procedimiento judicial alguno: eso se podría predicar de la omisión de *denuncia* de delitos, pero en nuestro Código Penal la omisión de denuncia sólo importa como modo de impedir el delito (el Código Penal no recoge un deber de denunciar como tal: solo un deber de impedir, ya sea directamente, ya sea acudiendo a la autoridad)⁶. Dicho de otro modo: para el Código Penal, el que frustra la ejecución de un delito *pero luego no denuncia a su autor sino que mantiene oculta su identidad* no comete delito alguno⁷.

Por más que el servicio público al que se encarguen *ciertas* funciones de prevención de ciertos delitos pertenezca a una estructura pública (por ejemplo, la Administración de Justicia, policial, etc.), *no todo el que evita un delito desarrolla funciones administrativas, ni todo el que deja de evitarlo omite cum-*

³ Con un concepto amplio de administración de Justicia, LUZÓN PEÑA, 1982 p. 796 ss.; también GONZÁLEZ RUS, 2011, p. 1011. SANTANA VEGA, 2019, p. 743 considera que el «*deber de colaboración de los ciudadanos con la Administración de Justicia*» es el bien jurídico *único* de la modalidad del artículo 450.2, mientras que la del artículo 450.1 tiene, además, como bien jurídico «un *deber de solidaridad*».

⁴ Esta posición tuvo cierto predicamento en Alemania hace décadas (WELZEL, 1969, p. 516; BOKELMANN, 1980, §8. I), pero hoy es muy minoritaria.

⁵ Por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, p. 349; CANCIO MELIÁ, 1997, p. 1185.

⁶ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1994, p. 1042.

⁷ Similar, HOHMANN, 2017, § 138/1.

plir con ellas. De admitir esta construcción, deberíamos afirmar que la omisión de socorro podría ser *un delito contra la Protección Civil*.

Nótese que no delinque quien, pudiendo impedir el inicio de actos ejecutivos, deja que estos comiencen y se limita sólo a impedir que el delito llegue a consumarse. Por ejemplo: X tiene noticia de una conspiración para enviar a la víctima una botella de vino envenenado. Sin embargo, en vez de avisar a la policía para que detengan a los conspiradores e impidan el envío, se limita a avisar a la víctima para que no se beba el veneno. En este caso, X *no ha impedido que se cometa un delito* (intentado), sino que se ha limitado a impedir que ese delito cause una muerte, pero manteniendo oculta la identidad del sujeto activo y sin denunciarlo a las autoridades. La atipicidad de esta conducta muestra a las claras que el evento que la finalidad del artículo 450 CP evitar es la lesión de los bienes jurídicos personales y no otra cosa.

Por lo demás, y como ha señalado la doctrina, el hecho de que el delito del artículo 450 CP

— sólo abarque los *delitos contra los principales bienes jurídicos personalísimos* (y ningún otro);

— que además se establezca un escalonamiento punitivo, con una pena básica, una *agravada* cuando el delito no evitado atente contra la vida y una pena *atenuada* cuando la pena prevista para el delito no evitado sea menor que la del artículo 450; y

— que entre los sujetos obligados a evitar *no esté la propia víctima*⁸,
... hace difícil oponerse a la idea de que los bienes jurídicos protegidos al imponer este deber son *los mismos* que se protegen al criminalizar las conductas que se deben evitar.

Y es que, como se ha dicho, el hecho de que no se establezca un deber de *evitar delitos* sino de evitar sólo *un grupo de cuatro delitos definidos por los bienes jurídicos que protegen* hace difícil hablar de un atentado a un hipotético bien jurídico «función judicial/policial de evitar solo algunos delitos»; un grupo de delitos que, además, no se define porque sean los más graves⁹, sino por suponer ataques a bienes jurídicos personalísimos... que son precisamente

⁸ SOLA RECHE, 1999, p. 55 ss., menciona una posible excepción: el caso de que el delito se dirija contra ella y además contra otras personas (siempre que ella pueda impedirlo sin riesgo para sí o para terceros).

⁹ P. ej., el artículo 450 obliga a evitar lesiones básicas, penadas solamente con 3 meses a 3 años de prisión.

aquellos cuya protección justifica la creación de deberes positivos generales y delitos como la omisión de socorro.

Buscar el hipotético plus de lesividad de este delito en un daño a la Administración de Justicia *aparta la mirada del objetivo protector de esta figura penal*. Ese es el motivo por el cual la doctrina moderna, en España y Alemania, considera casi unánimemente que el bien jurídico protegido en este delito son los bienes jurídicos vida, integridad, salud, libertad y libertad sexual (de modo *primordial*¹⁰ o de modo *único*¹¹)¹². La idea de que la criminalización de estas conductas obedezca a la protección de un bien jurídico relacionado con las funciones judicial o policial va siendo abandonada paulatinamente¹³.

En su día Huerta Tocildo (1987, p. 205 ss.) propuso una explicación distinta para ese *plus* de pena: consistiría en que, además de proteger la vida, el castigo de este delito reportaba una utilidad social adicional a la que reportaba la represión de la omisión de socorro. Así, este delito no sólo servía para proteger el bien jurídico que en el concreto caso estaba en peligro, sino que además creaba una suerte de efecto preventivo-general, pues con él el legislador introducía «un mayor riesgo para el delincuente», que podría retraer la comisión de delitos.

El argumento es original pero no puede justificar la diferencia de pena que nos ocupa. En primer lugar, los estudios criminológicos no hallan ningún tipo de efecto preventivo-general en la vigencia del deber de impedir delitos¹⁴.

¹⁰ En la doctrina española, por todos, ver LUZÓN PEÑA, 1982, p. 797; HUERTA TOCILDO 1987, p. 204 ss.; SOLA RECHE, 1999, p. 18. En la doctrina alemana, por todos, TAG, 1995, p. 134.

¹¹ En la doctrina española, por todos, ORTOS BERENGUER, 1992; VIVES ANTÓN, 1996, p. 1889; LÓPEZ MORENO/FERNÁNDEZ. GARCÍA, 1998, p. 709; RUBIO LARA, 2003, p. 70.

En Alemania es posición mayoritaria: por todos, ver SCHÖNE, 1974, p. 114 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1979, p. 689 ss.; WESTENDORF, 1999, p. 59; RUDOLPHI, 2001, p. 830; KISKER, 2002, p. 174; RUDOLPHI/STEIN, 2016, § 138/2; OSTENDORF, 2017, § 138/3; STERNBERG-LIEBEN, 2019, § 138/1; HANACK, § 138/1.

¹² En contra, POMARES CINTAS, 2017, p. 873: «No se puede mantener, sin embargo, que el delito tutele, asimismo, los bienes jurídicos expresamente señalados en el precepto (vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual), pues éstos no son el auténtico objeto de protección». Esta conclusión se basa en que «no se exige que se consiga impedirlo» (argumento que, según entiendo, no abona su conclusión, pues tampoco se exige a los garantes: sólo se les exige una actuación conforme a deber), y que se castiga al omitente por abstenerse de realizar una conducta *para* evitar, pero no *por* no evitar (lo cual, si no yerro, en realidad supone asumir que *sí* tutela esos bienes jurídicos). De hecho, la propia autora termina admitiendo que «[c]on el artículo 450 CP se ofrece una forma de protección distinta de la vida» (p. 874).

¹³ Otra visión sostiene que el bien jurídico protegido en estos delitos pudiera ser *la seguridad de las personas* (por todos RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1994, p. 1042; LUZÓN PEÑA, 1982, p. 773 ss.; SOLA RECHE, 1999, p. 41), que parece en realidad otro modo de explicar cuál es la estrategia que el legislador usa para proteger los bienes jurídicos *vida, integridad física, libertad o libertad sexual*. De hecho, tanto LUZÓN como SOLA subrayan que el objeto principal de protección son estos bienes jurídicos. En todo caso, esta visión tampoco podría explicar la diferencia entre la pena del artículo 195 y la del artículo 450. Como se verá en el próximo epígrafe, LUZÓN varió recientemente su posición.

¹⁴ MARQUARDT/DANWITZ, 2004, p. 501 ss.

Pero en segundo lugar, y sobre todo, el problema se halla en que cuando hablamos de deberes de solidaridad, exigir a los ciudadanos *más* (no sólo «salvar vidas» sino también «combatir futuros delitos disuadiendo a los homicidas») supone *caeteris paribus* una *injerencia mayor en la esfera de libertad de estos*. Se trataría de una imposición más exigente, pero de eso no cabe deducir que su infracción sea más grave¹⁵.

2. **Antijuridicidad material. Las omisiones puras que infringen deberes «de solidaridad» no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos, sino que *dejan de protegerlos* en situaciones críticas. La inviabilidad de definir el bien jurídico como el deber infringido**

Todo este debate surge de una premisa errónea: analizar la lesividad o antijuridicidad material de los delitos de omisión pura como si fuesen delitos de resultado. Como afirma Luzón Peña (2025, p. 584): «En los delitos de omisión pura o propia... no rige el concepto material de antijuridicidad de los delitos normales, los comisivos: el del fundamento material de la antijuridicidad como lesión o peligro (reprobable y grave) de algún bien jurídico ... sino que excepcionalmente se considera suficiente como fundamento material de la antijuridicidad *la falta de apoyo o fomento de bienes jurídicos muy importantes necesitados de tal apoyo* para su plena vigencia»¹⁶.

La diferencia no es un simple juego de palabras, y se entiende perfectamente cuando se analiza el debate sobre el bien jurídico en el delito de omisión de impedir determinados delitos. La doctrina clásica, al buscar el bien jurídico *lesionado* por este delito no puede hallar un bien material similar a la vida, el patrimonio, etc. que resulte dañado o puesto en peligro por la conducta típica, ya que esta conducta *no genera ni incrementa riesgo para ningún bien jurídico*: la infracción de un deber cívico general o «de solidaridad» consiste en *no ayudar*, pero a ella no se le puede atribuir el daño a un bien jurídico.

A partir de ahí surge el equívoco. En la búsqueda de *lo lesionado* por un delito que no consiste en lesionar nada, se termina acudiendo de una u otra

¹⁵ Similar, OSTENDORF, 2017, § 139/6.

¹⁶ Añadiré: esto es consecuencia de la naturaleza de *omisión pura de infracción de un deber cívico general*, y no del dato inesencial de que el legislador haya construido el delito de modo tal que no haya variación en la pena por el hecho de que se produzca o no el daño al bien jurídico en cuestión. De hecho, hay ordenamientos que prevén una pena distinta para la omisión de socorro dependiendo de si el sujeto desamparado finalmente resulta muerto (§ 95.1 StGB austríaco) o incluso lesionado (art. 593 CP italiano).

manera a lo único que «lesiona» el sujeto: su deber de actuar. En efecto, eso es lo aludido mediante referencias como la lesión de *la solidaridad*, la lesión del *deber cívico*, la lesión de *las tareas de colaboración con la institución pública* X o, incluso, «la necesidad de que toda la ciudadanía colabore con el ideal de justicia y contra la comisión de delitos aportando lo que de su parte pueda hacerse sin riesgo»¹⁷).

He ahí el problema central. Definir el bien jurídico en estos casos como *la infracción del deber que subyace al delito* no sólo es incorrecto en términos técnicos¹⁸, sino además improcedente en términos políticos y constitucionales¹⁹. Siendo cierto que quien delinque infringe un deber, cuando nos preguntamos por el bien jurídico nos referimos al interés que legitima *la imposición de ese deber* y también la *sanción de su infracción*. Quien sostiene que el bien jurídico es el deber lesionado, elude la pregunta por el bien jurídico que protege ese deber (por decirlo de otro modo: si el bien jurídico protegido por el *delito* del artículo 450 es un deber de colaborar con la justicia, ¿cuál es el bien jurídico que protege el legislador al imponer *ese deber* de colaborar con la justicia impidiendo homicidios, lesiones, etc.?)²⁰. Contestar que el delito protege *el deber de no cometerlo* (o *el deber cuyo incumplimiento es criminalizado por el tipo penal*) no responde a la pregunta²¹.

En un sentido similar, decir que las omisiones de socorro o de impedir delitos dañan un principio de *solidaridad* es similar a afirmar que el homicidio daña el principio *neminem laedere*: decir que la omisión de impedir delitos lesiona «el deber de intervenir» es tan cierto y tan irrelevante desde la perspectiva de la legitimación de las normas penales como afirmar que el homicidio daña «la prohibición de matar».

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, 1996, p. 1294.

¹⁸ Sobre la distinción entre bien jurídico e infracción de un deber, ver por todos AMELUNG, 1991, pp. 269 ss.; AMELUNG, 2007, pp. 227 ss., pp. 246 ss.

¹⁹ ORTS, 1992, p. 252; VIVES, 1996, p. 1889; HEFENDEHL, 2017, pp. 179 ss., p. 191.

²⁰ Efectivamente, no sólo la norma de sanción, sino también la norma de conducta (en lo que aquí nos interesa: el deber jurídico de colaborar en la prevención de delitos) requiere también una legitimación desde la perspectiva de la protección de los bienes jurídicos: FREUND, 1992 p. 54, en especial nota 12; pp. 88 ss., 105 ss., 125 ss.; FREUND, 2090, pp. 1/5 ss., 1/8 ss., en especial nota 11.

²¹ La misma valoración merece la búsqueda del bien jurídico en la solidaridad humana (que, además, tampoco logra explicar la diferencia punitiva entre el artículo 195 y el artículo 450). En sentido técnico, la solidaridad no es el bien dañado, sino la especialísima institución mediante la que se pretende proteger adicionalmente los bienes jurídicos más importantes creando «deberes positivos generales». Para proteger la mayoría de los bienes jurídicos se establecen únicamente normas de no lesión (que obedecen a la estructura básica de responsabilidad *neminem laedere*), pero para proteger un grupo muy reducido de bienes jurídicos se establecen normas adicionales que no sólo exigen no lesionar sino además evitar daños que no tienen nada que ver con nosotros: se trata de evitar sucesos no porque sean nuestra «competencia», sino en virtud de una obligación «de solidaridad». En la doctrina alemana, por todos, ver JAKOBS, 2007, pp. 7/57, 7/67-68, 28/11 ss. En la doctrina española, por todos, ver SILVA, 1986, pp. 306, 340 ss., 344.

3. ¿Deben tener la misma pena ambos delitos?

Una posible conclusión lógica tras lo expuesto es que *ambos delitos deberían tener el mismo marco penal*. En efecto, el delito de omisión de impedir delitos sería una subespecie de la omisión de socorro, y no se halla un motivo cualificado que explique por qué debe imponerse una pena mayor al primero que al segundo. Así, Kisker (2002, p. 184) ha propuesto que la omisión de impedir delitos mediante denuncia (§§ 138-139 StGB) se *rebaje* hasta igualarla a la de la omisión de socorro; mientras que Westendorf han propuesto equiparar ambas penas por la vía inversa de *eleva*r la de la omisión de socorro del § 330 c (1999, p. 291 ss.).

III. HIPÓTESIS PARA UNA EXPLICACIÓN INCÓMODA (PERO NO PARA UNA JUSTIFICACIÓN)

En las siguientes páginas se enunciarán algunas hipótesis que pretenden ayudar a explicar, al menos en parte, a qué obedece esta diferencia punitiva. Esta explicación, como se verá, no es legitimadora. La perspectiva que se defenderá a continuación parte de una contemplación crítica de la regulación contenida en el artículo 450 CP, y considera que este *plus* punitivo encarna un residuo autoritario sumamente problemático bajo la perspectiva constitucional, por lo que debería eliminarse.

1. *Orígenes autoritarios*. El delito de omisión de impedir delitos no es una creación del Estado Social ni se basa en el pensamiento político de la solidaridad²². Se trata de un delito muchísimo más antiguo, contenido ya en los textos penales medievales de derecho común. En sus autoritarios orígenes se entremezcla con el *crimen retitentie* o delito de omisa denuncia de delitos ya cometidos, pues en ocasiones se llega a castigar con la misma pena a quien *no evita* un homicidio y a quien *no denuncia* un homicidio ya cometido. En tales regulaciones el aspecto nuclear no era la protección de la vida, sino la insumisión ante un deber de colaborar con la justicia real²³. En todo caso, parte de un nivel de exigencia muy elevado a los súbditos, que están obligados bajo graves

²² Debe distinguirse entre el *pensamiento político* de la solidaridad, base del Estado Social, y la solidaridad como *estructura de imputación* que obliga a evitar daños que no son competencia del obligado. Esta segunda acepción de la solidaridad puede hallarse tanto en preceptos inspirados por un pensamiento político solidarístico como en otros que plasman visiones autoritarias de la relación entre persona y Estado.

²³ CARPZOV, 1670, qu. CXXXIV, subqu. 5, núm. marg. 63 ss.

penas a participar en la prevención de delitos. De no hacerlo, como veremos, con frecuencia responderán como *partícipes* en el delito. La idea latente es la de que quien no impida o denuncie el delito del que tiene noticia *está del lado de su autor*, como su *socius*.

2. *Función real de tipo de sospecha o tipo de recogida*. Esta idea, como una especie de *pecado original*, subsiste en el moderno delito de omisión de impedir delitos. En su praxis se detecta con claridad que se emplea como *tipo de sospecha* o *tipo de recogida* para condenar cuando no es posible condenar al sujeto como partícipe en un delito de homicidio, lesiones, violación, etc.

Atendiendo a la función *real* que este precepto desempeña en la praxis jurisprudencial, cabe sospechar que el motivo *real* que está detrás de esta diferencia de pena es que con ella se está castigando algo distinto y adicional a la mera no protección de los bienes jurídicos vida, integridad física, libertad o libertad sexual:

— En unas ocasiones, una participación no suficientemente probada en un delito (función de delito de sospecha).

— En otras, la omisión de un sujeto con un deber especial de evitar un resultado, pero que por el motivo que sea no merece, en opinión del tribunal, la pena correspondiente a la autoría o la participación por omisión en el delito no evitado (función de tipo de recogida).

1. Orígenes autoritarios de la criminalización del omiso impedimento de delitos

En numerosos textos antiguos²⁴ que no prevén deberes de socorro generales sí hallamos delitos de omisión del deber de impedir delitos: y en no pocas ocasiones califican esa conducta como *participación por omisión en el delito no impedido* (*conkursus negativus*). Otras veces lo criminalizan en el contexto de la tutela de la Administración de Justicia Real, que en el Antiguo Régimen se protegía con elevadas sanciones.

Geib²⁵ relata que en la Edad Media, tanto en el derecho alemán como en la doctrina de los prácticos italianos, se prevé la punición de la omisa evitación de delitos únicamente para determinados delitos (traición, sedición, violación,

²⁴ Sobre los orígenes históricos de esta figura desde el Derecho Romano hasta el siglo XVIII, ver GEIB, 1862 § 113 (pp. 338 ss.); sobre la cuestión en el Derecho canónico, ver también FORTZIK, 1919, p. 12.

²⁵ GEIB, 1862, 1862, pp. 390 ss.

etc.); pero que, no obstante, según se avanza hacia el siglo XVIII se va extendiendo la punición a todos los *crimina atrocia* e incluso más allá. En estos delitos se contemplaba la omisión de impedir delitos como una *participación por omisión* o *concursum negativum*²⁶. Las *Practicae novae* de Carpzov y comentaristas de la Constitutio Criminalis Carolina como Krefß o Böhmer afirmaban que en los delitos más graves el *Mitwisser* o *consciens* era un partícipe²⁷.

En el tránsito del siglo XVIII al XIX hallamos esa idea ya traspuesta a diversos textos legales. Expresamente habla de participación en el delito mediante su no impedimento el influyente *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794, §§ 80 a 82; y ya en el siglo XIX el § 78 del Código bávaro de 1813 –creación de Feuerbach–, el Código Penal del Ducado de Sajonia-Weimar (XIII, Regla 54) o el §39 del Código Penal prusiano de 1851.

Poco a poco el pensamiento liberal fue atenuando esta autoritaria regulación. Es muy ilustrativo ver cómo Stübel, un académico que desarrolló su carrera entre los siglos XVIII y XIX, fue cambiando paulatinamente sus ideas sobre esta figura. En sus primeras obras compartía la idea de que el súbdito que no impide un delito es asimilable a quienes lo cometen (de hecho, en su opinión no se trataba ya de un *partícipe* sino de un *coautor* del mismo: 1805, §§ 43, 45, 46, 50). Sin embargo, en sus últimos trabajos ya había cambiado radicalmente de idea, y pasaría a afirmar (1828, § 37) que esta omisión de un deber cívico es una infracción puramente policial y no una intervención en el delito, ya que nadie tiene derecho a que un conciudadano impida el delito que se va a cometer contra él.

Los antecedentes remotos en nuestro país son muy distintos. El Derecho español fue históricamente refractario a la criminalización de la omisión de impedir delitos cometida por personas que no tuviesen un deber especial. Las *Variae Resolutiones* de Antonio Gómez (1555, Cap. II, 5-6) considera que *de modo general* («regulariter») no se puede penar la omisión de quien no tiene un especial deber (derivado de relaciones familiares, de servidumbre, etc.). Esta idea tuvo siempre una excepción: el omiso impedimento o denuncia de un plan de traición, que sí era considerado como una participación omisiva²⁸. Pero a

²⁶ SCHAFFSTEIN, 1930, p. 57.

²⁷ CARPZOV, 1670, loc. cit; KREß, 1730, p. 659; BÖHMER, 1774, pp. 845 ss.

²⁸ Antonio GÓMEZ, 1555, Cap. II, p. 8, considera que el omitente en este caso excepcional debe ser considerado como autor de traición, y cita en su apoyo distintas autoridades (Farinacius, Gígas, Menochio, etc.): la extensa cita de autoridades puede hallarse en la nota *ad numerum* 8. Esa misma idea cabe hallarla en distintos procedimientos penales por traición del s. XVII: así, en el escrito del fiscal Juan Bautista de LARREA en la causa penal por la «Conspiración de los nobles» de Flandes (1636, núms. 56 a 79) o en el escrito de D. Agustín DEL HIERRO contra los acusados de la Conspiración del Duque de Híjar o Conspiración de Aragón (1648, núms. 85-86). Es llamativo leer cómo en estos escritos se invocan abundantes pre-

salvo de este caso excepcional, la doctrina española previa a la codificación consideraba que quien no impide un delito en el que no está implicado no ha de ser condenado por ello. Esta idea la seguimos hallando en el siglo XVIII y XIX, y la recogen textos tan influyentes en su día como las obras de Lardizábal (1782, Cap. IV, § II, núms. 44 a 46) o José Marcos Gutiérrez (1818, p. 65).

De esta sucinta referencia podría quizá deducirse que en este punto el ordenamiento histórico español era menos autoritario que los de los principados germánicos. No obstante, tal conclusión requeriría algunas matizaciones. Más adelante volveremos sobre este extremo en una brevísima referencia a nuestro Derecho histórico.

2. La función real que cumple el artículo 450 CP: delito de sospecha y tipo de recogida

Para investigar cuál es la función que en la realidad cumple el artículo 450, una posible vía es aproximarse a la casuística de su aplicación real: los casos reales de condena por este delito. Esa aproximación confirma la sospecha inicialmente formulada: más que un mero *refuerzo solidarístico* para la protección penal de los bienes jurídicos vida, integridad física, libertad o libertad sexual, nos encontramos con un precepto que de modo casi exclusivo se aplica para a) resolver problemas probatorios o b) cubrir problemas de lo que podríamos llamar, quizá de modo impropio pero expresivo, «lagunas parciales de punibilidad».

Una mirada a las bases de datos de jurisprudencia entre el 1.1.1996 y el 1.1.2025²⁹ nos muestra que este precepto no se aplica a casos de una persona que omita impedir un delito totalmente ajeno a ella. Por el contrario, los casos de condena por el artículo 450 pueden ser encuadrados en los siguientes grupos.

cedentes doctrinales para justificar esta calificación. La *Lex Pompeia de parricidis* (D 48.9.0; incorporada a la VII Partida, Título VIII, Ley XII) castigaba al hijo que, sabiendo que su hermano planeaba matar al padre de ambos, no lo impedía. Pues bien: LARREA invoca un antiguo argumento doctrinal conforme al cual se aplicaba analógicamente esa «proto-posición de garante» del hijo que no evita la muerte de su padre al súbdito que no evita la traición, aduciendo que la relación entre súbdito y rey era asimilable a la relación entre hijo y padre, y que la traición al rey era no menos grave que el homicidio.

²⁹ Las sentencias de los primeros años aún harán referencia al artículo 338 bis TRCP1973. Se han usado dos bases de datos: Aranzadi (búsqueda por descriptores) y CENDOJ (búsqueda por texto libre empleando cumulativamente la cadena de caracteres «omisión» y la combinación alternativa «impedir delitos»/«impedir determinados delitos»). Las sentencias proceden de Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo. Como es sabido, en estas bases de datos las sentencias de los Juzgados tienen una presencia anecdótica, y los criterios por los cuales acceden a las bases son irregulares y poco previsibles. Este extremo debe tomarse en consideración al valorar los resultados del estudio.

1. «Sospechoso». Se sospecha que el sujeto intervino materialmente en el delito, pero la prueba finalmente no es suficiente como para fundamentar la condena por ello.

2. «Cuadrilla». El sujeto interviene inicialmente en la dinámica previa al delito o pertenece a la «cuadrilla» que la desarrolla. Él no interviene materialmente en el delito, y tampoco lo evita.

3. «Casi garante». El sujeto está en una posición de responsabilidad cualificada frente a la víctima, pero por algún motivo no se llega a concluir que su omisión constituya autoría o participación por omisión.

Por la limitación de espacio, solo podré mostrar un breve resumen del análisis jurisprudencial, que será publicado en detalle en una próxima publicación.

3. Primer grupo: «Sospechoso». Se sospecha que el sujeto intervino materialmente en el delito, pero la prueba finalmente no basta para fundamentar la condena por ello

En estos casos, el procedimiento penal se dirige contra el sujeto como sospechoso de haber sido cómplice³⁰, inductor³¹ o incluso coautor del homicidio, agresión sexual, etc. (en ocasiones, incluso es condenado en primera instancia³²), pero finalmente la sentencia considera que no hay prueba suficiente como para condenarle por esa intervención material³³. Ante esta falta de prue-

³⁰ STS 406/2011, de 17.5. Además, la acusada intentó ayudar al autor material del delito ocultando su identidad y acusando en falso a otra persona de haberlo cometido. Ver también SAP Barcelona, Sec. 10, 73/1996 de 3.6: el acusado sube con una joven a su piso: allí comienzan a besarse y acariciarse, pero cuando llegan sus compañeros de piso se aparta y ellos la agreden sexualmente. La sentencia niega la participación en la violación porque no da por probado el concierto previo, y condena por el artículo 450.

³¹ Así, en la SAP Sevilla, Sec. 1, 192/2006, de 27.3 dos empleados de un bar dieron una brutal paliza a un vecino que había venido a quejarse del volumen de la música; lo hicieron en presencia del dueño del bar, quien le decía a la víctima que él se lo había buscado, pero no se dio por probado que él les hubiese inducido. De modo similar, en la SAP Palencia, Sec. 1, 56/2017 de 2.10, una interna de un psiquiátrico que mató a su psicóloga, y se sospechaba si el marido podía haberla inducido (de hecho, tras el asesinato la interna, creyendo que no había logrado matarla, declaró: «mi marido se lo va a tomar mal porque he fallado»), pero al no considerarse probado se condenó al marido por el delito del artículo 450.

³² P. ej., STS 834/2001, de 16.5. La Audiencia Provincial había condenado como cómplice en el asesinato, pero el TS entendió que la prueba para ello era insuficiente y condenó sólo por el art.450.

³³ En la STS 682/2017, de 18.10, se acusaba al sujeto de *comisión por omisión*, pero el TS terminó por considerar que no había prueba del hecho generador de la posición de garante (además, finalmente tampoco condenó al sujeto por el artículo 450 por falta de prueba de la posibilidad de haber impedido el homicidio).

ba suficiente³⁴, se acude al delito del artículo 450, puesto que como mínimo el sujeto pudo interrumpir la comisión o impedir la consumación.

Es paradigmática de este grupo la STS 1232/2006, de 5.12, que llega a afirmar expresamente sus dudas: «a la sala le quedan serias dudas de si la participación de la misma en los hechos no fue también de carácter activo y en connivencia con el procesado», pero al no poder probarlo solo puede acudir a la omisión de impedir delitos³⁵.

Quizá el caso más chocante de este grupo sea «el caso del 33 % de un asesino» (STS 1190/2002, de 24.3): en él no se sabía quién de los tres sujetos había cometido el asesinato, así que se les acusó a todos de omisión de impedir determinados delitos³⁶.

4. Segundo grupo: «Cuadrilla». El sujeto interviene inicialmente en la dinámica previa al delito o pertenece a la «cuadrilla» que la desarrolla. Él no interviene materialmente en el delito, y tampoco lo evita

En buena medida este grupo de casos está emparentado con el anterior. Se trata de casos en los que el acusado de omisión de impedir delitos *estuvo implicado* en el origen del delito porque pertenecía al grupo o la *cuadrilla* que lo cometió, aunque no participase específicamente en estos concretos hechos.

Con frecuencia hallamos casos de personas que acompañan a quien va a cometer una agresión física (lesiones, homicidio...), pero no intervienen

³⁴ A veces las pruebas de la implicación del sujeto en los hechos parecen tan concluyentes que con la sola lectura del *factum* no se entiende cómo no se condenó como partícipe en el delito. En el caso de la STS 614/2019, de 11.12 el omitente estaba compinchado con el violador: le prestó ayuda para llevarse a la chica al lugar donde posteriormente la violaría; cuando el autor se lo pide, él intimida y golpea a los amigos de la chica que pretendían ayudarla; acompaña al autor al lugar de la violación, pero no interviene en la penetración. Fue condenado solo por el artículo 450. Por su parte, en el caso de la SAP Málaga, Sec. 2, 70/2006 de 7.2 no se consideró partícipe a un amigo del agresor que no sólo no evitó los hechos, sino que incluso impidió el auxilio de terceros cerrando la puerta a quienes venían a socorrer a la víctima.

³⁵ Otras veces la convicción de la sala de que el sujeto debía ser condenado como cómplice es indubitada, pero dado que sólo había sido acusado por el artículo 450, el principio acusatorio no dejaba ninguna otra salida (SAP Barcelona de 21.1.1994, ARP 1994\150).

³⁶ Tres sujetos atacan una casa. El atracador 1 apuñaló a la víctima con ánimo de matarla. Sin embargo, antes de que ésta falleciese desangrada uno de los atracadores (y no se sabe cuál de los tres) cogió de modo imprevisible un arma de fuego que había en la casa y mató a la víctima de un tiro en la cabeza. La sentencia de instancia, ante esta duda, no pudo atribuir el disparo a ninguno de los tres atracadores, de modo que el atracador 1 fue condenado por tentativa de homicidio y los atracadores 2 y 3 fueron acusados de omisión del deber de impedir determinados delitos. El TS terminó anulando este último cargo por falta de prueba de que los condenados habrían podido evitar el disparo.

físicamente. Por ello, no se les considera autores ni partícipes, pero se les condena por no haberla impedido³⁷.

5. Excurso: nueva nota de Derecho penal histórico. Los tipos de sospecha de delitos cometidos en cuadrilla

Históricamente casos como los de estos dos primeros grupos (sin duda, los del grupo «Cuadrilla»; pero también muchos de los del grupo «Sospecho-so») eran penados mediante *tipos de sospecha* que consideraban autores a todos los miembros de la cuadrilla por los delitos cometidos por ella si no demostraban que ellos no habían tomado parte en ellos.

El prototipo de este delito de sospecha aparece en el artículo 611 CP 1822³⁸, pero adopta su estructura definitiva en el artículo 418 CP 1848, como la conjunción de dos presunciones³⁹:

Art. 418 CP 1848 «Los malhechores presentes á la ejecución de un robo en despoblado y en cuadrilla, serán castigados como *autores* de cualquiera de los atentados cometidos por ella *si no constare que procuraron impedirlos*.

Se presume haber estado presente á los atentados cometidos por una cuadrilla el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo la prueba en contrario».

³⁷ Algunos ejemplos. 1. STS 437/2009 de 22.4: un vendedor de cocaína estafa a tres militares. Dos de ellos se vengán quemando su casa. El tercero solo les acompañó a comprar gasolina y a causar el incendio, pero no se probó que interviniese activamente. 2. STS 968/2009, de 21.10: Omiso impedimento de unos delitos sexuales contra una niña de 5 años por parte de uno de los participantes en unas orgías donde se incluía a dicha niña, aunque él no la había agredido. 3. SAP Huelva 189/2025, de 10: A lleva en coche a B a casa de C, sabiendo que le iba a apuñalar. Una vez allí, no hizo nada para evitarlo. 4. SAP Huelva, Sec. 1, 18/2023, de 6.2: cuatro personas acompañan en coche a la agresora a donde está la víctima para que la agrede. En una sentencia de conformidad se las condena por el artículo 450 a las cuatro e incluso a quien llevó a la víctima al lugar de la agresión. 5. SAP Barcelona, Sec. 22, 676/2022, de 13.6: dos amigos van a visitar a la prima de uno de ellos. Una vez ella les deja entrar y justo tras cerrar la puerta, inmediatamente el primero da una brutal paliza a su prima y la viola, ante la pasividad del segundo. 6. SAP Melilla 51/2002 de 13.12. El acusado formaba parte de la cuadrilla de ladrones pero no iba armado. En medio del robo, uno de los miembros apuñala a una persona. Se le acusa del delito del artículo 450, pero la AP le absuelve por no entender probado que hubiese tenido capacidad de impedirlo. 7. SAP Jaén 136/2012 de 10.10. El acusado formaba parte del grupo que iba a intimidar a la víctima para recuperar un botín, pero cuando ve que la intimidación ha pasado a una paliza violentísima que puede matar a la víctima, en vez de impedirla se va.

³⁸ «Los salteadores y ladrones que de cualquier modo maten para robar ó hurtar, ó en el acto de hacer el robo ó hurto, ó despues para encubrirlo ó salvarse, serán castigados como asesinos, cualquiera que fuere su intencion y premeditation, sin exceptuar caso alguno. *Todos los que concurren y cooperen al robo ó hurto cuando lo hagan dos ó mas, serán castigados como reos del asesinato que entonces se cometa; excepto cuando resulte claramente quién lo cometió en particular, y que los demas no tuvieron parte alguna en el homicidio, ni pudieron remediarlo, ni dejaron de hacer cuanto les fue posible para impedirlo*».

³⁹ «*Dos presunciones de derecho, cuya declaración es tan justa como oportuna*» (PACHECO, 1888, p. 297).

El precepto, con algunas modificaciones, pervivirá en el ordenamiento español hasta 1995. Así, el artículo 518 del CP 1870 recoge y amplía este delito⁴⁰, que con pequeñas modificaciones llega a ser el artículo 502 de los textos de 1944, 1963 y 1973. La LO 8/1983 eliminó la segunda de las presunciones («Se presume haber estado presente...»), pero mantuvo la primera presunción (la de que el «malhechor presente a la ejecución del robo en cuadrilla» era autor de cualquier atentado cometido por esta salvo prueba en contrario de su intento de impedirlo⁴¹), que estuvo vigente hasta la entrada en vigor del CP 1995.

Así, pues, una mirada a la praxis jurisprudencial actual revela que el artículo 450 CP se aplica a unos grupos de casos que en el pasado próximo se reprimían mediante tipos de sospecha.

6. Tercer grupo: «Casi garante». El sujeto está en una posición de responsabilidad cualificada frente a la víctima, pero por algún motivo no se llega a concluir que su omisión constituya autoría o participación por omisión

Como en los grupos anteriores, tampoco aquí nos encontramos con meros «malos samaritanos», sino con sujetos que ostentan una *posición especial de deber* que les distingue del resto de las personas. Sin embargo, aquí no se trata de que el tribunal tenga dudas no confirmadas, sino de algo muy distinto: por el motivo que sea, *se rehúsa acudir a la comisión por omisión* (a título de autoría o de participación) *y se decide condenar por un delito mucho menos grave: la omisión de impedir determinados delitos*.

Aquí cabe hacer dos subgrupos:

a) *El omitente es el titular de la vivienda*⁴² *o un espacio similar (ej. un local de hostelería*⁴³) *donde se comete el delito*. En la profusa tópica de las

⁴⁰ Lo amplía añadiendo una definición de cuadrilla («Hay cuadrilla cuando concurren á un robo más de tres malhechores armados»).

⁴¹ En su exposición de motivos se afirma que el segundo párrafo debía derogarse porque un Estado de Derecho no puede recurrir a «presunciones en la fijación de algo tan trascendental como es el haber realizado o no un acto típico». Ese pensamiento debía haber llevado a derogar la primera parte del precepto, que obviamente era también una presunción *iuris tantum* de autoría.

⁴² En los siguientes casos el omitente es compañero de piso del agresor, y el delito se comete en el domicilio común: SAP Madrid (Sección 4.ª) núm. 246/2002 de 19.7; SAP de Almería (Sec. 1.ª) núm. 230/2004 de 1.12; SAP Barcelona núm. 36/2013, de 22.10.

⁴³ P. ej., el responsable de un bar de copas que, tras suministrar a una joven las bebidas alcohólicas con las que se emborrachó profundamente, luego no hace nada para impedir que la violen en el propio bar

posiciones de garante se ha hablado en ocasiones de un deber de garante de evitar delitos cometidos en la propia vivienda (Landscheidt, 1985), o de proteger a las personas con las que se comparte vivienda (E. A. Wolff, 1984): una posición de garante muy discutida y de perfiles peligrosamente expansivos.

b) *Madres que no impiden que su pareja agrede sexualmente a sus hijos*. Es un subgrupo de casos muy particular. El TS ha sido vacilante a la hora de calificar los casos en que la madre, conocedora de que su pareja cometía de forma continuada delitos sexuales (agresiones, antiguos abusos...) contra una hija o un hijo, no hacía nada para impedirlo ni acudía a las autoridades: cabe hallar sentencias que califican hechos de este tipo como *complicidad* o *cooperación necesaria* por omisión, pero también muchas que aplican solo la *omisión del deber de impedir determinados delitos* (por ello, el rango de pena va de una multa en el caso del artículo 450 CP hasta penas de prisión muy largas).

No es necesario subrayar el problema de la calificación como delito del artículo 450 CP: respecto de los propios hijos, los progenitores no son un tercero cualquiera. La responsabilidad cualificada del garante es en este punto clara. No obstante, las cosas no son tan fáciles. Quizá aquí quepa apreciar un factor que explique la calificación como omisión del deber de impedir delitos, y es que con frecuencia estas madres pueden encontrarse en un contexto de amenaza o dominación por parte de su pareja, con distintos posibles grados de intensidad. Probablemente esto hace que la jurisprudencia busque vías para graduar la intensidad de una respuesta que de otro modo sería en exceso rigurosa, aunque sean dogmáticamente tan heterodoxas como esta.

7. No hay un grupo de casos que desvirtúe esta hipótesis

Dado que el volumen de condenas por este delito es muy reducido, lo relevante no es el volumen absoluto de sentencias que aplican el delito del artículo 450 en estos términos, sino el relativo, y en particular la práctica ausencia, a lo largo de un cuarto de siglo, de condenas a personas no implicadas de un modo u otro en el delito. El estudio muestra que la práctica totalidad mayoría de las sentencias condenatorias se corresponden con casos

(SAP Asturias 20/2021, de 21.6; confirmada por la STSJ Asturias 52/2021, de 24.11 y la STS 53/2024, de 18.1).

de personas implicadas de una u otra manera en el delito. En esta revisión jurisprudencial solo se han detectado *dos* casos que no encajen en estos tres patrones⁴⁴.

La cifra es extraordinariamente significativa. Que sólo estos *dos* casos aparezcan como no subsumibles en los grupos señalados refuerza de modo extraordinario la hipótesis que estamos contrastando, que deja de ser la sospecha de un *sesgo* para confirmarse como la hipótesis que puede explicar prácticamente toda la praxis aplicativa del delito de omisión del deber de impedir determinados delitos.

IV. UN PLUS PUNITIVO QUE OBEDECE A FINALIDADES DIFÍCILMENTE CONFESABLES

Hay motivos suficientes para concluir que el plus punitivo que va del artículo 195 al artículo 450 no obedece a que la conducta descrita en el segundo de los delitos sea más grave que la del primero, sino a que este se aplica a 1. casos de sospecha de una intervención más grave que no se ha podido probar; 2. casos en los que, aunque no se puede aplicar la comisión por omisión, se percibe la necesidad de penar la omisión de un garante, no de un simple ciudadano in-solidario. En el primero de los grupos el plus de pena sería injustificable. En el segundo, se trataría como mínimo de una relevante disfunción técnica en el CP.

Sospechas similares se han expuesto en la doctrina alemana⁴⁵. De hecho, cabría incluso maliciarse que *ese sea precisamente el objetivo perseguido con este delito*. Es llamativa la sinceridad con la que se expresaba en 1976 el Presidente del Bayerischer Verfassungsgerichtshof, W. Lossos, en un debate sobre la reforma del § 138 StGB:

«Lo necesitamos como un tipo de recogida. En la práctica lamentablemente no podemos condenar a los miembros de los grupos terroristas por todos los delitos que han cometido. Por el contrario, siempre estamos muy necesitados de pruebas, y podemos ser capaces de demostrar pequeños hechos marginales. Por ello, quizás sea la última oportunidad de condenar a un acusado si al menos se puede probar que conocía los hechos y no cumplió con su deber de

⁴⁴ STS 137/2008, de 18.2 (la omitente sabe que su amiga tiene encerrada a una anciana en el cobertizo en condiciones inhumanas; visita el cortijo en numerosas ocasiones pero no la denuncia ni hace nada para evitarlo) y SAP Sevilla, Sec. 7.ª, 15/2012, de 21.3 (el omitente acompaña al violador y a la víctima hasta el lugar de la violación y allí da la mano a la víctima durante la agresión diciéndole «tranquila, tranquila»; la sentencia dice que su presencia no fue «intimidatoria»).

⁴⁵ HILGENDORF, 2009, § 46/6; JOECKS, 2012, § 138/22; STUCKENBERG, 2013, p. 670, nota 64.

denuncia. Este es el significado más importante de esta nueva regulación ⁴⁶ en el § 138 del StGB» ⁴⁷.

En este terreno de finalidades inconfesables y pecados originales, no es de extrañar que nuestro artículo 450 CP llegue incluso a incurrir en *lapsus* freudianos. La culpa reprimida que el pobre arrastra por ser un tipo de sospecha para castigar complicidades mal probadas le lleva a confesarlo todo involuntariamente. En efecto, el artículo 450 CP prevé la pena de prisión de 6 meses a 2 años si el delito no evitado fuese contra la vida y multa de 6 a 24 meses en los demás casos, salvo que a ese delito le correspondiera una pena igual o menor: al llegar a este punto el artículo 450 CP se derrumba y confiesa que en este caso se debe imponer «la pena inferior en grado a la de aquél». Es decir... la pena del cómplice.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, KNUT: *Rechtsgüterverletzung und Sozialschädlichkeit*, en AAVV, *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden, 1991.
- *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, en AAVV, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, 2007, p. 227 ss.
- BOCKELMANN, Paul: *Strafrecht. Besonderer Teil. 3.*, Múnich, 1980.
- BÖHMER, Io, SAMVEL, Frider Von: *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Hala, 1774.
- CARPZOVIVS, Benedict: *Practicae Novae Rerum Criminalium Imperialis Saxonicae. Pars III. Editio Sexta*. Wittebergae, 1670.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: en *Comentarios al CP*, 1997.
- ¿FELICIDADES, QUERIDO ENRIQUE?
- FOITZIK, Alfons: *Die Unterlassung der Anzeige bevorstehender Verbrechen in künftigen deutschen Strafrecht*. Tesis doctoral, Greifswald, 1919.
- FREUND, Georg: *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Colonia, 1992.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3.^a ed., Berlín et al., 2009.
- GEIB, Gustav: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Band*. Leipzig, 1862.
- GÓMEZ, Antonio: *Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii. III*, 1555.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2011.
- GUTIÉRREZ, José Marcos: *Práctica criminal de España*, tomo III, 1.^a ed., Madrid, 1818.

⁴⁶ La reforma a la que alude aquí Wilhelm Lossos es la ampliación del § 138 a los delitos terroristas.

⁴⁷ Protocolo de la *Rechtsausschuss* del *Bundestag* 2.4.1976 (citado en la exposición de motivos de un Proyecto de reforma posterior: ver *Deutscher Bundestag*, 11. Wahlperiode, Drucksache 11/7139, p. 25.

- HANACK, Ernst-Walker: en Leipziger Kommentar online, De Gruyter.
- HEFENDEHL, Roland: *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, en AA.VV, *La teoría del bien jurídico... cit*, Madrid, 2007, pp. 179 ss.
- HIERRO, Agustín del: Escrito de acusación (Contra el Duque de Híjar don Rodrigo de Silva, El Marques de la Vega de la Sagra, Don Pedro de Silva, Don Carlos de Padilla y el capitan Domingo Cabral, 1648).
- HOHMANN, Olaf: en Muenchener Kommentar zum StGB, tomo III, 3.^a ed., München, 2017.
- HUERTA TOCILDO, Susana: *Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*, en Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Madrid, 1987, pp. 199 ss.
- JAKOBS, Günther: Derecho penal. Parte General, 2.^a ed. Madrid, 2007.
- KISKER, Silke: Die Nichtanzeige geplanter Straftaten, Berlín 2002.
- KREß, Johann Paul: Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V Imperatoris, Hannover, 1730.
- LANDSCHEIDT, Christoph: Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, Berlín, 1985.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de: Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma, Madrid, 1782.
- LÓPEZ MORENO, Juana/FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel: *La omisión del deber de impedir delitos y de promover su evitación*, en Actualidad Penal, 1998, p. 691 ss.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en LH José Antón Oneca, Salamanca, 1982, pp. 777 ss.
- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 4.^a ed., Valencia, 2025.
- MARQUARDT, Helmut/DANWITZ, K.S. von: «Die Zusammensetzung des Straftatenkatalogs der Nichtanzeige geplanter Straftaten in § 138 Abs. 1 StGB», en FS Rudolphi, Neuwied, 2004, pp. 497-509.
- ORTS BERENGUER, Enrique: «Omisión del deber de impedir determinados delitos», en AA.VV, Comentarios a la Legislación penal XIV, 1.º, Valencia, 1992, p. 252.
- OSTENDORF, Heribert en *Alternativkommentar StGB*, Band 3, §§ 80-145d.
- en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 2017.
- PACHECO, Joaquín Francisco: El Código Penal concordado y comentado, 6.^a ed., tomo III, Madrid, 1888.
- POMARES CINTAS, Esther: «El delito de omisión del deber de intervenir para impedir delitos», en Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III, Valencia, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: en AA.VV, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 1996.
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, 1994.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: La omisión de socorro en el Código Penal, Madrid, 1966.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel: Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución, Madrid, 2003.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: (actualizado por Stein), en *Systematisches Kommentar III*, 2016.
- *Zur Rechtzeitigkeit der Anzeige einer geplanten Straftat gemäß § 138 Abs. 1 StGB*, en: FS Roxin, Berlín 2001, pp. 827 ss.
- SANTANA VEGA, Dulce María: en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 1, 2.^a ed., Valencia, 2019.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich: *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlín: Springer, 1930.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: «Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers», en FS Paul Bockelmann, Múnich, 1979, pp. 683 ss.
- SCHÖNE, Wolfgang: *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Stragesetz*, Köln, 1974.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- SOLA RECHE, Esteban: *La omisión del deber de intervenir para evitar determinados delitos del artículo 450 CP*, Granada, 1999.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 ed., 2019.
- STÜBEL, Christoph Carl: *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, Wittenberg, 1805.
- *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1828.
- TAG, Brigitte: *Nichtanzeige geplanter Straftaten, unterlassene Hilfeleistung oder Freispruch?*, JR, 1995, pp. 133-136.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II. Valencia, 1996.
- WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín, 1969.
- WESTENDORF, Ritva: *Die Pflicht zur Verhinderung geplanter Straftaten durch Anzeige*, Fráncfort, 1999.
- WOLFF, Ernst Amadeus: *Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantstellungen?*, NStZ 1984, pp. 149 ss.

12. HIJOS CONECTADOS, PADRES AUSENTES: APROXIMACIÓN PENAL AL ABANDONO DIGITAL DE MENORES DE EDAD

ISABEL DURÁN SECO

Profesora Titular de Derecho penal (en excedencia)

Magistrada de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ Castilla y León

Esta contribución va dedicada al Profesor Enrique Peñaranda, con quien he compartido muy buenos momentos en el ámbito académico y de quien he aprendido tanto por su gran labor como penalista. Con el aprecio y el cariño sinceros que siempre te he tenido, te deseo que seas muy feliz en esta nueva etapa.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día vivimos en una época en la que las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) están plenamente integradas en la vida cotidiana, y han modificado de manera profunda las relaciones familiares, el ámbito educativo y la forma de socialización. El acceso a dispositivos electrónicos, como teléfonos móviles, tabletas o consolas conectadas a Internet, se ha extendido incluso entre los menores de corta edad, pasando a formar parte habitual de su entorno de crianza.

Frente a esta realidad, puede apreciarse un fenómeno de doble vertiente. Por un lado, distintos sectores advierten de los posibles efectos negativos que el uso excesivo, inadecuado o no supervisado de estos dispositivos puede producir en el

desarrollo emocional, cognitivo y social de niños¹ y adolescentes². Por otro lado, en numerosos contextos familiares se observa una creciente pasividad o una cierta delegación del papel educador en favor de las pantallas, que pasan a desempeñar funciones que corresponderían a la presencia y guía de los progenitores³.

Esta situación de dejadez o desatención, en determinados casos, cuando alcanza un determinado nivel de intensidad, duración o reiteración, puede plantear cuestiones jurídicas relevantes.

El presente trabajo adopta una perspectiva penal para abordar el fenómeno que puede denominarse «abandono digital de los menores», entendido como una modalidad específica de omisión de los deberes parentales en el contexto tecnológico actual. No se analizarán los riesgos que puede generar ese abandono, sino en qué medida tal dejadez o abandono puede o no subsumirse en los supuestos de omisión punible del deber de asistencia previsto en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en relación con el delito de abandono de familia respecto de menores.

La hipótesis que sostengo, y que trataré de fundamentar, es que el denominado abandono digital no exige la creación de una figura delictiva autónoma, pues los supuestos de dejación grave, consciente y persistente del deber de vigilancia parental frente a riesgos digitales relevantes pueden encontrar encaje, con una interpretación estricta y conforme al principio de legalidad, en el artículo 226 CP. Esta solución permite dar una respuesta penal únicamente a los casos más graves de desatención del deber de asistencia, reservando los restantes supuestos a los ámbitos civil, administrativo o educativo, y preservando así el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal⁴.

II. EL FENÓMENO DEL ABANDONO DIGITAL

Aunque el término «abandono digital» no está aún consolidado en la doctrina penal española, el fenómeno se manifiesta de manera creciente en la rea-

¹ Se hace eco de los beneficios potenciales de los dispositivos digitales para el desarrollo de las habilidades cognitivas y el desarrollo a la información, pero destacando la preocupación por el uso excesivo y descontrolado de las tecnologías en menores, MIROSLAVA OCAMPO ARTEAGA, Ciencia Latina, Revista científica multidisciplinar, pp. 4715 ss.

² MARTÍN PERPIÑA, 2019.

³ Una investigación para conocer si existen menores que están creciendo solos ante las pantallas y si esta orfandad digital se vincula con la variable de la edad de los menores lo realizan: SUÁREZ ÁLVAREZ/DE FRUTOS TORRES/VÁZQUEZ BARRIO, Zer, 2020, pp. 13 ss., concluyendo que existe un porcentaje de niños que están creciendo solos ante las pantallas y se corrobora que la orfandad digital se incrementa con la edad de los menores, principalmente en el inicio de la pre-adolescencia y se acentúa con la adolescencia (p. 25).

⁴ Sobre el principio de subsidiariedad, intervención mínima o *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal, véase, entre otros muchos, LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 23 ss.

lidad de la vida en línea de niños, niñas y adolescentes. Se trata de situaciones en las que los menores acceden a contenidos digitales, redes sociales o servicios de internet sin la supervisión, orientación o acompañamiento necesario por parte de sus progenitores o responsables, exponiéndose a riesgos de diversa índole: acoso, *grooming*, exposición a contenidos violentos o sexuales, *cyberbullying*, difusión inconsentida de *sexting* y otros peligros asociados al uso descontrolado de tecnologías. Como veremos en los apartados siguientes, en la práctica judicial penal no se aprecia una construcción autónoma de «abandono digital» como delito, pero sí hay resoluciones que utilizan la idea del deber de supervisión digital para fundamentar responsabilidades civiles, administrativas y medidas de protección de menores. Por tanto, la omisión de vigilancia en el entorno digital puede constituir un ejercicio incorrecto de la patria potestad y generar responsabilidad de los progenitores, aunque no contemos con un tipo penal específico de «abandono digital». Los padres y tutores no solo pueden, sino que deben controlar la actuación de sus hijos menores en internet y en las redes sociales, abogando por un limitado uso, trasladando al entorno digital los deberes tradicionales de guarda y educación, puesto que el entorno virtual debe considerarse una extensión de la vida real⁵.

Ahora bien, conviene precisar desde este momento que el mero uso intensivo o prolongado de dispositivos digitales por parte de menores no constituye, por sí mismo, un comportamiento penalmente relevante. La eventual relevancia jurídico penal del denominado «abandono digital» no radica en la cantidad de tiempo de exposición a las pantallas, sino en la omisión grave y persistente del deber de asistencia y protección frente a riesgos concretos y objetivamente relevantes para bienes jurídicos del menor.

Desde un enfoque comparado, la doctrina brasileña ha comenzado a perfilar el abandono digital como una forma específica de negligencia en el ejercicio del poder familiar, vinculada a la falta de supervisión, orientación y acompañamiento en entornos virtuales, con especial atención a los riesgos de violencia, explotación y acoso en redes y plataformas digitales⁶. Esta concep-

⁵ En este sentido, entre otras, la SSTS 342/2013, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2222), 432/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2591) establecen el derecho al entorno virtual del investigado como manifestación de derechos constitucionales en el ámbito digital.

⁶ SIQUEIRA MORAES DOS SANTOS/YOKODA KOHAMA/MARQUES DE CASTRO LEÃO: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, 2025, pp. 243 ss., analizan cómo el abandono digital se ha convertido en una problemática, ya que el acceso a internet se ha vuelto común en el siglo XXI, estando presente en la vida cotidiana de las personas. El trabajo busca establecer un diálogo entre las consecuencias de esta negligencia y las leyes que garantizan los derechos de niños y adolescentes en Brasil. Analiza la posibilidad de responsabilización de los padres por la negligencia en relación con el cuidado de sus hijos en internet, TEREZINHA RODRIGUES/PAZ DE SANTANA, Revista de direito, 2022, pp. 1 ss.

tualización permite entender que el abandono digital no consiste únicamente en un descuido físico o afectivo, sino en la omisiva gestión de los riesgos asociados al mundo digital, que se ha convertido en un espacio cotidiano para el desarrollo de los menores.

El abandono digital evidencia la necesidad de repensar el deber de cuidado parental en el siglo XXI, considerando que los niños, niñas y adolescentes, aunque competentes como usuarios de herramientas tecnológicas, poseen limitaciones propias de su edad, como inexperiencia vital e inmadurez emocional, que los convierten en objetivos fáciles de aquellos con malas intenciones⁷. El fenómeno, por tanto, trasciende el mero ocio en línea y se configura como un riesgo social y jurídico relevante, que requiere intervención normativa, educativa y, eventualmente, penal para proteger el desarrollo integral de los menores⁸.

III. REACCIONES JURISPRUDENCIALES ANTE LA DEJACIÓN PARENTAL EN EL ENTORNO DIGITAL: LA NECESIDAD DE SUPERVISIÓN DIGITAL

En la práctica de nuestros tribunales no se encuentran supuestos de condena en el ámbito de Derecho penal por el abandono digital⁹. Sin embargo, sí encontramos determinados supuestos, en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los que conductas vinculadas a una dejación en el ámbito digital han generado responsabilidades. En tal sentido podemos afirmar que se han comenzado a establecer criterios sobre cuándo una dejación parental en este ámbito puede justificar intervención. Expongo, en lo que sigue, diversos pronun-

⁷ En este sentido, FRAGA DE OLIVEIRA FARIA, *Ciências Sociais Aplicada em Revista*, 2023.

⁸ Otros ordenamientos jurídicos han comenzado a articular respuestas normativas ante la creciente preocupación por los daños de internet y las pantallas en menores. Australia, desde diciembre de 2025, marcando un precedente mundial, prohíbe el uso de redes sociales a menores de 16 años (<https://www.lahora.com.ec/mundo/australia-prohibe-las-redes-sociales-a-menore-de-16-años-y--marca-un-precedent-mundial-20251228-002.html>); Taiwán impone multas a los progenitores por permitir usos excesivos de dispositivos que generen daños físicos o psíquicos (Protection of Children and Youths Welfare and Rights Act, reformado en 2015); Francia propone introducir el concepto de «negligencia digital» paterna mediante el proyecto de ley de noviembre de 2025 para prohibir redes sociales a menores de 15 años (<https://www.rfi.fr/es/má-noticias/20251231-francia-plantea-prohibir-las-redes-sociales-a-menores-de-15-años>); Reino Unido regula obligaciones de control parental vía el Online Safety Act 2023; y el Parlamento Europeo aboga por una edad mínima de 16 años para las plataformas digitales (<https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20251120IPR31496/el-parlamento-propone-limitar-el-acceso-a-redes-sociales-a-los-menores-de-16>).

⁹ Se hace eco de que la jurisprudencia ha establecido que los progenitores deben supervisar el uso de internet CAPARRÓS CARRETERO, 2025, añadiendo que no encontramos una normativa que defina claramente sus obligaciones y que, por ello, las decisiones judiciales terminan siendo contradictorias y poco efectivas.

ciamientos judiciales que ilustran la reacción del ordenamiento jurídico ante situaciones que podemos enmarcar en el abandono digital.

En este sentido, por ejemplo, un supuesto en el que se pone de relieve que el incumpliendo del deber de vigilancia digital puede ser motivo suficiente para modificar el régimen de guarda y custodia, conforme a lo dispuesto en los artículos 154 y 92 CC. Se trató de la retirada de custodia por exposición a contenido inapropiado por parte del progenitor al que se le retiró la custodia de su hijo menor de seis años por mostrarle videos de contenido pornográfico. Aunque no prosperó la vía penal, los informes del colegio y de los profesionales mostraron alteraciones graves en el comportamiento del menor. Así, la exposición a pornografía se valora como un riesgo grave justificante de medidas en el ámbito de los menores ¹⁰.

Encontramos también una resolución que hace referencia a la culpa *in vigilando o in educanda* y responsabilidad civil por el uso nocivo de las redes sociales. Se trata de una resolución que condenó a los padres de varios menores a indemnizar solidariamente con 12.000 euros a otra menor a la que habían presionado, bajo amenazas y coacciones, a hacerse y publicar unas fotos desnuda a través de la red social Tuenti. Los progenitores fueron considerados responsables civiles por la falta de supervisión de sus hijos en el entorno digital, activándose el principio de *culpa in vigilando o in educanda*. De este modo, la sentencia subraya que los deberes de cuidado parental abarcan la dimensión digital, y que su incumplimiento puede derivar en responsabilidad patrimonial ¹¹.

Por lo que concierne al acceso al móvil del menor como deber de vigilancia por parte de progenitores, se ha considerado legítimo, y que no vulnera el derecho a la intimidad de los menores, colocar una aplicación para grabar conversaciones telefónicas con el fin de supervisar si la menor de 11 años sufría ciberacoso. En este caso se entendió tal actuación adecuada al ejercicio de

¹⁰ SAP Pontevedra, núm. 120/2025, de 7 de febrero (ES: APPO:2025:491).

¹¹ SAP Murcia núm. 102/2020, de 27 de abril (ES: APMU:2020:688). Señala dicha sentencia, citando la STS 1135/2006, de 10 de diciembre, al aludir a la responsabilidad civil por los hechos de sus hijos menores, con base al artículo 1903 CC que: «...debe tenerse presente la constante doctrina de esta Sala conforme a la cual la responsabilidad declarada en el artículo 1903 del Código Civil es directa y cuasi objetiva: aunque el precepto que la declara sigue a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificada por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad, con presunción de culpa, por tanto, en quien la ostenta, y con la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana –como precisa la reciente Sentencia de 8 de marzo de 2006, que cita a su vez otras anteriores– de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia».

la patria potestad¹². Con este supuesto se comprueba que los tribunales reconocen la relevancia de la vigilancia parental digital, valorando necesaria su presencia y que el entorno digital del menor debe ser protegido.

Por tanto, la posición de nuestros tribunales es la del control parental legítimo ante el riesgo y, aunque no existe una doctrina penal unificada sobre el abandono digital, el TS reconoce que el control de los dispositivos digitales por parte de los progenitores no vulnera el secreto de las comunicaciones, siempre que se realice en interés del menor. Esta línea refuerza la existencia de un deber activo de vigilancia digital, cuya omisión puede tener consecuencias jurídicas indirectas¹³.

Estos pronunciamientos no configuran, ciertamente, una doctrina penal sobre el abandono digital, pero sí ponen de manifiesto un dato relevante: el ordenamiento jurídico español reconoce ya la existencia de un deber de vigilancia parental en el entorno digital y legitima su ejercicio cuando está orientado a la protección del menor. Esta constatación resulta determinante para el análisis penal posterior, en la medida en que permite afirmar la existencia de un deber jurídico previo cuya omisión, en supuestos especialmente graves, puede adquirir relevancia penal.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y AEPD

La AEPD se ha ocupado de la responsabilidad de los y las menores (y de sus padres y madres) por los actos cometidos en internet¹⁴. La Agencia distingue claramente las responsabilidades por actos ilícitos cometidos por menores en internet: los padres o tutores responden administrativa y civilmente por infracciones y daños causados por su hijos (por ejemplo, difusión de datos sensibles sin consentimiento, ciberacoso), asumiendo sanciones económicas solidarias; mientras que la responsabilidad penal recae exclusivamente en los menores mayores de 14 años por delitos tipificados en el CP (acoso, amenazas, difusión inconsentida de *sexting*, ciberbullying, entre otros).

En tal sentido la Agencia ha sancionado a progenitores por incumplir sus deberes de supervisión en el entorno digital de sus hijos menores, configurando, de ese modo, la dejación parental como infracción administrativa en mate-

¹² Sentencia núm. 145/2017, de 29 de mayo del Juzgado de lo Penal número 1 de Pamplona.

¹³ En este sentido, STS núm. 864/2015, de 10 de diciembre (ES: TS:2015:5809), muestra que los tribunales partiendo de la titularidad por parte de los menores de edad del derecho a la intimidad reconocen la vigilancia parental como legítima cuando es razonable y motivada para la protección del menor.

¹⁴ <https://www.aepd.es/infografias/responsabilidad-menores-padres-madres.pdf>

ria de protección de datos personales. En un caso paradigmático resuelto en 2023 la AEPD decidió multar al padre de un menor que creó un perfil falso con la imagen de otro menor. El contenido de Instagram era de carácter sexual y la madre del menor afectado denunció ante la guardia civil ¹⁵.

Con resoluciones como esta se ilustra como el abandono digital genera responsabilidad administrativa para el RGPD ¹⁶ y la LOPDGDD ¹⁷, al omitir los padres los deberes de control parental (art. 5 y 8 RGPD, artículo 7 LOPDGDD), acreditándose de tal modo que el abandono digital parental genera responsabilidad administrativa y civil cuando la omisión de vigilancia sobre los dispositivos de los hijos o hijas menores ocasiona infracciones a terceros.

Ahora bien, lejos de agotarse en los ámbitos administrativo y civil, este abandono digital cuestiona la ausencia de tipificación penal expresa. La dejación sistemática, que expone no solo a terceros, sino al propio menor a riesgos graves como adicciones digitales, delitos cometidos en red o daños psicológicos irreversibles, hace que se considere oportuno plantearse, si quiera como posibilidad digna de análisis, el reproche penal como respuesta exigible, teniendo en cuenta, además, la equiparación jurisprudencial del ciberespacio a extensión de la vida real. Este análisis se planteará en el próximo apartado mediante el examen específico de su encaje en el artículo 226 CP.

V. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL: EL ARTÍCULO 226 CP

El artículo 226.1 CP señala lo siguiente: «El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses» ¹⁸.

¹⁵ Resolución AEPD PS-00584-2022, de 20 de noviembre de 2023.

¹⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

¹⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

¹⁸ El número 2 dice: «El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

El precepto describe dos modalidades omisivas¹⁹ que funcionan como tipos autónomos²⁰. Como se observa, el tipo penal de abandono de familia constituye una infracción contra los derechos y deberes familiares. Se trata de un delito propio de omisión²¹, un delito de omisión del incumplimiento de determinados deberes de asistencia²², cuya descripción legal constituye una norma penal en blanco²³. Por ello ha de completarse con el contenido de preceptos extrapenales que determine lo que debe englobar los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad. Estos preceptos extrapenales que «son los que han de explicar, en concreto, lo que debe entenderse por deberes de asistencia inherentes a la patria potestad siendo así que la acción sancionada ha de consistir en el incumplimiento de tal especie de deberes, resultando pacífica la postura que comprende, dentro de ellos, no solamente los materiales o económicos, sino que se extienden a otros deberes como pueden ser la educación y formación de los hijos, pues dentro del concepto o núcleo del derecho-deber que constituye el contenido de la patria potestad se encuentra el de la educación de los hijos entendida en un sentido integral... resultando incuestionable que el deber de educación y formar a los hijos sobre los que se ejerce la patria potestad está incluido entre los deberes de asistencia a que alude el artículo 226.1 del Código Penal, pues se trata de deberes que están previstos en los artículos 154.1.º del Código Civil y artículo 39.3 de la C. E»²⁴. En definitiva, «el artículo 226 CP hace referencia a una desatención dolosa de ciertos deberes de cuidado específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad o guarda»²⁵. Su configuración típica requiere la presencia de la situación generadora del deber de actuar²⁶. El objetivo de este tipo penal es proteger los derechos de los menores de edad (y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección) evitando que sufran daños derivados del incumplimiento de los deberes legales de asistencia²⁷.

¹⁹ Sobre la tipicidad en los delitos omisivos, PEÑARANDA RAMOS, 2024, pp. 191 ss.

²⁰ Cfr., por todos, TORRES ROSELL, 2024, p. 1569.

²¹ En este sentido, LAURENZO COPELLO, 2001, p. 32. Afirman que estamos ante un delito permanente, de omisión y una norma penal en blanco que no se circunscribe exclusivamente a lo material o económico: SAP Alicante, núm. 249/2003, de 7 de mayo; SAP Córdoba núm. 99/2018, de 16 de marzo (ECLI:ES:APCO:2018:701); SAP Sevilla núm. 335/2024, de 27 de septiembre (SAP León núm. 148/2025, de 28 de marzo (ECLI:ES:APLE:2025:123580)).

²² ARMENDÁRIZ LEÓN, Revista Penal de México, 2014, p. 18.

²³ Cfr., por todos, ARMENDÁRIZ LEÓN, Revista Penal de México, 2014, p. 18; LAURENZO COPELLO, 2001, p. 32.

²⁴ SAP Jaén, núm. 293/2019, de 2 de octubre (ES: APJ:2019:1332); SAP León núm. 148/2025, de 28 de marzo (ES: APLE:2025:578), aunque dichas sentencias se refieren concretamente al absentismo escolar.

²⁵ STS 730/2011, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2011:4829).

²⁶ LAURENZO COPELLO, 2001, p. 32.

²⁷ STS 280/2025, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1467), exponiendo los elementos del delito.

Ciertamente, la indeterminación de algunos de los deberes mencionados en el inciso primero, así como su formulación excesivamente amplia, plantea relevantes problemas prácticos a la hora de delimitar las omisiones que resultan penalmente prohibidas. En cambio, el inciso segundo se centra en el incumplimiento de la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de ascendientes, descendientes o cónyuge, esto es, en obligaciones de carácter esencialmente económico, lo que obliga a entender que el inciso primero se proyecta sobre otros deberes de distinta naturaleza²⁸. Desde esta perspectiva, nada impide interpretar que entre esos deberes comprendidos en el inciso primero se incluya el control razonable del uso de los dispositivos electrónicos por parte de progenitores y tutores, de manera que el denominado abandono digital pueda encontrar cabida en nuestro derecho penal mediante una construcción interpretativa ajustada a la finalidad protectora del tipo y excluyendo aquellos comportamientos que puedan solucionarse adecuadamente con normas de Derecho privado. De forma que solo quede en la vía penal los casos más graves, teniendo en cuenta los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos e intervención mínima²⁹.

El concepto «deberes legales de asistencia»³⁰ debe ser delimitado para evitar excesos punitivos y del conjunto de deberes inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar recogidos en la legislación civil, hay que seleccionar aquellos destinados a asegurar las condiciones materiales y psicológicas necesarias para garantizar la integridad moral del menor. No es suficiente con la mera transposición del incumplimiento civil para colmar las exigencias del tipo, sino que se hace necesario que el quebranto sea algo más que un mero incumplimiento formal de un deber, plasmándose en una desatención capaz de causar un menoscabo en el desarrollo integral del menor³¹, no basta con un incumplimiento ocasional, sino que deber ser persistente³². En definitiva, que se produzca una situación de desamparo o riesgo social³³.

Entre los deberes legales se incluyen los deberes de educación y formación que radican en brindar una educación adecuada y fomentar su de-

²⁸ En este sentido MUÑOZ CONDE, 2023, p. 359.

²⁹ Así, entre otros, PASTOR ÁLVAREZ, 2003, p. 957.

³⁰ Un análisis de los deberes que comprenden la obligación de actuar puede verse en: DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, 2005, pp. 78 ss.

³¹ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, 2005, p. 53 ss.

³² CASTIÑEIRA PALAU/MONTANER FERNÁNDEZ, 2025, p. 231.

³³ TORRES DÍAZ, Diario LL, 2023, analizando la Sentencia núm. 25/2023 del Juzgado de lo penal núm. 1 de Vigo.

sarrollo integral, así como los deberes de protección física y moral dirigidos a garantizar un entorno seguro y no exponer al menor a situaciones de peligro³⁴.

De modo que entiendo que el deber de velar por que el menor no sufra las graves consecuencias derivadas del uso excesivo de TIC impone una intervención penal, en los casos más graves, que puede subsumirse en el artículo 226 CP. Es decir, si entendemos que el bien jurídico protegido en el abandono familiar es la integridad de ciertas personas que, en virtud de determinados lazos jurídicos originados en una relación familiar, dependen de otras a quienes el ordenamiento jurídico atribuye un deber de asistencia³⁵, podemos señalar que el abandono digital quedaría subsumido cuando esta omisión dolosa lesione dicha integridad personal.

VI. ¿DÓNDE FUNDAMENTAR EL DEBER JURÍDICO DE INTERVENIR FRENTE AL USO EXCESIVO DE PANTALLAS?

En continuidad con lo expuesto, dado que se ha considerado viable la inclusión del deber de control parental sobre el uso de dispositivos electrónicos en el ámbito del artículo 226.1 CP, siempre teniendo en cuenta el bien jurídico protegido para evitar excesos punitivos, procede ahora precisar el fundamento normativo concreto de tal deber jurídico, identificando las obligaciones de guarda, vigilancia y educación que vinculan a los progenitores en nuestro ordenamiento jurídico.

La legislación española no contiene una norma que establezca de forma expresa un deber específico de intervenir frente al uso excesivo de pantallas o de supervisar de manera directa el tiempo de exposición digital de los menores, ello no implica la inexistencia de un deber jurídico relevante a efectos penales. El deber de garante puede fundamentarse directamente en las obligaciones de guarda, vigilancia y educación que el ordenamiento jurídico atribuye a los progenitores.

En este sentido, el artículo 154 del Código Civil configura el núcleo del deber parental al establecer que los progenitores deben «velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». Este deber de cuidado y protección no se limita al ámbito físico o material, sino que se proyecta sobre todos aquellos espacios en los que el menor

³⁴ STS 280/2025, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1467).

³⁵ LAURENZO COPELLO, 2001, p. 24.

desarrolla su personalidad, incluido el entorno digital, hoy convertido en un ámbito ordinario de socialización, aprendizaje y exposición a riesgos relevantes.

Este deber encuentra igualmente un refuerzo normativo en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 11 reconoce el derecho de los menores a su desarrollo integral y a recibir la atención necesaria por parte de sus progenitores o responsables legales. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 18, impone a los Estados la obligación de garantizar que ambos progenitores compartan la responsabilidad de la crianza y el desarrollo del niño, incluyendo su bienestar emocional, dimensión que puede verse seriamente comprometida por un uso descontrolado de dispositivos digitales.

El Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, presentado el 11 de abril de 2025, evidencia de forma explícita la preocupación normativa por las omisiones de supervisión en el ámbito digital y establece medidas orientadas a la prevención del daño, la detección temprana de riesgos para la salud y el refuerzo de los mecanismos de control y responsabilidad parental y educativa. En la Exposición de Motivos se señala que su finalidad es: «avanzar en la protección de la infancia, la adolescencia y la juventud para generar un entorno digital cada vez más seguro, dirigido a garantizar su desarrollo integral, evitando los riesgos y peligros...» derivados del uso de internet y de las tecnologías por parte de los menores.

El articulado reconoce además como derecho de las personas menores a: «ser protegidas eficazmente ante contenidos digitales que puedan perjudicar su desarrollo, a recibir información suficiente y necesaria [...] sobre el uso de las tecnologías y de los beneficios y riesgos asociados al mismo».

En coherencia con ello, el proyecto incorpora medidas que suponen una corresponsabilización de los progenitores y tutores, como la exigencia de que los dispositivos digitales incluyan sistemas de control parental gratuitos y activados por defecto, destinados a prevenir accesos a contenidos nocivos o el uso desproporcionado de servicios digitales, medida que, en términos prácticos, sugiere un deber de vigilancia y supervisión reforzado para garantizar la seguridad de los hijos en línea. Estas previsiones muestran que, más allá de la regulación penal de conductas peligrosas en el entorno digital, la propia normativa proyectada reconoce la responsabilidad de los responsables legales de los menores en la protección frente a riesgos digitales y la necesidad de mecanismos que mitiguen las omisiones parentales en el ejercicio del deber de cuidado.

En este contexto, el abandono digital puede entenderse como una modalidad contemporánea de incumplimiento del deber de asistencia, cuando la inac-

ción de los progenitores frente a un uso excesivo y objetivamente dañino de pantallas genera o mantiene una situación de peligro concreto para el menor.

Desde el punto de vista subjetivo la eventual relevancia penal del abandono digital requiere que la omisión sea imputable al menos a título de dolo eventual, por ejemplo, cuando los progenitores o tutores advierten señales claras de afectación del desarrollo del menor (advertencias médicas, educativas o conductuales), y, no obstante, deciden persistir en la dejación de su deber de control. La simple falta de previsión, el error o la inexperiencia no resultan suficientes para colmar el elemento subjetivo del tipo.

De este modo, aunque el ordenamiento jurídico no tipifique expresamente el abandono digital, la combinación de normas civiles, constitucionales e internacionales, junto con la orientación del legislador en materia de protección digital de menores, permite sostener que el deber jurídico de intervenir frente al uso excesivo de pantallas ya existe y puede operar como presupuesto de una eventual responsabilidad penal por omisión, siempre con una interpretación estricta del tipo penal del artículo 226 CP conforme al principio de legalidad, de tal forma que el abandono digital alcance el umbral de gravedad y desatención equiparable al abandono tradicional.

VII. CONCLUSIONES

El abandono digital no constituye actualmente una categoría penal autónoma. A pesar de la creciente preocupación social en torno a dicho fenómeno, consistente en la dejación por parte de los progenitores de sus deberes de supervisión en favor del uso ilimitado de dispositivos electrónicos por parte de los menores, con los riesgos que ello conlleva, no es necesario una tipificación penal expresa en el CP.

Los supuestos de dejación grave, persistente y consciente del deber de vigilancia parental frente a riesgos digitales relevantes pueden encontrar encaje en el artículo 226.1 CP, en cuanto modalidad de incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad. Las hipótesis menos intensas quedan convenientemente reguladas por responsabilidades administrativas y civiles.

La relevancia penal de estas conductas exige la concurrencia de una posición de garante, la generación o mantenimiento de un riesgo concreto y relevante para bienes jurídicos del menor y la imputación subjetiva al menos a título de dolo eventual, quedando excluidos los supuestos de negligencia ocasional o mera discrepancia educativa.

La prevención del abandono digital debe articularse prioritariamente a través de mecanismos educativos, civiles y administrativos, reservando la intervención penal a los casos más extremos, en coherencia con los principios de legalidad, intervención mínima y protección exclusiva de bienes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen: *Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español*, Revista Penal de México, núm. 6, 2014, pp. 9-26.
- CAPARRÓS CARRETERO, Álvaro: La protección jurídica de menores en la era digital: responsabilidad y lagunas legislativas, VII premio de artículos jurídicos sobre menores Pilar Bermal, Colegio de la Abogacía de Córdoba, Comisión de Menores, 2025.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: *Delitos contra las relaciones familiares* en Lecciones DP PE, 10.^a, Barcelona, 2025, 219-243.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva M.^a: Las figuras de abandono de familia en sentido estricto, Madrid, 2005.
- FRAGA DE OLIVEIRA FARIA, João Gabriel: *O cuidado virtual no uso da internet por crianças e adolescentes: uma nova perspectiva de dever parental*, Ciências Sociais Aplicada em Revista, vol. 26 núm. 46, 2023, pp. 52-68. <https://doi.org/10.48075/csar.v26i46.30142>.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones, Valencia, 2001.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: Lecciones de DP PG, 4.^a ed., Valencia, 2025.
- Martín Perpiña, María Mercedes: Uso excesivo de las Tics y la redes sociales y media multitasking en adolescentes: estudio sobre su relación con la personalidad, el contexto social y las funciones ejecutivas, Universitat de Girona, 2019 (tesis doctoral).
- MIROSLAVA OCAMPO ARTEAGA, Tatiana: *Impacto del uso temprano de dispositivos digitales en el desarrollo cognitivo de niños de 3 y 4 años*, Ciencia Latina, revista científica multidisciplinar, mayo-junio 2025, vol. 9, núm. 3, pp. 4715-4728. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v9i3.18104
- MUÑOZ CONDE, Francisco: DP PE, 25.^a ed., Valencia, 2023, 359.
- PASTOR ÁLVAREZ, M.^a Carmen: *De los delitos contra los derechos y deberes familiares*, en Comentarios al CP, Madrid, 2003, pp. 939-980.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Tipicidad en los delitos omisivos*, en Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2025, Madrid, 2024, pp. 191-206 (número marginal 1455-1545).
- SIQUEIRA MORAES DOS SANTOS, Bruna/Yokoda Kohama, Alan/Marques de Castro Leão, Andreza: *Abandono digital: a responsabilização parental em relação a crianças e adolescentes no contexto das tecnologias digitais e do acesso à rede*, Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, vol. 29, núm. 49, 2025, pp. 243-263.

- SUÁREZ ÁLVAREZ, Rebeca/DE FRUTOS TORRES, Belinda/Vázquez Barrio, Tamara: *La confianza hacia el medio interactivo de los padres y su papel inhibitor en el control de acceso a las pantallas de los menores*, Zer, 2020, vol. 25, núm. 49, pp. 13-31. <https://doi.org/10.1387/zer.21349>
- TEREZINHA RODRIGUES, Cristiane/PAZ DE SANTANA, Viviane Candeia: *Abandono digital de crianças e adolescentes e a responsabilidade parental*, Revista de direito, vol. 14, núm. 2, 2022 doi: doi.org/10.32361/2022140214547, pp. 1-26.
- TORRES DÍAZ, María Concepción: *Sobre el derecho a la educación y la obligatoriedad de escolarización: a propósito del delito de abandono de familia*, Diario LL, núm. 10365, 2023, pp. 1-7.
- TORRES ROSELL, Núria: *Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*, en Comentarios al CP, 8.^a, Madrid, 2024, pp. 1569-1572.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- SAP Alicante, núm. 249/2003, de 7 de mayo.
- STS 730/2011, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2011:4829).
- STS núm. 342/2013, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2222).
- STS núm. 864/2015, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5809).
- Sentencia núm. 145/2017, de 29 de mayo del Juzgado de lo Penal número 1 de Pamplona.
- SAP Córdoba núm. 99/2018, de 16 de marzo (ECLI:ES:APCO:2018:701).
- SAP Jaén, núm. 293/2019, de 2 de octubre (ECLI:ES:APJ:2019:1332).
- SAP Murcia núm. 102/2020, de 27 de abril (ECLI:ES:APMU:2020:688).
- STS núm. 432/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2591).
- SAP Sevilla núm. 335/2024, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APSE:2024:2292).
- SAP Pontevedra, núm. 120/2025, de 7 de febrero (ECLI:ES:APPO:2025:491).
- STS 280/2025, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1467).
- SAP León núm. 148/2025, de 28 de marzo (ECLI:ES:APLE:2025:123580).

13. LÍMITES DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO EN ESPAÑA: EL CONVENIO DE NICOSIA Y LA DEFICIENTE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE CONTRABANDO DE BIENES CULTURALES

PATRICIA FARALDO CABANA ¹
Catedrática de Derecho penal
Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende analizar el delito de contrabando de bienes integrantes del patrimonio histórico español a la luz del Convenio del Consejo de Europa sobre los Delitos Relacionados con los Bienes Culturales (CETS N.º 221), adoptado el 3 de mayo de 2017, conocido como Convenio de Nicosia. Este Convenio es el primer y único tratado internacional que se ocupa específicamente de la tipificación como delito del tráfico ilícito de bienes cul-

¹ Este trabajo se escribe en homenaje al Prof. Dr. Enrique Peñaranda, un ejemplo de seriedad y dedicación al Derecho penal. Su redacción ha sido posible gracias a la concesión de la ayuda para la consolidación y estructuración de unidades competitivas del Sistema Universitario de Galicia, modalidad de grupos de referencia competitiva (ED431C 2023/14), de la Xunta de Galicia, el proyecto «Crisis política y sistema penal multiescalar» (PID2024-157636NB-I00), financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad, y del proyecto europeo RITHMS - Research, Intelligence and Technology for Heritage and Market Security (GA 101073932) [HORIZONCL3-2021-FCT-01-08], financiado por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados en él son exclusivamente los de la autora y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea. Ni la Unión Europea ni la autoridad que concede la ayuda pueden ser consideradas responsables de ellos.

turales. En materia de contrabando prevé dos delitos: uno de importación ilegal (artículo 5)² y otro de exportación ilegal (artículo 6)³. El Convenio todavía no ha sido firmado por España⁴, pese a que el plan de acción de la UE contra el tráfico de bienes culturales anima a los Estados miembros de la UE a ello⁵. Aun así, el Convenio de Nicosia es de interés para evaluar la normativa española, pues indica cuál es el estándar internacional al que debe aspirar en la materia. Como pretende demostrar este estudio, la falta de adaptación de la normativa penal española sobre contrabando de bienes culturales al Convenio redundaría en una deficiente protección tanto del patrimonio histórico español como, por otras razones, del de otros países. Con este estudio se pretenden resaltar esos defectos con el fin de facilitar que se puedan corregir en una futura reforma, logrando así que el contrabando ocupe el lugar que le corresponde en el diseño de un sistema completo de protección penal del patrimonio histórico. Dada la limitación de espacio, me centraré en los problemas relativos al objeto material y la conducta típica. Pero antes conviene exponer cuál es la regulación vigente al respecto.

² Artículo 5: «Importación ilegal. 1. Cada Parte asegurará que, cuando se realice intencionalmente, se prohíba conforme a su derecho interno la importación de bienes culturales muebles que hayan sido: a) robados en otro Estado; b) excavados o retenidos bajo las circunstancias descritas en el Artículo 4 del presente Convenio; o c) exportados en contravención con el derecho del Estado que haya clasificado, definido o específicamente designado tales bienes culturales de conformidad con el Artículo 2 del presente Convenio, para que constituya un delito conforme a su derecho interno cuando el responsable tuvo conocimiento que los bienes culturales fueron robados, excavados o exportados en contravención al derecho de ese otro Estado. 2. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, declarar que se reserva el derecho de establecer sanciones no penales, en lugar de sanciones penales por la conducta descrita en el párrafo 1 del presente Artículo».

³ Artículo 6: «Exportación ilegal. 1. Cada Parte asegurará que la exportación de bienes culturales muebles, si su exportación está prohibida o es realizada sin la autorización requerida conforme a su derecho interno, constituya un delito conforme a su derecho interno cuando se cometa intencionalmente. 2. Cada Parte considerará tomar las medidas necesarias para aplicar también el párrafo 1 del presente Artículo respecto a bienes culturales muebles que hayan sido ilegalmente importados».

⁴ Hasta el momento, solo han ratificado Chipre, Grecia, Hungría, Italia, Letonia y México. Los países que lo han firmado, pero no ratificado, son Armenia, Eslovenia, Montenegro, Portugal, Rusia, San Marino y Ucrania.

⁵ *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al plan de acción de la UE contra el tráfico de bienes culturales. Bruselas, 13.12.2022. COM(2022) 800 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0800>. Con razón califica de sorprendente la situación GUIASOLA LERMA (2022, p. 73).

II. LA REGULACIÓN VIGENTE: LA LEY ORGÁNICA DE REPRESIÓN DEL CONTRABANDO Y LA LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

El delito de contrabando de bienes integrantes del patrimonio histórico español se recoge en el artículo 2.2 a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (LORC), de acuerdo con el cual «[c]ometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos: a) Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito».

Este delito tiene su origen inmediato en el núm.5 del artículo 1.1 de la derogada Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, relativa a los delitos e infracciones administrativas de contrabando, si bien el precepto citado tenía una redacción distinta, pues sancionaba a quienes «exportaren sin autorización obras u objetos de interés histórico o artístico»⁶, sin especificar más. Un origen más remoto se encuentra en el artículo 3.4 del Texto Refundido de la Ley de Contrabando, aprobado por Decreto 2166/1964, de 16 de julio, que consideraba contrabando «la exportación no autorizada de obras y objetos antiguos o de arte»⁷, y antes en la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 de septiembre de 1953⁸. Remontándonos más atrás llegamos a la Ley de 14 de enero de 1929, que incluía en el delito de contrabando el tráfico exterior de obras artísticas en su artículo 3.9, en relación con el Real Decreto de 9 de agosto de 1926⁹.

La protección del patrimonio histórico español es una materia de competencia exclusiva del Estado español, pues el artículo 149.28 de la Constitución Española (en adelante, CE) declara comprendida entre estas competencias exclusivas «la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español, contra la exportación y expoliación». En el ejercicio de esta competencia, el Estado ha aprobado la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE), que constituye la normativa estatal básica en relación con los bienes culturales, y el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero,

⁶ Al respecto, ORTS BERENGUER, 1984, pp. 87 ss.; PÉREZ ALONSO, 1996, pp. 287 ss.

⁷ Sobre esta figura, QUINTANO RIPOLLÉS, 1978, pp. 948-954.

⁸ Al respecto, CANDELA MAS, 1954.

⁹ Sobre estos y otros antecedentes del delito de contrabando, RENART GARCÍA, RDPC 2002, pp. 158-164; VICENTE MARTÍNEZ, RDPP 2020, pp. 76-79; FITOR MIRÓ Y CARCELLER GARRIDO, 2021.

que la desarrolla parcialmente; la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 (sobre su importancia en la lucha contra el contrabando de bienes culturales, FUENTES CAMACHO, LL UE, 2017). Las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de «15.º Museos, bibliotecas... de interés para la Comunidad Autónoma» y «16.º Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma» (art. 148 CE), disponiendo a su vez el artículo 149.3 CE que «el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas» en las materias no atribuidas exclusivamente al Estado por la Constitución. En ejercicio de esta competencia, las Comunidades Autónomas han elaborado leyes de patrimonio histórico o cultural que prevén infracciones y sanciones administrativas. Por su parte, la regulación penal, que es la que nos interesa, sigue siendo competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE).

III. EL OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito español de contrabando de bienes culturales está constituido por los «bienes que integren el Patrimonio Histórico Español». Queda claro, pues, que no se protegen a través del artículo 2.2 a) LORC los bienes culturales no pertenecientes a dicho patrimonio. Esa distinción entre los bienes culturales por razón de su origen no existe en el Convenio de Nicosia. Da lugar a una regulación deficiente, ya que los bienes culturales de origen extranjero solo se pueden proteger, si acaso, a través de las otras modalidades de contrabando.

A esta restricción se añade que el Convenio de Nicosia se refiere a la exportación ilícita de «bienes culturales muebles», sin especificar un valor mínimo, mientras que la Ley española de Represión del Contrabando, por su parte, habla de «bienes, mercancías, géneros o efectos», sin limitar la tutela a los bienes muebles, pero indicando que su valor ha de ser igual o superior a 50.000 euros, salvo que la conducta se realice a través de una organización o se cometan diversas infracciones administrativas aprovechando idéntica ocasión cuya cuantía supere en conjunto esa cifra. Por tanto, la protección que ofrece la normativa española es, a la vez, más amplia y más restrictiva que la que se prevé en el Convenio de Nicosia.

Por un lado, es más amplia porque incluye bienes muebles *e inmuebles*. Ciertamente es que las posibilidades de exportación de los bienes inmuebles y los requisitos para ello difieren de los muebles, imponiéndose mayores restricciones y prohibiciones en el caso del patrimonio mobiliario. De acuerdo con el artículo 1.2 y 3 LPHE, «integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico... Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley». El artículo 9.1 LPHE señala que «gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada». Esa singular protección se concreta, en lo que nos afecta, en la prohibición absoluta de exportación, según dispone el artículo 5.3 LPHE. Si se trata de bienes muebles se puede permitir su salida temporal de España en los casos y con las condiciones que reglamentariamente se determinan¹⁰. La misma protección reciben los bienes que «por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexplotables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en esta Ley» (art. 5.3 LPHE). El siguiente escalón en la protección está constituido por los bienes muebles inscritos en el Inventario general a que alude el artículo 26.1 LPHE, de acuerdo con el cual «la Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Inventario general de aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia». Estos bienes «precisarán para su exportación autorización expresa y previa de la Administración del Estado en la forma y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria» (art. 5.2 LPHE). A ellos se asimilan a efectos de los requisitos para la exportación los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con más de cien años de antigüedad y no incluidos en las categorías anteriores (art. 5.2 LPHE). Por su parte, los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con menos de cien años de antigüedad y que no estén catalogados ni inventariados ni hayan sido declarados inexplotables como medida cautelar pueden exportarse sin necesidad de solicitar la previa autoriza-

¹⁰ Esos casos y condiciones se regulan en los artículos 52 a 57 del Real Decreto 111/1986, antes citado.

ción de la Administración del Estado, como resulta *a sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 45 del Real Decreto 111/1986¹¹.

La Ley no hace referencia expresa a la exportación o salida temporal de bienes inmuebles¹², aunque sí dispone que «un inmueble declarado bien de interés cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento previsto en el artículo 9, párrafo 2 de esta Ley». La razón de esta falta de regulación se debe, seguramente, a que se considera que son bienes no susceptibles de ser exportados¹³. Ahora bien, en la práctica es perfectamente posible sacar de España bienes inmuebles¹⁴, por lo que «para evitar el menoscabo de nuestro Patrimonio histórico, mediante la salida de España de estos bienes, debe señalar-

¹¹ Artículo 45 RD 111/1986: «1. A los efectos del presente Real Decreto, se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, incluidas aquellas que tengan por destino los países de la Unión Europea. 2. Requiere permiso expreso y previo del Ministerio de Cultura la exportación, incluso de carácter temporal, de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con cien o más años de antigüedad, o que estén incluidos en el Inventario General o tengan incoado expediente para su inclusión. 3. Igual permiso requiere la exportación temporal de los bienes declarados de Interés Cultural o de los que tengan incoado expediente para esta declaración, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, el Ministerio de Cultura declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en la Ley 16/1985. 4. La concesión por el Ministerio de Cultura de estos permisos de exportación no eximirá del cumplimiento de las formalidades y requisitos que rigen con carácter general el comercio exterior».

¹² Se definen en el artículo 14.1 LPHE, de acuerdo con el cual «para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos». Por su parte, el artículo 334 CC dispone que «son bienes inmuebles: 1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. 2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble. 3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. 4. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo. 5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. 6. Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente. 7. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse. 8. Las minas, canteras y escombreros, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas. 9. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

¹³ MUÑOZ MERINO, 1992, p. 203.

¹⁴ Basta ver los ejemplos que ofrece MUÑOZ CONDE, EPC, 1993, pp. 398 ss.

se que, si bien no gozan del régimen especial de protección de los bienes muebles, sí pueden aplicarse las normas generales sobre exportación establecidas en el artículo 5 LPHE, en donde no se distingue entre ambas clases de bienes»¹⁵. En este ámbito, pues, la protección que ofrece la normativa española es más amplia que la del Convenio de Nicosia.

Por otro lado, sin embargo, la exigencia de que el objeto material tenga un valor igual o superior a 50.000 euros supone una fuerte restricción de las posibilidades de aplicación del delito español de contrabando. En relación con esta previsión de un límite cuantitativo, que funciona como elemento de distinción entre el delito y las infracciones administrativas de contrabando, se ha apuntado en la doctrina tanto la dificultad inherente a la valoración de los bienes, mercancías, géneros o efectos¹⁶, como lo poco acertado que resulta para la protección del patrimonio histórico hacer depender la sanción del contrabando del valor económico de los bienes, pues deberían protegerse en todo caso, con independencia de su valor¹⁷. En relación con la primera crítica, el artículo 10 de la Ley de Represión del Contrabando ofrece unas pautas sobre la fijación del valor de los géneros o efectos. Respecto de los bienes integrantes del patrimonio histórico, indica al juez que debe recabar de los servicios competentes los asesoramientos e informes que estime necesarios. Esta disposición es coherente con el artículo 75.2 LPHE, que señala que la fijación del valor de los bienes exportados ilegalmente se hará por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español, cuya composición y funciones se fija en el Real Decreto 111/1986¹⁸. En cuanto a la segunda crítica, no cabe duda que la exigencia de un valor mínimo deja al albur de esta valoración económica la tutela penal de los bienes integrantes del patrimonio cultural español frente al contrabando. Se puede entender que con la fijación de una cuantía mínima se satisfacen las exigencias del principio de intervención mínima del Derecho penal¹⁹. Pero, por un lado, al ser un elemento del tipo que debe ser abarcado por el dolo del autor²⁰, y no una condición objetiva de punibilidad como defiende un sector doctrinal²¹, se produce cierta

¹⁵ PÉREZ ALONSO, 1996, p. 303; *vid.* también VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2022, pp. 194-195.

¹⁶ PÉREZ ALONSO, 1996, pp. 298-299; y 2008, p. 48.

¹⁷ MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, 1997, p. 281.

¹⁸ Que en su artículo 7 le atribuye la competencia de «fijar el valor de los bienes exportados ilegalmente a los efectos de determinar la correspondiente sanción».

¹⁹ Como hacen PÉREZ ALONSO, 2008, pp. 46-47, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2022, pp. 66 ss., o MATALLÍN EVANGELIO, RP 2024, p. 120.

²⁰ Sigo a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2022, pp. 339 ss. y 869 ss., con extensa argumentación; *vid.* también PÉREZ ALONSO, 1996, 299-301, y 2008, pp. 48-49.

²¹ NOREÑA SALTO, CPC 1983, p. 98; MUÑOZ MERINO, 1992, p. 323; GÓMEZ RIVERO, 1996, pp. 180 ss.

desprotección en la práctica, dadas las consecuencias en materia de error. Y, más importante, su previsión no se cohonestaba bien con el Convenio de Nicosia, que prescinde de cuantías. Además, la Ley de Represión del Contrabando solo prevé dos excepciones a la exigencia de ese valor mínimo:

— En primer lugar, que el contrabando se realice a través de una organización, en cuyo caso siempre es delito con independencia de la cuantía (art. 2.2.3 a) LORC)²². Al respecto hay que tener en cuenta que, a pesar de las constantes apelaciones de la Unión Europea al carácter organizado del tráfico de bienes culturales²³, lo cierto es que en la práctica no se suele apreciar la presencia de una organización criminal²⁴.

— En segundo lugar, que se trate de una pluralidad de acciones u omisiones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, en la que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance el límite cuantitativo de 50.000 euros establecidos en el apartado 2 a), pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dicho importe (art. 2.4 LORC). La doctrina suele hablar de que en este apartado se regula una peculiar versión de la institución del delito continuado²⁵. Sin embargo, aunque se utiliza un vocabulario y se realiza una caracterización que parece acomodarse a la definición de delito continuado, contenida en el artículo 74.1 CP²⁶, lo cierto es que no se trata de esa figura²⁷: no se pretende castigar varios delitos como uno solo con una pena más grave que la correspondiente a un único delito pero en todo caso inferior a la que se derivaría de sumar las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos, con una fundamentación pietista, sino convertir, en perjuicio del reo, lo que son varias infrac-

²² Según dispone el artículo 2.3, «cometen asimismo delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) ...cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros». Sobre los elementos de este tipo específico, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2023, pp. 1270-1272). Sigue siendo de interés lo apuntado al respecto por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1984, 318-326).

²³ FARALDO CABANA, EJCPR 2024.

²⁴ FUENTES LOUREIRO Y FARALDO CABANA, 2026, donde se analiza una década de aplicación jurisprudencial en España.

²⁵ Por ej., NOREÑA SALTO, 1983, pp. 107-108; MUÑOZ MERINO, 1992, pp. 323 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2023, p. 1274.

²⁶ Artículo 74 CP: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

²⁷ Como ya apuntaba FERNÁNDEZ-ESPINAR, LL 1996, p. 1568.

ciones administrativas en un único delito (no continuado) cuando la cuantía total de la mercancía objeto de contrabando en las diferentes operaciones realizadas alcanza el límite cuantitativo que marca la diferencia entre el delito y la infracción administrativa²⁸.

Si el valor del bien no supera individualmente la cuantía de 50.000 euros, la conducta no tiene lugar a través de una organización y no se ha producido una pluralidad de infracciones administrativas cuyo valor acumulado supere los 50.000 euros, deben aplicarse las infracciones administrativas de contrabando previstas en el artículo 11 LORC, no el delito que nos ocupa.

IV. LA CONDUCTA TÍPICA

1. Exportar o expedir

En consonancia con la limitación del objeto material a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, la conducta típica en el artículo 2.2 a) LORC consiste en exportar o expedir bienes que integren ese patrimonio sin la autorización de la Administración competente cuando esta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

El concepto de exportación constituye un elemento normativo objeto de interpretación auténtica en la propia Ley de Represión del Contrabando, que lo define como «la salida de mercancías del territorio español», puntualizando que «[n]o se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea con destino final al resto de dicho territorio aduanero» (art. 1.8 LORC). En realidad, esta observación no es aplicable al caso que nos ocupa, pues el artículo 2.2 a) LORC consagra la existencia de delito de contrabando en los casos de salida del territorio nacional de bienes integrantes del patrimonio histórico español aunque su destino sea otro Estado miembro de la Unión Europea. Según indica su Exposición de Motivos, ello es posible en virtud de lo dispuesto en la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que

²⁸ La razón de esta previsión es clara: evitar que dividiendo el contrabando en diversas acciones separadas que no alcanzan, aisladamente consideradas, los importes mínimos se impida la aplicación de los preceptos penales. Ya lo indicaba así MUÑOZ CONDE (2009, p. 990).

hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, que deja en libertad a cada Estado miembro para ejercer las acciones civiles y penales oportunas. O dejaba, porque esa norma europea ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (refundición). Como puntualiza Pérez Alonso²⁹, tal facultad se deriva de lo dispuesto en el artículo 36 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada de 1992)³⁰, según el cual los Estados miembros conservarán después de 1992 el derecho de definir sus patrimonios nacionales y la facultad de adoptar las disposiciones necesarias para garantizar su protección en este espacio sin fronteras interiores. En el uso de esta facultad, la Ley de Represión del Contrabando castiga lo que denomina «expedir», que define como «la salida de mercancías del territorio español *con destino final a otros Estados miembros de la Unión Europea*» (art. 1.9 LORC, cursivas añadidas).

Dicho esto, cabe plantear la duda relativa a si también es exportación o expedición no solo la salida definitiva³¹, sino también la salida temporal cuando se incumplen las condiciones impuestas por la Administración para autorizarla. Piénsese que los bienes afectados por la prohibición de su exportación o expedición definitiva pueden ser objeto de autorización para la salida temporal del territorio español. Se trata de los bienes declarados de interés cultural o los que se declaren inexplotables como medida cautelar mientras se incoa expediente para incorporarlos a alguna de las categorías de protección especial previstas en la Ley de Patrimonio Histórico Español. En los casos de salida temporal del país sin destino a la venta puede ocurrir que la Administración del Estado imponga condiciones que no se cumplan a posteriori, por ej., un plazo temporal o unas condiciones de conservación. ¿Es posible entender que se comete delito de contrabando si el bien no regresa a nuestro país en el plazo indicado y/o en las condiciones exigidas?

²⁹ PÉREZ ALONSO, AP 1998, marg.641, y 2008, LLP 2008, pp. 53-55

³⁰ Artículo 36: «Las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

³¹ La solicitud de exportación se considera oferta de venta irrevocable en favor de la Administración del Estado, siendo su precio el valor señalado por el solicitante, con excepción de las solicitudes de exportación de los bienes cuya importación haya sido realizada legalmente y declarada conforme a lo dispuesto en el artículo 32 LPHE (art. 33 LPHE). Esto significa que, si la Administración del Estado no ha adquirido el bien, pudiendo hacerlo, y autoriza la salida sabiendo que el bien puede ser vendido en el extranjero, debe decaer la protección penal.

En mi opinión, sí³². Ciertamente que el delito exige expresamente que la operación mencionada se realice «sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito». Podría alegarse que aquí hay autorización. Sin embargo, esta remisión normativa consiste en una cláusula de autorización, que debe ser entendida como un elemento del tipo similar a un elemento normativo, en el sentido de tratarse de una remisión concluyente a actos administrativos que hacen del tipo uno parcialmente en blanco³³. Debe entenderse hecha tanto a la normativa estatal sobre protección del patrimonio histórico (Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en particular artículos 5 y 29 a 33, y su Reglamento, que otorga la competencia para resolver las solicitudes de permiso de exportación a la Dirección General de Bellas Artes y Archivos, visto el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español), como al Reglamento (CE) núm. 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. A estos efectos, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 76.1 h) LPHE, que califica como tal «la exportación ilegal de los bienes a que hacen referencia los artículos 5 y 56.1 de la presente Ley», vía artículo 31.2 LPHE, el cual, en relación con la salida temporal de España de bienes muebles inexportables o sometidos a autorización previa, señala que «el incumplimiento de las condiciones para el retorno a España de los bienes que de ese modo se hayan exportado tendrá consideración de exportación ilícita» a efectos de aplicar la infracción administrativa correspondiente. En la misma línea cabe citar el artículo 55 del Real Decreto 111/1986, según el cual es delito o infracción de contrabando la salida temporal si se produce «el incumplimiento de las condiciones de retorno a España de los bienes cuya exportación temporal ha sido permitida». Esta regulación administrativa española se corresponde además con lo dispuesto a nivel internacional. Así, el artículo 2.2 b) de la Directiva 2014/60/UE define como salida de forma ilegal del territorio de un Estado miembro «que no haya sido devuelto al término de una salida temporal realizada legalmente, o que se infrinja cualquier otra condición de dicha salida temporal». Por su parte, el artículo 5.2 del Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales

³² En esta línea, *vid.* también MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, 1997, pp. 282-283; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, 2022. Cambio de opinión respecto de lo indicado en su día en FARALDO CABANA (2010, pp. 223-258).

³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2023, p. 1255; en el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, 2008, p. 51.

robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995, señala que «se considerará exportado ilegalmente todo bien cultural que haya sido exportado temporalmente del territorio del Estado requirente para los fines de su exposición, investigación o restauración, con arreglo a un permiso expedido de conformidad con las normas de su derecho que regulan la exportación de los bienes culturales con el fin de proteger su patrimonio cultural, y que no sea devuelto de conformidad con las condiciones de dicho permiso».

También es delito exportar o expedir cuando la autorización administrativa con que se cuenta ha sido obtenida presentando en su solicitud «datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos». «Naturaleza», según la primera acepción del Diccionario de la RAE, significa «esencia y propiedad característica de cada ser». La falsedad se refiere, pues, a las características del bien que determinan sea su integración en el Patrimonio Histórico Español, sea en alguna de sus categorías inexportables o sometidas a autorización previa.

Por último, también es contrabando la exportación o expedición de un bien perteneciente al Patrimonio Histórico Español con una autorización administrativa obtenida «de cualquier otro modo ilícito».

2. ¿Importar o introducir?

El Convenio de Nicosia propone castigar tanto la exportación como la importación ilegal de bienes culturales de cualquier origen. La normativa europea también es consistente en la prohibición de introducir o importar³⁴ bienes culturales «que hayan salido del territorio del país en el que se crearon o descubrieron en infracción de las disposiciones legales y reglamenta-

³⁴ La diferencia entre «introducir» e «importar» bienes culturales es similar a la existente entre expedir y exportar: «introducción de bienes culturales» se define en el Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales, como «toda entrada de bienes culturales en el territorio aduanero de la Unión que esté sujeta a vigilancia aduanera o control aduanero en el territorio aduanero de la Unión de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 952/2013», mientras que «importación de bienes culturales» es «a) el despacho de bienes culturales a libre práctica a que se refiere el artículo 201 del Reglamento (UE) n.º 952/2013, o b) la inclusión de bienes culturales en una de las siguientes categorías de regímenes especiales contempladas en el artículo 210 del Reglamento (UE) núm. 952/2013: i) el depósito, incluidos el depósito aduanero y las zonas francas, ii) los destinos especiales, incluidos la importación temporal y el destino final, iii) el perfeccionamiento activo» (artículo 2).

rias de dicho país»³⁵. En España, la Ley de Represión del Contrabando no castiga a través de un tipo específico la importación ilegal de bienes culturales objeto de tráfico ilícito. Tanto la normativa administrativa española sobre protección del patrimonio histórico como la penal sobre contrabando se centran en la protección del patrimonio histórico español, lo que significa tutelarlos frente a la exportación o expedición ilegal, no, obviamente, frente a su importación.

V. CONCLUSIONES

La única protección penal del patrimonio histórico de otros países frente a la importación o exportación ilegal tiene lugar a través de las otras modalidades de contrabando: si son de lícito comercio, se puede aplicar la importación o exportación sin presentar las mercancías para su despacho en las oficinas de aduanas o la obtención del despacho aduanero o de la autorización para la salida de los bienes mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito (art. 2.1 LORC, en sus diferentes modalidades, siempre que el valor de los bienes sea igual o superior a 150.000 euros); si tienen la condición de género prohibido, por estar sometidos a una prohibición de exportación, sea cautelar o definitiva, y el valor de los bienes es igual o superior a 50.000 euros, se puede aplicar el artículo 2.2 b) LORC. Solo se podrá prescindir del valor de los bienes en caso de pluralidad de infracciones administrativas que superen en conjunto las cuantías mencionadas o cuando el delito se realice a través de una organización. El precepto dedicado expresamente a la tutela del patrimonio histórico solo protege el español frente a la exportación o expedición ilícitas. Es hora de extender la protección extra que tienen los bienes integrantes del patrimonio histórico español a todos los bienes culturales, con independencia de su origen, aunque el daño real se produzca fuera de España, en el país de procedencia, y a pesar de las dificultades técnicas a las que se enfrentarán los órganos judiciales españoles a la hora de determinar si la salida del bien de su país de origen fue legal o no³⁶. Solo así podremos cumplir con nuestras obligaciones en el marco de la Unión Europea y adelantarnos a los cambios a los que nos obligará la ineludible firma del Convenio de Nicosia.

³⁵ Artículo 3 del Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales, aplicable a los bienes culturales que hayan sido creados o descubiertos fuera del territorio aduanero de la Unión.

³⁶ Como advierte ROMEO CASABONA, 2018, pp. 334-335.

BIBLIOGRAFÍA

- CANDELA MAS, Francisco: Comentario y exégesis de la nueva ley del contrabando y defraudación, Madrid, 1954.
- FARALDO CABANA, Patricia: *El delito de contrabando de bienes del Patrimonio Histórico Español. Comentario al artículo 2.1 e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando*, en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, 2010, pp. 223-258.
- *Exploring overlaps of cultural property crime with organised crime in EU policy documents*, European Journal on Criminal Policy and Research, 2024, online first.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo: *La nueva iuspositivación del contrabando al amparo de la LO 12/1995 de 12 de diciembre*, La Ley 1996-6, pp. 1563-1573.
- FIGOR MIRÓ, Juan Carlos/Carceller Garrido, Juan Carlos, Contrabando, Valencia, 2021.
- FUENTES CAMACHO, Víctor: *Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales*, La Ley Unión Europea, 2017.
- FUENTES LOUREIRO, María Ángeles, y FARALDO CABANA, Patricia, *How organised is the trafficking of cultural goods? Spain as case study*, Trends in Organised Crime online first, 2026.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *La eliminación del requisito de la cuantía*, en *Comentarios a la Legislación penal. tomo III. Delitos e infracciones de contrabando*, Madrid, 1984, pp. 251-326.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996.
- GUISASOLA LERMA, Cristina: *Expolio y contrabando de bienes culturales*, en *El expolio de bienes culturales*, Huelva, 2022, pp. 51-74.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 6.ª ed. Valencia, 2022.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 7.ª ed. Valencia, 2023.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela: *Remisiones normativas vacías e ineficacia de los delitos de contrabando*, Revista Penal, 2024, pp. 118-137.
- MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, Santiago: *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, pp. 273-287.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *El tráfico ilegal de obras de arte*, Estudios Penales y Criminológicos, 1993, pp. 395-421.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 17.ª ed. Valencia, 2009.
- MUÑOZ MERINO, Ana María: *El delito de contrabando*, Pamplona, 1992.
- NOREÑA SALTO, José Ramón: *La represión del contrabando (LO 7/1982)*, Cuadernos de Política Criminal, 1983, pp. 89-133.
- OROZCO PARDO, Guillermo/Pérez Alonso, Esteban J.: *La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico*, Madrid, 1996.

- ORTS BERENGUER, Enrique: *Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico*, en Comentarios a la Legislación Penal. tomo III. Delitos e infracciones de contrabando, Madrid, 1984, pp. 87-100.
- PÉREZ ALONSO, Esteban J.: *El delito de contrabando de bienes culturales*, *La Ley Penal*, 2008, pp. 45-61.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. tomo III. Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, 2.^a ed. Madrid, 1978.
- RENART GARCÍA, Felipe: *Aspectos sustantivos del contrabando de bienes culturales*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2002, pp. 143-197.
- ROMEO CASABONA, Carlos M.: *El Convenio del Consejo de Europa de 2017 sobre delitos relacionados con los bienes culturales*, en Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo, Valencia, 2018, pp. 319-344.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: El delito de contrabando, Madrid, 2022.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de: *Estudio del delito de contrabando de bienes culturales a través del caso de la exportación ilegal del cuadro de Picasso «Cabeza de mujer joven»*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2020, pp. 71-94.

14. RESTRICCIONES IDEOLÓGICAS E INCONDICIONALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

JUAN LUIS FUENTES OSORIO
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Jaén

I

La comunicación pública libre sin injerencias de los poderes públicos o de otros sujetos es una condición necesaria para el desarrollo personal, el ejercicio de otros derechos fundamentales y el funcionamiento de una sociedad democrática, motivos por los que se le otorga a esta libertad el rango de derecho fundamental (art. 20 CE).

Ahora bien, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, puede ser sometida a restricciones. Estas solo serán constitucionalmente aceptables cuando se hagan para evitar los efectos nocivos de un discurso. Esta lesividad tiene dos dimensiones iniciales: una vinculada con los aspectos circunstanciales (lugar, hora, etc.) en que se produce la manifestación y otra asociada con el mensaje que contiene y cómo se presenta. De este modo, las regulaciones constrictivas de esta libertad, según se apoyen en uno de estos criterios, se suelen clasificar como *content-neutral* o *content-based* respectivamente¹. Aunque en ambos casos hay que justificar la necesidad y proporcionalidad de la reducción adoptada, las leyes basadas en el contenido de lo expresado nor-

¹ Vid. por todos WEINSTEIN, 2009, pp. 81 ss.

malmente sufren a más controles porque inciden con más intensidad sobre el núcleo esencial de la libertad. Es evidente que la prohibición de hablar durante un examen no es comparable con la que impide pronunciarse públicamente sobre un tema. Esto ha motivado la creación de test o evaluaciones judiciales para determinar la constitucionalidad de la normativa. Por ejemplo, en USA las leyes que constriñen expresiones a las que se le atribuye una alta relevancia (*high value*) se deben someter a un *strict scrutiny test* por parte de los tribunales².

II

En la elaboración de leyes sancionadoras que limiten la libertad de expresión por su contenido cabe identificar dos líneas en función del objeto de tutela empleado para medir la ofensividad suficiente. Un primer planteamiento evalúa la lesividad del mensaje según el grado de compatibilidad de su posicionamiento ideológico con los valores sociales esenciales dominantes. Un segundo enfoque reclama, en cambio, una lesión o puesta en peligro grave de los derechos y libertades concretas de otros sujetos³.

1

El primer parámetro para determinar la existencia de un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión refleja el nivel de transigencia que tiene el régimen jurídico constitucional con el antagonismo ideológico. Conforme a ello es posible discernir dos modelos.

(i) Democracias intolerantes⁴. Estas mantienen que hay un uso abusivo de la libertad de expresión cuando lo comunicado contenga un posicionamiento

² El legislador debe justificar la extrema necesidad (existencia de un *compelling government interest*), que sea posible conseguir este objetivo mediante la prohibición y que no haya una alternativa regulatoria menos restrictiva con la misma eficacia. Sin embargo, hay otras clases de discursos que, pese a ser regulados mediante leyes basadas en el contenido, tienen una relevancia media (*middling value speech*, p.e. el comercial) o baja (*low value speech*, p.e. las *fighting words*) que habitualmente son sometidas a un *intermediate scrutiny* o a un *rational basis test* respectivamente. Vid. WEINSTEIN, 2009, p. 83; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, pp. 147 ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 59 ss.; GORDON BENITO, 2023, pp. 75 ss.

³ Vid. PAREKH, 2012, p. 41.

⁴ Igualmente denominadas militantes o sustanciales (Fox/NOLTE, 1995, pp. 16 ss.) o cerradas (BARTOLI, 2025, p. 12).

to en contra de los elementos, valores y fundamentos esenciales del sistema político y social (por ejemplo, contra el respeto de la dignidad humana, las elecciones democráticas, la separación de poderes, el estado social, etc.).

Estas declaraciones pondrían en peligro la configuración del modelo constitucional de convivencia (por ejemplo, pueden llevar al desarrollo de políticas discriminatorias). Ello obliga al estado a enfrentarse a estos mensajes en nombre de los ciudadanos⁵ y a abandonar su neutralidad ideológica: una manifestación que tenga este contenido no puede aceptarse como un discurso público valioso o relevante que tenga que ser permitido⁶.

Se afirma, por tanto, que hay un exceso en el acto de comunicación con el objetivo principal de proteger el núcleo esencial de valores que integran el sistema democrático y que otorgan identidad cultural y cohesión a la comunidad⁷. Adicionalmente, esta restricción bloquearía la construcción de narrativas opuestas al sistema social y democrático y dificultaría la puesta en contacto y coordinación entre sus defensores⁸. Por último, ello privaría a los movimientos antidemocráticos de una herramienta clave para llegar al poder⁹ y daría mayor amparo a las minorías culturales¹⁰.

Esta perspectiva tiene un alto precio: es paternalista (muestra una desconfianza en el diálogo social y en la capacidad de los ciudadanos para tomar decisiones racionales¹¹) y antidemocrática. Implica una renuncia a elementos que sustentan el modelo constitucional (libertad de expresión, libertad ideológica, pluralismo democrático) con el objetivo de protegerlo. Decisión paradójica que reduce la legitimidad del sistema¹² y lo vuelve inestable. Por un lado, porque incorpora un factor de incertidumbre: ¿cómo seleccionar el discurso político o ideológico «inaceptable» que, al atentar contra estos principios esenciales, debe ser excluido? Por otro lado, porque conlleva un riesgo de autoritarismo¹³: se constriñe, para salvaguardar una ideología o una moral pública ideal (aun siendo mayoritaria), el desarrollo personal libre y el pluralismo¹⁴. Puede conducir,

⁵ Muchos miembros de la sociedad no serían capaces de analizarlos ni de elegir racionalmente, *vid.* DOUGLAS-SCOTT, 1999, p. 337.

⁶ *Vid.* HEYMAN, 2009, pp. 176 ss.; PAREKH, 2012, p. 47. *Vid.* al respecto ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 157 ss.

⁷ *Vid.* WALDRON, 2009, p. 1630 ss.; PAREKH, 2012, p. 50. *Vid.* al respecto ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 112 ss.

⁸ Próximo WALDRON, 2009, p. 1631.

⁹ *Vid.* ERMAKOFF, 2020, pp. 185 ss.

¹⁰ *Vid.* al respecto DOUGLAS-SCOTT, 1999, pp. 338 ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2020, p. 124.

¹¹ *Vid.* críticamente FUENTES OSORIO, 2007, p. 366; ALCÁCER GUIRAO, 2020, p. 262.

¹² *Vid.* críticamente FUENTES OSORIO, 2007, p. 367; ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 96, 131 ss.; *idem*, 2022, p. 56; NÚÑEZ CASTAÑO, 2022, pp. 256 ss.; BARTOLI, 2025, p. 12.

¹³ *Vid.* al respecto BAKER, 2008, p. 19; SIMPSON, 2012, p. 702.

¹⁴ *Vid.* BARTOLI, 2025, p. 10.

incluso, a una reducción de la diversidad cultural. Ciertamente, esta interferencia en la libertad de expresión puede ser una forma de disciplinar a las minorías ideológicas y culturales¹⁵. De hecho, es más probable que se censure el discurso de una minoría que se posiciona críticamente contra principios y valores dominantes que, por ejemplo, el discriminador mayoritario¹⁶.

(ii) En contraste, las democracias tolerantes o pluralistas¹⁷ exigen que pueda entrar en el debate público cualquier punto de vista y propugnan, lógicamente, la neutralidad ideológica del Estado¹⁸. De este modo, constituciones que, como la nuestra, no se configuran como «militantes»¹⁹ demandan que la libertad de expresión abarque todo discurso político-ideológico, también aquel que sea provocador, molesto, perturbador u ofensivo al posicionarse contra los principios democráticos que articulan el propio sistema constitucional o desafiar valores sociales mayoritarios²⁰. Todos tienen relevancia pública, forman parte de un debate político y social plural²¹, y son manifestaciones del derecho de cada ciudadano a expresar su opinión y participar en la discusión pública²².

¹⁵ Vid. MALIK, 2009, p. 119.

¹⁶ Sobre el *reverse enforcement argument* en este contexto vid. WEINSTEIN, 1992, p. 17; ROMERO, 2001, p. 39; BAKER, 2008, p. 15. DELGADO/YUN (1994, pp. 880 ss.) precisan de forma optimista que, aunque ello puede acontecer en regímenes autoritarios, no sucederá en países progresistas y democráticos.

¹⁷ PRIETO SANCHÍS (1994, p. 373) escoge este último término porque «tolerancia» históricamente tiene una doble connotación negativa: se tolera un mal y desde una posición de superioridad. FOX/NOLTE (1995, pp. 14 ss.) prefieren, en cambio, denominarlas democracias procedimentales o tolerantes, mientras que BARTOLI (2025, p. 12) las califica como abiertas.

¹⁸ Vid. ROLLNERT LIERN, 2023, p. 126.

¹⁹ Vid. ALCÁZER GUIRAO, 2012, pp. 8 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, p. 324; ROIG TORRES, 2020, pp. 260, 286; LANDA GOROSTIZA, 2021, p. 77; NÚÑEZ CASTAÑO, 2022, p. 32; GALÁN MUÑOZ, 2023, p. 13; ROLLNERT LIERN, 2023, p. 139. SSTC 176/1995 de 11 de diciembre, fj 2; 48/2003 de 12 de marzo, fj. 7; 235/2007 de 7 de noviembre, fj 4; 177/2015 de 22 de julio, fj. 2; 112/2016 de 20 de junio, fj. 2.

²⁰ Vid. SSTC 174/2006 de 22 de diciembre, fj. 4; 77/2009 de 23 de marzo, fj. 4; 235/2007 de 7 de noviembre, fj. 4; 177/2015 de 22 de julio, fj. 2; 112/2016 de 20 de junio, fj. 2.

En el mismo sentido se posiciona el TEDH: el artículo 10.2 CEDH «(...) no solo se aplica a la “información” o las “ideas” que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofendan, escandalicen o molesten», STED Asunto E. S. c. Austria 38450/12 de 23 de octubre de 2018, 42. Véase SSTEDH Castells. C. España, 11798/85 de 23 de abril 1992, 42; Fuentes Bobo c. España, 39293/98 de 29 de febrero de 2000, 43; Otegi Mondragon c. España, 2034/07 de 15 de marzo de 2011, 48, 54; Pentikäinen c. Finlandia, 1882/10 de 20 de octubre de 2015, 87; Bédat c. Suiza, 56925/08 de 29 de marzo de 2016, 48; Mariya Alekhina y otras c. Rusia 38004/12 de 17 de julio de 2018, 197; Savva Terentyev c. Rusia 10692/09 de 28 de agosto de 2018 (61); Erkizia Almandoz c. España 5869/17 de 22 de junio 2021, 35.i; Stern Taulats y Roura Capellera c. España 51168/15 y 51186/15 de 13 de marzo de 2018, 30; Sánchez c. Francia 45581/15 de 2 de septiembre de 2021, 74; Fragozo Dacosta c. España 27926/21 de 8 de junio (28); Rabczewska c. Polonia, 8257/13 de 30 de enero de 2023, 46; Gaši y otros c. Serbia, 24738/19 de 30 de enero de 2023, 78. Vid. al respecto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, p. 126; ALCÁZER GUIRAO, 2020, p. 169; NÚÑEZ CASTAÑO, 2022, pp. 49, 82, 271.

²¹ SSTC 174/2006 de 22 de diciembre, fj. 4; 77/2009 de 23 de marzo, fj. 4; 235/2007 de 7 de noviembre, fj. 4; 177/2015 de 22 de julio, fj. 2; 112/2016 de 20 de junio, fj. 2; STS 645/2021 de 16 de julio, fj. 3.2.

²² Vid. BAKER, 2008, p. 9; WEINSTEIN, 2011, pp. 497 ss.

Se suele afirmar que la diferencia entre el sistema estadounidense y el europeo en la regulación de esta libertad radica en que el primero es marcadamente libertario y el segundo acepta restricciones por el contenido ideológico²³. Sin duda, la horrible experiencia que supuso el fascismo ha generado que, en el ámbito europeo, haya cierta reticencia a mantener debates abiertos en los que intervengan posicionamientos radicales y antisistema. Mayor confianza en un diálogo sin cortapisas se observa en USA. No haber experimentado en su propio territorio los eventos históricos traumáticos provocados por el surgimiento y desarrollo de los estados totalitarios presuntamente sería la razón de este optimismo. Ahora bien, su historia está igualmente marcada por acontecimientos horribles (los enfrentamientos políticos y sociales asociados con la esclavitud, la segregación y la discriminación racial²⁴) que podrían haber fundamentado el abandono del sistema libertario. Con todo, el factor que posiblemente más haya incidido en la aproximación de la libertad de expresión al modelo intolerante en diferentes momentos históricos sea un resiliente «temor rojo» en la sociedad y en la clase política norteamericana, que resurge con intensidad cada cierto tiempo. Así, la línea jurisprudencial del *bad tendency test* (de principios del siglo xx) justificaba que una declaración fuera sancionable cuando mostrara una tendencia a causar un daño rechazable socialmente por afectar a la paz pública o a los fundamentos del gobierno. Ello permitía punir discursos favorables al socialismo, comunismo o anarquismo²⁵. La excesiva limitación de la libertad de expresión que ello produjo durante la primera mitad del pasado siglo explicaría, según algunos autores, posteriores posicionamientos en USA sobreprotectores de esta libertad en comparación con Europa²⁶.

Llegado a este punto he de hacer dos precisiones. En mi opinión, lo que diferencia ambos modelos, americano y europeo, reside en que la libertad de expresión tiene en cada sociedad una función política diferente, determinada por un miedo social erigido sobre un relato histórico dominante: la libertad de expresión limitable dificulta que ideologías antidemocráticas o que potenciales

²³ Vid. sobre los dos modelos, DOUGLAS-SCOTT, 1999, pp. 343 ss.; CARMÍ, 2008, pp. 45 ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2015, pp. 50 ss.; ídem, 2020, pp. 35 ss.

²⁴ Vid. DOUGLAS-SCOTT, 1999, pp. 309 ss.; BAKER, 2008, p. 22; WALDRON, 2009, p. 1634.

²⁵ El *bad tendency test* permitió, por ejemplo, la punición de mensajes en contra de la primera guerra mundial (*Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 1919) o por colaborar con el partido comunista (*Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 1927). Vid. BAKER, 2008, pp. 2 ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2020, p. 64; ídem, 2022, pp. 47 ss.; GORDON BENITO, 2023, p. 66.

Con el cambio de siglo esta preocupación se traslada al terrorismo. Se encuentran sentencias del *Supreme Court* que prohíben directamente discursos que están conectados con organizaciones terroristas en cuanto forma de apoyo a las mismas, véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, p. 203 ss.; TERUEL LOZANO, 2018, p. 20 [que citan el caso *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 1 (2010)].

²⁶ Vid. WEINSTEIN, 2009, p. 91.

autócratas la instrumentalicen para llegar al poder, la libertad de expresión absoluta puede ser un obstáculo frente a los abusos de los que llegan al poder (protege al individuo y le da un instrumento crítico)²⁷. Asimismo, es habitual que los países tolerantes presenten algún elemento propio del modelo opuesto²⁸. Esta debe ser una decisión excepcional, para casos muy específicos y muy precisa en su alcance, ya que tensiona el sistema. Definirse como un modelo constitucionalmente tolerante y limitar la libertad de expresión solo por su contenido ideológico es una medida antidemocrática selectiva²⁹, que puede generar frustración social y reducir la confianza en el sistema constitucional³⁰, que puede consolidarse³¹ y finalmente conducir a un cambio al modelo intolerante.

2

La segunda perspectiva de la lesividad atiende al efecto que tiene la declaración realizada, pero sobre los derechos concretos de terceros. No están amparadas por la libertad de expresión las manifestaciones que dañen o pongan en peligro otros bienes jurídicos³².

La tipificación de estos excesos lesivos como delitos se puede estructurar siguiendo dos coordenadas: por la forma que adopta la comunicación (es un in-

²⁷ Miedo perfectamente justificado a la vista de las medidas tomadas durante el segundo mandato de Donald Trump en relación con la libertad de expresión y de prensa.

²⁸ Vid. FOX/NOLTE, 1995, pp. 37 ss.; GALÁN MUÑOZ (2023, pp. 2 ss.) insiste en que fueron las democracias militantes las que incorporaron el discurso de odio como filtro para eliminar expresiones que no son valiosas para la democracia.

²⁹ En concreto, LANDA GOROSTIZA (2021, p. 77) sostiene acertadamente que es necesario cuestionarse «(...) hasta qué punto se puede construir una suerte de democracia militante “penal”, a la carta, sin un paralelo replanteamiento del modelo constitucional al respecto y con ausencia de un consenso político extenso y transversal».

³⁰ Tanto en los «restringidos», que se plantearán por qué no tienen derecho a decir lo que piensan, como en los que esperaban una condena de estas declaraciones «antisistema», que se preguntarán por qué en ciertos casos debe predominar la libertad de expresión.

³¹ Vid. BAKER, 2008, p. 19; LANDA GOROSTIZA, 2021, p. 77. En relación con el uso del argumento de la pendiente resbaladiza (*slippery slope*) en los delitos de discurso de odio, vid. MALIK, 2009, pp. 105 ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2020, p. 73; BRISON, 2021, pp. 117 ss.

DELGADO/SEFANCIC (1996, p. 488), PAREKH (2012, p. 49) y BRISON (2021, p. 118) defienden que este riesgo no existe o no en mayor medida que cuando se limita el discurso por su contenido lesivo, por ejemplo, por ser difamatorio.

³² Subrayan el carácter no absoluto de la libertad de expresión y su posible limitación cuando supongan agresiones graves contra otros derechos, SSTC 136/1999 de 20 de julio, fj. 14; 177/2015 de 22 de julio, fj. 2; 112/2016 de 20 de junio, fj. 2; 35/2020 de 25 de febrero, fj. 4. Vid. DOUGLAS-SCOTT, 1999, pp. 315 ss.; HEYMAN, 2009, pp. 160, 163, 178 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2012, pp. 327; ALCÁCER GUIRAO, 2015, p. 51; GEPC 2019; NÚÑEZ CASTAÑO, 2022, pp. 50, 148, 165; CARDENAL MONTRAVETA, 2022, pp. 2 ss.; DOVAL PAÍS, 2023, p. 223; GORDON BENITO, 2023, p. 654; ALASTUEY DOBÓN, 2024, pp. 160, 179; BARTOLI, 2025, p. 11.

sulto, una difamación, una intimidación, etc.) y por la temática que incluye (a qué se refiere la expresión)³³.

Conforme al primer eje de ordenación existe acuerdo en aceptar que se deben criminalizar únicamente aquellas categorías más lesivas, claramente excluidas del núcleo esencial de la libertad de expresión: injurias graves, calumnias, amenazas graves e inducciones consumadas a la comisión de un delito³⁴. La temática, como segundo eje, nos permite precisar el alcance de la categoría discursiva lesiva acotando el objeto de tutela o agregando otro. Así, por ejemplo, se podría especificar que las amenazas solo serán castigadas penalmente si el mal con que se intimida constituye un delito de homicidio o de lesiones. También sería posible que una calumnia, con un injusto originalmente vinculado con el honor, resultara agravada, de forma genérica o específica, cuando lo expresado tenga un adicional trasfondo discriminatorio.

Los modelos tolerantes solo admitirán restricciones penales en la libertad expresión por su lesividad de otros derechos³⁵ y siempre que tengan cierta gravedad (lo que frecuentemente se traduce en una exigencia de lesión grave o, al menos, de idoneidad para producir de forma inmediata este resultado). Sin embargo, es común el empleo de versiones menos estrictas de este encuadre que justifican una mayor constricción de la libertad de expresión mediante el uso, individual o combinado, de tres técnicas: se baja el grado de ofensividad requerido para poder sancionar penalmente un discurso (se incluyen las lesiones leves), se modula el juicio de idoneidad (por ejemplo, se considera suficiente que la conducta incremente el riesgo de producción del resultado) o de inmediatez (por ejemplo, la probabilidad de daño futuro crece automáticamente cuando aumenta la gravedad del daño que se puede causar), o se transforma el objeto tutelado (utilizando, por ejemplo, la paz pública en su sentido objetivo o subjetivo). La presión que ejerce el miedo al terrorismo, la mayor influencia de ciertos planteamientos comunitarios y multiculturalistas que demandan una mayor intervención penal frente a discursos discriminatorios, la actual guerra cultural y la polarización política explican, entre otros motivos, estas tendencias. No obstante, cuanto más se aleja este umbral de lesividad del daño efectivo de bienes jurídicos concretos más nos acercamos al primer enfo-

³³ Ello se aproxima a la distinción que hace RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012, pp. 143) cuando expone que las excepciones a la primera enmienda estadounidense se pueden ordenar según un principio de categorización (clase de discurso, p.e. unas amenazas) y de diferenciación por el contenido (según la materia –p.e. terrorismo– o el punto de vista –criticar al gobierno o la opinión de otros–).

³⁴ *Vid.* GEPC, 2019.

³⁵ En un modelo tolerante de restricción de la libertad de expresión, no se puede sancionar penalmente una declaración por el mero hecho de referirse a una temática determinada. Esto es, no será delictivo hablar sobre el terrorismo (ni criticar, por ejemplo, la política de dispersión penitenciaria), sino incitar a la práctica de acciones terroristas.

que y, como en los sistemas intolerantes, podemos pasar a sancionar un mensaje por su mero contenido ideológico.

Los preceptos que restringen penalmente la libertad de expresión desde cualquiera de estas perspectivas mediante la criminalización de ciertas formas de comunicación en función de su contenido lesivo se pueden calificar genéricamente como delitos de expresión. Si las categorías tipificadas se precisan por la materia a la que afectan e incluyen un factor discriminatorio, podrán ser catalogadas dentro de los delitos de discurso de odio. Aunque inicialmente se podía mantener que en los modelos tolerantes los delitos de expresión y de discurso de odio definían su ofensividad por la lesión o puesta en peligro, básica y agravada respectivamente, de un objeto concreto (estaban en una relación de subsidiariedad, como grupo principal y subgrupo específico), desde mi punto de vista, la evolución que ha sufrido el discurso de odio ha roto en parte con esta estructura. Actualmente, los delitos de expresión abarcan los preceptos que sancionan penalmente excesos en el uso de libertad de expresión por su lesividad en relación con bienes jurídicos concretos. Por el contrario, los delitos de discurso de odio tipifican manifestaciones que siguiendo este criterio estricto de ofensividad se integran dentro de los delitos de expresión, pero también engloban otras que quedan fuera de este grupo porque su potencial lesivo viene definido exclusivamente por su posicionamiento ideológico. Con otras palabras, el discurso de odio ese ha convertido en un puente hacia un modelo intolerante.

III

Las restricciones penales a la libertad de expresión pueden ser incondicionales o relativas. En el primer caso la normativa describe qué categoría de discurso (conexa normalmente con una materia concreta) supone directamente, por su lesividad, un abuso en esta libertad. A partir de aquí, únicamente se requiere una operación de subsunción, es decir, comprobar que la declaración coincide efectivamente con la categoría prohibida, para lo que se deben tener en cuenta factores como el contenido de la expresión y el contexto en que fue hecha. Se trata, por ejemplo, de analizar si lo exteriorizado es una apología (por negación) del holocausto o una incitación pública a la resolución de conflictos mediante el empleo de la violencia o rebelándose contra el estado. Las limitaciones son relativas cuando se admite que la categoría es problemática: se asocia con frecuencia con un abuso en el ejercicio de la libertad de expresión, pero de la misma manera convive con ámbitos de uso lícito. De este modo, junto al primer juicio (de subsunción) en el que se resuelve que lo expuesto coincide con la categoría indicada, es necesario un segundo juicio para ponderar si se han superado en el caso concreto los límites específicos que

marcan que hay un exceso en la libertad de expresión. Este segundo análisis se efectúa penalmente en dos niveles. En el plano de la antijuricidad se examina si el discurso, que en un primer momento se ha identificado, por ejemplo, como una injuria, en realidad supone un ejercicio legítimo de la libertad de expresión (por ejemplo, porque el insulto-crítica era necesario y proporcional en función de las circunstancias concurrentes y valorando especialmente el carácter público de la materia y del sujeto). Igualmente se puede efectuar esta operación al estimar si la conducta es típica: para que la reducción sea constitucionalmente aceptable el precepto (y/o la jurisprudencia) puede exigir que se cumplan ciertos requisitos típicos, objetivos o subjetivos, adicionales a los empleados para definir la clase de expresión sancionada, que determinan directamente en este nivel que el ejercicio de la libertad de expresión o información sea ilegítimo. Estos pueden variar según la categoría del discurso y su temática (por ejemplo, la falta de veracidad *ex ante* en las calumnias o que exista un riesgo muy elevado de producción inminente de un resultado lesivo en la apología).

Esta distinción no solo incide en la forma de legislar, también está presente en la actuación de los tribunales. Así, lo habitual es que se vincule la constitucionalidad de la restricción en el supuesto enjuiciado a que el tribunal practique una ponderación que tenga en cuenta los factores constitucionales que determinan si la declaración supone un exceso en el ejercicio del derecho que permita, además, su sanción penal³⁶. Sin embargo, se localizan situaciones en las que la jurisprudencia sigue el modelo de categorización rígida o incondicional. Por ejemplo, hay momentos en los que el TEDH no realiza una ponderación según un juicio de proporcionalidad en relación con el artículo 10 CEDH, sino que resuelve directamente que la manifestación no está abarcada por este artículo porque supone un abuso de derecho del artículo 17 CEDH (es lo que se denomina el «efecto guillotina»)³⁷.

Ahora bien, hay que identificar qué elementos forman parte de cada juicio. Por ejemplo, ser una incitación pública dolosa a un delito concreto serían aspectos esenciales para poder subsumir la expresión dentro de la categoría «apo-

³⁶ Véase por ejemplo SSTC 177/2015 de 22 de julio, fj. 2.e; 35/2020 de 25 de febrero, fj. 4, 5.

³⁷ Por ejemplo, se inadmitieron por abuso de derecho del artículo 17 CP varios casos de negacionismo y revisionismo histórico (*vid.* por ejemplo Seurot c. Francia, 57383/00 de 18 de mayo de 2004; Witzsch c. Alemania, 7485/03 de 13 de diciembre de 2005; M'Bala M'Bala c. Francia, 25239/13 de 20 de octubre de 2015). En los últimos años se ha extendido esta vía a casos de fundamentalismo islámico, próximos a la incitación al terrorismo (*vid.* por ejemplo Belkacem c. Bélgica, 34367/14 de 27 de junio de 2017). *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, 2015, p. 65; *idem*, 2020, pp. 45 ss.; GÓMEZ MARTÍN, 2021, pp. 237 ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, 2022, pp. 61 ss.; GORDON BENITO, 2023, pp. 564 ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2024, p. 161.

logía», mientras que la relevancia pública del mensaje y la posibilidad de que se produzca un daño inminente pertenecerían al juicio de proporcionalidad³⁸.

En suma, el modelo incondicional afirma que toda declaración incluíble en la categoría de la expresión tipificada es un exceso punible en el ejercicio de la libertad de expresión en todas las situaciones: estos contenidos no son justificables. Desde mi punto de vista, este es el objetivo final que actualmente se persigue con el proceso de simplificación (debilitación) de las categorías «discurso de odio»³⁹ y «apología». Por consiguiente, únicamente se podrá criticar al tribunal correspondiente no haber hecho correctamente la subsunción en el caso concreto o reprochar al legislador que la categoría, tal y como está descrita, no es una limitación constitucionalmente admisible de la libertad de expresión. El modelo relativo, en cambio, parte de que, aunque la restricción del discurso es admisible porque se refiere a una categoría que lesiona o pone en peligro otros bienes concretos, hay situaciones en las que la libertad de expresión debe ser preponderante y penalmente lícita (porque, por ejemplo, forme parte de una discusión fundamental dentro del debate público)⁴⁰. Las críticas a la condena por un tribunal se amplían. No solo se le recriminará haber realizado una subsunción inadecuada, igualmente se le achacará no haber efectuado un juicio de proporcionalidad (comprobando si concurren los requisitos a los que se subordina el exceso en el supuesto concreto o valorando la convergencia de circunstancias justificantes), haberlo ejecutado erróneamente e, incluso, no haber planteado la necesidad de reformular sus elementos.

BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: *Discurso del odio criminalizado vs. Libertad de expresión. Una fina línea divisoria*, La libertad de expresión. Avances, límites y desafíos futuros, A Coruña, 2024, pp. 149-184.

³⁸ Algo parecido sucedería con el test Rabat en los delitos de odio: únicamente el último criterio, relativo al riesgo de producción de un resultado inminente, formaría parte del juicio de proporcionalidad.

³⁹ GÓMEZ MARTÍN (2021, pp. 240 ss.) recalca que la jurisprudencia utiliza el discurso de odio como una categoría que simplifica la labor de ponderación: «(...) ninguna expresión calificable como “discurso del odio” podría quedar amparada, por principio, por la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión (...)».

⁴⁰ Así, por ejemplo, CARDENAL MONTRAVETA (2022, p. 24) considera lícitas las expresiones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, pero son necesarias para expresar una idea que contribuye al debate público (añade que si fueran innecesariamente lesivas y de cierta gravedad, pero contribuyeran al debate público se podría apreciar la eximente incompleta de ejercicio de un derecho).

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Discurso del odio y discurso político*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 14-02, 2012, pp. 1-32.
- *Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU. y Europa*, en Revista Española de Derecho Constitucional, n. 103, 2015, pp. 45-86.
- *La libertad del odio*, Madrid, 2020.
- *Enaltecimiento de terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión*, en Teoría y Derecho, n. 32, 2022, pp. 45-66.
- BAKER, C. Edwin: *Hate Speech*, en Penn Law. Faculty Scholarship, paper 108, 2008, pp. 1-23.
- BARTOLI, Roberto: *Reati de opinione e costituzionalismo*, en Diritto penal e processo, 1/2025, pp. 7-12.
- BRISON, Susan J.: *Free Speech Skepticism*, en Kennedy Institute of Ethics Journal, vol. 31(2), 2021, pp. 101-132.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: *Expresiones, prohibiciones y penas*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24-13, 2022, pp. 1-27.
- CARMÍ, Guy E.: *Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech*, en SSRN Electronic Journal, vol. 26, 2008, pp. 1-98.
- DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean: *Ten Arguments against Hate-Speech Regulation*, en Northern Kentucky Law Review, vol. 23(3), 1995, pp. 475-488.
- DELGADO, Richard; YUN, David H.: *Pressure Valves and Bloodied Chickens: An Analysis of Paternalistic Objections to Hate Speech Regulation*, en California Law Review, vol. 82, 1994, pp. 871-892.
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh: *The Hatredfulness of Protected Speech: a Comparison of the American and European Approaches*, en William & Mary Bill of Rights Journal, vol. 7(2), 1999, pp. 305-346.
- DOVAL PAÍS, Antonio: *When the wording of the law is not enough: Hate speech crimes in Spain*, en From Fear to Hate: Legal-Linguistic Perspectives on Migration, Berlín, Boston, 2023, pp. 201-230.
- ERMAKOFF, Ivan: *Law against the Rule of Law: Assaulting Democracy*, en Journal of Law and Society, v. 47, s. 1, 2020, pp. 164-186.
- FOX, Gregory H.; Nolte, Georg: *Intolerant Democracies*, en Harvard International Law Journal, vol. 36 (1), 1995, pp. 1-70.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis: *La preparación delictiva*, Granada, 2007.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso: *¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio*, en Revista Penal México, n. 23, 2023, pp. 1-18.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Daño, ofensa y discurso de odio*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, protocolo I, 2021, pp. 235-256.
- GORDON BENITO, Iñigo: *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los artículos 22.4 y 510.3 CP*, Valencia, 2023.

- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC): Una propuesta alternativa a la regulación de los delitos de expresión, Valencia, 2019.
- HEYMAN, Steven J.: *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, en *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 158-181.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *El delito de incitación al odio (artículo 510 CP): Quo Vadis*, en *Azafea. Revista de Filosofía*, n. 23, 2021, pp. 57-81.
- MALIK, Maleiha: *Extreme Speech and Liberalism*, en *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 96-120.
- NÚÑEZ Castaño, Elena: Libertad de expresión y derecho penal: la criminalización de los discursos extremos, Cizur Menor, 2022.
- PAREKH, Bhikhu: *Is There a Case for Banning Hate Speech?*, en *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012, pp. 37-56.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, en *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 367-387.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: Libertad de expresión, discurso extremo y delito, Valencia, 2012.
- ROIG TORRES, Margarita: *El enaltecimiento de los delitos previsto en el artículo 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, 2020, pp. 233-305.
- ROLLNERT LIERN, Göran: «*Memoria democrática*» versus *Libertad ideológica: la democracia militante retrospectiva*, en *Revista de Derecho Político*, n. 118, 2023, pp. 121-143.
- ROMERO, Victor C.: *Restricting Hate Speech against Private Figures: Lessons in Power-Based Censorship from Defamation Law*, en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 33(1), 2001, pp. 1-40.
- SIMPSON, Robert M.: *Dignity, Harm, and Hate Speech*, en *Law and Philosophy*, vol. 32, 2012, pp. 701-728.
- TERUEL LOZANO, German M.: *Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo*, en *InDret*, n. 3/2018, pp. 1-34.
- WALDRON, Jeremy: *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, London, 2012.
- WEINSTEIN, James: *First Amendment Challenges to Hate Crime Legislation: Where's the Speech?*, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 11(2), 1992, pp. 6-20.
- *An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech*, en *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 81-91.
- *Participatory Democracy as the Basis of American Free Speech Doctrine: a Reply*, en *Virginia Law Review*, vol 97(3), 2011, pp. 633-679.

15. EL COHECHO ACTIVO COMO «TENTATIVA DE INSTIGACIÓN» Y «DELITO PREPARATORIO». UNA MIRADA CRÍTICA

PATRICIA GALLO ¹
Profesora
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de cohecho pasivo y cohecho activo, están previstos, respectivamente, en los artículos 256 y 258 del Código Penal argentino ².

El cohecho es el delito «paradigmático» en la lucha penal contra la corrupción pública, en tanto es el que refleja del modo más evidente, lo que puede entenderse por ella: el abuso del poder público para obtener un beneficio privado (ilícito).

En esta exégesis, el cohecho puede representarse como una especie de «contrato consensual», por medio del cual ambas partes se comprometen a realizar prestaciones recíprocas: el funcionario a un acto de relativo a su competen-

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente en la Universidad de Buenos Aires.

² Artículo 256: «Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el 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».

Artículo 258: «Será reprimido con prisión de uno seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo».

cia y el sobornador, a entregar algo de valor a cambio de ese acto. El comportamiento del funcionario se denomina «pasivo» y el del sobornador, «activo».

El cohecho *pasivo* es un delito de codelincuencia necesaria ya que no lo hay, si no existe cohecho activo (pero no al revés), por eso es necesaria la participación de, al menos, dos personas. Por un lado, el funcionario como *autor especial propio*, que acepta o recibe la dádiva, el dinero o la promesa y por otro, quien ofrece el dinero o dádiva, que puede ser un particular u otro funcionario³.

El objetivo con los delitos de cohecho, es preservar el buen funcionamiento de la Administración Pública (bien jurídico protegido), mediante la evitación de la influencia del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas, preservando su imparcialidad. Ello pretende lograrse principalmente mediante la tipificación de las conductas de aceptación de dádiva o promesa por parte del funcionario, para la realización de ciertos actos. Pero también se intenta conseguir ese objetivo por medio de la incriminación de las acciones de ofrecimiento de pago o promesa (sobornadores), adelantando la barrera de punibilidad a un momento anterior al pacto venal (cohecho activo).

En efecto, el artículo 258 del CP (cohecho *activo*), reprime –en su parte pertinente– al que directa o indirectamente *diere* u *ofreciere* dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los preceptos mencionados en dicho tipo penal. Ambas acciones pueden ser explícitas –directas– o implícitas –indi-

³ El objeto del delito –lo que el funcionario recibe– puede ser dinero o cualquier otra dádiva (toda cosa o bien susceptible de tener valor pecuniario), lo importante es que sea el precio del «contrato» entre las partes. El acto que debe realizar el funcionario en contraprestación, es un acto *propio de su competencia*, tanto desde el aspecto material como funcional, sin que deba ser un acto que le corresponda ejecutar según su competencia específica (criterio formal). El precepto no distingue entre cohecho propio e impropio. Es decir, el delito se configura cuando el funcionario recibe dinero para realizar un acto, dentro de sus funciones, ya sea lícito o ilícito. En cuanto a los sujetos de la figura, se trata de un «delito especial propio» ya que solo puede ser cometido por un funcionario nacional, provincial o municipal. Cuando el funcionario actúa *por intermedio* de otra persona que no reúne las características exigidas por el tipo, esta no puede ser autor o coautor, sino un partícipe necesario. La «persona interpuesta» es quien se hace parecer ante los ojos del tercero, como el destinatario del beneficio. Su desempeño debe ser esencial en la configuración del injusto, para ser considerado un partícipe necesario, lo que implica que el delito no se hubiera cometido de no ser por su actuación (BASFLICO, 2020, pp. 77 ss.). Es un delito doloso, de dolo directo. Se trata de un delito de mera actividad (peligro abstracto), no exige resultado, no interesa si el funcionario cumple o no la promesa efectuada al recibir la dádiva o al aceptar la promesa, por lo que se consuma con el *perfeccionamiento del pacto venal*. En ese sentido, se sostiene que el normal funcionamiento de la Administración Pública, puede verse amenazado por la sola existencia de la venalidad, sin consideración a la licitud o ilicitud del acto que, aunque estuviere parcialmente motivado en aquella, realice el funcionario (DONNA, 2008, p. 238). Si la acción es la de recibir dinero o dádivas, la consumación se da en el momento en que estos objetos son recibidos, independientemente de que el funcionario cumpla o no con la realización u omisión acordadas. En cambio, si la conducta es la aceptación de una promesa, el delito se consuma en el momento de la aceptación, independientemente de que ambas partes cumplan el acuerdo. Por eso es difícil admitir la tentativa (BASFLICO, 2020, pp. 77 ss.).

rectas—. Además, pueden ser concretadas por el autor o por medio de un tercero. A diferencia del cohecho pasivo, el activo, es un delito *unilateral*. La norma busca castigar a quienes inducen a los funcionarios públicos, a través de dos conductas *alternativas*: ofreciendo o entregando dádivas. En el primer supuesto, la consumación del delito se produce con la *mera promesa* (de la dádiva), independientemente de que el destinatario la acepte o la rechace⁴. En el segundo, la configuración del ilícito requiere la *entrega* del soborno, esto es, «ponerlo al alcance de la mano» del funcionario, aunque no lo reciba o no lo acepte⁵.

Al igual que el cohecho pasivo, se trata también de un delito doloso. El sujeto activo debe actuar *con voluntad de procurar el acuerdo*, de concertar el negocio que le permita obtener los favores funcionales y con conocimiento de que entrega o compromete las sumas a modo de soborno, o sea, consciente de que realiza oblaciones indebidas⁶.

II. RELACIÓN ENTRE COHECHO ACTIVO Y COHECHO PASIVO

La relación entre el cohecho activo y el cohecho pasivo es *necesaria*, pero a la vez *independiente*, debido a la forma en que se han legislado ambos tipos penales. Lo que se incrimina en el primer delito, es el comportamiento de quienes *intentan corromper* al funcionario público. Así, el cohecho activo se configura con el «simple ofrecimiento», aun sin la aceptación del funcionario público —es independiente del cohecho pasivo—. Sin embargo, para que se configure el cohecho pasivo, es necesario que el agente ofrezca o entregue la dádiva⁷.

En esta exégesis, la «incorrección» del ofrecimiento de dádivas reside en la *instigación* a la deslealtad del funcionario, es decir, constituye una *forma de participación en el ilícito de otro*. Aun así, el cohecho activo se tipifica como delito autónomo, donde el sobornador, aunque en realidad realice un acto de participación, es considerado, *formalmente* autor del delito. La consecuencia de tipificar al cohecho activo de modo autónomo es que el ofrecimiento de soborno se castiga, independientemente del comportamiento del funcionario. O sea, si el funcionario lo rechaza, la conducta también es punible y sería un «intento frustrado de instigación». De este modo, el castigo autónomo de la instigación implica un adelanto de la criminalización a

⁴ BASÍLICO, 2020, pp. 77 ss.

⁵ DONNA, 2008, p. 274.

⁶ BASÍLICO, 2020, pp. 77 ss.

⁷ *Ibidem*.

una etapa muy distante (preparación) del comienzo de ejecución del hecho principal, o sea, de la decisión final del autor (funcionario) de cometer el ilícito que en definitiva se quiere evitar (aceptación del soborno –cohecho pasivo–, que ya a su vez, está alejado de la lesión al bien jurídico, representada por la «toma de decisión por un soborno») ⁸.

Asimismo, el cohecho activo, en tanto tipifica autónomamente un *acto preparatorio*, constituye además, un *delito de preparación*, esto es, un tipo de la Parte Especial que describe actos preparatorios de otro delito, ya sea propio –que el mismo sujeto preparador pretende llevar a cabo en calidad de autor material (por ejemplo, poseer drogas para comercializarlas)– o, como en el caso que nos ocupa, que se trata de la preparación de un delito ajeno (cohecho pasivo, delito del funcionario) ⁹.

En efecto, la conducta típica de inducción, en la medida en que se dirige a crear una resolución delictiva, puede ser una forma de «preparar» una actividad criminal. Ello es así, porque la preparación de un hecho se puede hacer tanto por actos materiales, como verbales. La comunicación entre las partes puede ser una forma válida de preparación, en el sentido de que puede configurar una *condición de posibilidad de una actuación ejecutiva posterior*. Con esta lógica, puede imaginarse una forma de preparación mediante una inducción, porque a través de la incitación se puede obtener el instrumento humano necesario, para la satisfacción de la fase ejecutiva de un tercero ¹⁰.

En este sentido, al configurar un «delito de preparación», el cohecho activo se compone de una conducta *dependiente* de otro delito (cohecho pasivo) cuyo bien jurídico (funcionamiento de la Administración Pública) le sirve de referente valorativo, y se encuentra acompañada además, de un *elemento subjetivo que abarca la consumación del delito principal* (cohecho pasivo) y que es *pre-ejecutiva* –actuando nuevamente de referencia a esos efectos, el delito principal–, tratándose de un *delito de peligro* ¹¹. Estas características del cohecho activo, que se analizarán seguidamente, ponen en tela de juicio, la legitimidad del adelanto de la punibilidad que dicho delito representa.

⁸ RUSCA, 2020, pp. 203 ss.

⁹ ALONSO RIMO, InDret, 10/2017, p. 8.

¹⁰ FUENTES OSORIO, 2003, pp. 334 ss. Ver también, Nota 1373, donde se expresa que la conducta de motivación del inductor como tal, es una «pura conducta preparatoria» con cita de COESTER.

Por otra parte, se ha entendido al cohecho activo en el CP español (art. 423), como un delito de tentativa. Estos delitos, son aquellos en los que el tipo equipara a efectos de pena, la tentativa de producción de un resultado y su producción (tentativa y la consumación) (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999, pp. 49 ss.).

¹¹ ALONSO RIMO, InDret, 10/2017, pp. 8 ss.

III. EL INJUSTO DEPENDIENTE DEL COHECHO ACTIVO

La doble clasificación del cohecho activo como «delito de preparación» y como «tentativa de instigación», conducen a *descartar que el delito del sobornador posea un injusto propio*.

Respecto del primer punto de vista, debe señalarse que la punición del «acto preparatorio» cobra sentido en tanto que sirve para allanar la ejecución del delito fin, y de ese modo, implica *un incremento del peligro de comisión de este*. Así, queda expuesta su vinculación con el delito principal (cohecho pasivo) que es el que determina su bien jurídico protegido (funcionamiento de la Administración Pública) y su contenido de injusto viene condicionado por el delito de referencia, por lo que, el acto preparatorio –y por ende, también el delito de preparación– es «valorativamente dependiente» del hecho principal (pacto venal con el funcionario)¹².

En efecto, la autonomía del injusto no proviene del hecho de que, el acto preparatorio ha sido tipificado en forma independiente. El acto preparatorio (tipificado), en tanto delito *formalmente* independiente no tiene un injusto propio, sino ligado al del delito principal, (*materialmente*, tipo subordinado), aunque menor desde un punto de vista cuantitativo, por ser materialmente una fase anterior del *iter criminis* y con ello, un ataque que genera una ofensa más lejana para el bien jurídico.

A diferencia de lo que ocurre con los delitos de preparación, existen infracciones que de forma más o menos habitual ayudan o constituyen el paso previo a la comisión de otros delitos y que pese a ello su punición no se justifica por la puesta en peligro del bien jurídico del delito que resulta facilitado por aquellas, sino que poseen un injusto propio. Un buen ejemplo de ello, es el delito de trata de personas con fines de explotación (sexual o laboral) que configura un *delito instrumental* respecto de la fase de explotación posterior (delito independiente a la trata) y que afecta *per se* a la libertad, en tanto objeto de protección de ambos delitos (trata de personas y explotación)¹³.

¹² *Ibidem*. Los comportamientos delictivos referidos a la preparación –fase anterior a la tentativa del delito principal– no requieren la lesión del bien jurídico, sino la disposición que tiene el sujeto de algunos materiales o procesos ineludibles que están a su disposición, para poder lesionar un bien jurídico con posterioridad. La preparación delictiva se corresponde con una modalidad específica de delito consumado en la que se considera que preparar un delito mediante la utilización de instrumentos, objetos o procesos, debe ser valorado como consumación (CRUZ PALMERA, RECP, 24-11, pp. 4 ss.).

¹³ Ver el desarrollo de esta cuestión respecto del delito de trata de personas en: GALLO, REP-HD, 10/2024, *passim*. Una consecuencia de ello es la regla concursal: si el sujeto, además de participar en el delito autónomo, por ejemplo, la trata, participa también en la explotación posterior, habría de ser castigado por un concurso de delitos (sin entrar aquí a dilucidar si debe ser un concurso real o ideal). En cambio, se entiende en general, que en la medida que se inicie la ejecución del delito fin, el acto –y el

Con relación a la segunda perspectiva (cohecho activo como tentativa de instigación), el *disvalor* de la conducta del sobornador puede analizarse según dos enfoques diferentes: primero, el que entiende que quien ofrece el soborno comete su *propio ilícito*, independientemente del hecho del funcionario. De acuerdo a esta perspectiva, el disvalor del cohecho activo tiene una naturaleza *diferente* a la del cohecho pasivo¹⁴. Por otra parte, según el enfoque que comparto, el ofrecimiento de un soborno puede ser reconstruido como un acto de «participación» en el ilícito del funcionario; por lo tanto, como todo acto de participación, se entiende que la incorrección del cohecho activo *deriva del ilícito principal*, o sea del cohecho pasivo¹⁵.

En efecto, el ilícito del sobornador ha de configurarse como *inductor* (instigador) del funcionario. La instigación general (como forma de participación) está prevista en el artículo 45 del CP argentino¹⁶. El instigador tiene que haber decidido a otro a realizar el hecho, es decir, *generar el dolo en el tercero*. Sin embargo, la punibilidad del instigador comienza con el primer acto de tentativa llevado adelante por el inducido (principio de accesoriedad externa)¹⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta el modo en que ha sido tipificado el cohecho activo, esto es, «sin necesidad de que el funcionario acepte el ofrecimiento

delito— preparatorio, queda desplazado por aquel en virtud de un concurso de normas, pues, desde un punto de vista material tanto el delito principal intentado como consumado, representan fases más avanzadas del *iter criminis*, y por lo tanto, formas de ataque más intensas al mismo bien jurídico que se deben estimar de manera prevalente (ALONSO RIMO, InDret, 10/2017, pp. 8 ss.; ver también MAURACH, 1995, p. 11).

¹⁴ Ver en este sentido, las teorías que consideran al cohecho activo como «mercantilización de las decisiones de gobierno» y como «comportamiento tramposo», desarrolladas por RUSCA, 2020, pp. 76 ss.

¹⁵ RUSCA, 2020, pp. 81 ss.

¹⁶ Artículo 45: «Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo».

¹⁷ ZAFFARONI, 1991, pp. 590/91. Esta postura es criticada por quienes conciben una teoría subjetiva del injusto, basada en el puro disvalor del acto. Así, SANCINETTI considera que el partícipe debe ser penado por su infracción a la norma, con independencia de lo que haga el autor y por eso debería construirse un *ilícito personal del partícipe*, que en nada deba depender del ilícito correspondiente al autor. Señala también, que desde el punto de vista de una teoría de la responsabilidad por quebrantamiento de la norma, ninguna accesoriedad tiene razón de ser y una vez que se encuentra construida la norma dirigida al partícipe, este la infringe por su comportamiento individual (SANCINETTI, 2001, p. 62). Como regla general en el CP argentino no se castiga la tentativa frustrada de participación, solo es punible la tentativa del autor (art. 42 del CP), salvo normas especiales que contemplan actos de participación material como delitos consumados, por ejemplo, el artículo 209, la instigación pública a cometer delitos: «El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, *por la sola instigación*, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y demás circunstancias establecidas en el artículo 41». La diferencia esencial entre el artículo 45 y el 209, está dada por el número indeterminado de personas al que se dirige la instigación prevista en el segundo precepto. Para la instigación del artículo 45 debe mediar una relación más estrecha entre inductor e inducido («determinar directamente»). Por eso si la instigación es a una persona en particular, aunque fuera en público, no es típica del artículo 209 (Ver CILLERUELO, RDP, 2005-1, p. 313; RUSCA, 2020, pp. 203 ss.).

o la dádiva», ese tipo penal parece contradecirse con el principio de accesoriedad (externa) de la participación –sostenido por el CP argentino– según el cual, el reproche al partícipe se halla subordinado a que el autor, al menos, haya comenzado a ejecutar el hecho principal. El fundamento de este principio, se apoya en la idea de que como el ilícito del partícipe «deriva» del hecho del autor, si este no ha cometido ningún ilícito, entonces el partícipe tampoco habría realizado una conducta disvaliosa¹⁸. Conforme a ello, en los casos en que el funcionario rechaza el ofrecimiento, tampoco podría (debería) haber participación¹⁹. Sin embargo, lo que subyace al modo en que está configurado el delito de cohecho activo, es entender que la accesoriedad externa no se deriva de la concepción de la participación como contribución *al hecho* del autor. Así, para cierta posición doctrinaria argentina, este principio dice que el contenido de ilícito de la participación –del mismo modo que el contenido de ilícito de un acto preparatorio autónomamente punible– se deriva «materialmente» del contenido de ilícito del hecho *a que ella se refiere*, pero no que este hecho también tenga que haber sido realizado (en este caso, por el funcionario «instigado»). Por eso, es coherente con ese enfoque, que el partícipe pueda cometer un hecho ilícito sin que, por otra parte, el autor ejecute «su» ilícito²⁰.

En todo caso, lo que está claro para esa postura, es que la concepción de la participación como aporte a un hecho ajeno, *sí* implica que la norma que viola el partícipe «deriva» de la norma principal, o sea, de aquella que se dirige al autor. Si el disvalor de la participación deriva del ilícito del autor, entonces de la norma principal se infiere otra, dirigida al partícipe, cuyo contenido expresa, por ejemplo, «no debes crear en otro la voluntad de matar» (instigación). Por eso, una vez que el sujeto ha intentado convencer firmemente al autor de que mate a alguien, ha iniciado la «tentativa» de instigación al homicidio. Lo que el autor decida hacer después, no modifica el hecho de que el partícipe ya ha infringido la norma dirigida a él y, por tanto, ha cometido una tentativa de participación y, desde el punto de vista del «disvalor de acción», un hecho ilícito²¹.

¹⁸ MIR PUIG, 2015, pp. 408 ss.

¹⁹ RUSCA, 2020, pp. 83 ss.

²⁰ SANCINETTI, 1991, pp. 731 ss.; RUSCA, 2020, pp. 83 ss.

²¹ SANCINETTI, 1991, pp. 750 ss.; RUSCA, 2020, pp. 83 ss. Cuando el partícipe pierde todo contacto con el ejecutor, perderá también –generalmente– la posibilidad de revocar la influencia de su aporte; por tanto su ilícito acabará en ese punto. Entonces no es difícil hallar el punto final del ilícito de la participación: cuando el partícipe haya perdido el control de la posibilidad de frustrar el hecho del autor principal, habrá acabado todo su ilícito. Por consiguiente: el disvalor completo de una instigación y de una cooperación necesaria, para que puedan ser legítimamente equiparados al disvalor de acción del autor, presuponen la inacción de esos partícipes aun en aquel momento en que, según las representaciones de cada partícipe, fuera ya no más revocable con seguridad, para ellos, que el autor menoscabe el objeto de bien jurídico

Según este esquema de pensamiento, si la incorrección del ofrecimiento del soborno, reside en la inducción al funcionario, el contenido de la norma que incumple el sobornador, sería el siguiente: «no debes inducir a un funcionario público, por medio de un soborno, a que tome una decisión relativa a su cargo» y, desde el momento en que el sobornador realiza el ofrecimiento, ya infringe *esa* norma y comienza la ejecución de *su* ilícito (cohecho activo). En esa exégesis, nada de lo que el funcionario haga después –rechazo o aceptación y luego no cumplir con lo pactado– puede modificar el hecho de que el sobornador ha cometido ya un hecho disvalioso («tentativa» de instigación al cohecho del funcionario). Por otra parte, se ha señalado que, si el autor efectivamente lleva a cabo el ilícito principal, tal resultado *agrava* también el ilícito del partícipe, es decir que el ilícito del partícipe es no solo disvalor de acción, sino también, disvalor de resultado²².

Con base en tales argumentos, esta posición doctrinal considera legitimada la criminalización adelantada del sobornador (cohecho activo), puesto que toda acción de instigación, más allá de lo que haga después el autor, involucra ya la realización de un hecho ilícito, *que hace al inductor merecedor de castigo*²³. Y en esa interpretación, quien siembra la semilla del delito en la mente

(SANCINETTI, 2001, pp. 72 ss.). En un sentido similar, CASTRO, RDP, 2005-1, pp. 292 ss. La norma de participación se funda en el mismo valor del bien jurídico en que se funda la norma principal, referida al autor. Pero el juicio de disvalor sobre la conducta –la norma en sí–, se adelanta a un momento anterior al del comienzo de ejecución del autor; por un lado este quebrantamiento de la norma refleja un menor contenido de disvalor –el *minus* de ilícito de la participación–, en razón de la lejanía del menoscabo al objeto del bien jurídico, pero, por otro lado ese *minus* se compensa con la circunstancia de que el aporte del instigador o cómplice queda en manos de otra voluntad ya no siempre dominable por el partícipe: aquí reside el *plus* del ilícito de la participación (SANCINETTI, 2001, pp. 74 ss.).

²² RUSCA, 2020, pp. 88/89 y Nota 45. Poniendo en tela de juicio al principio de accesoriedad externa, CASTRO se pregunta, ¿por qué el autor con su accionar –comienzo de ejecución– incrimina a los partícipes? Y se responde que: «Si las normas tienen como destinatarias a las personas en forma individual, y su infracción solo opera en la manera y forma que el destinatario decide, por ende, lo que otro haga en contra de la prohibición no debería proyectarse y menos hacia atrás ya que nunca la conducta de un sujeto debería determinar la sanción de otro. El partícipe, así como ha perdido el dominio de su aporte, ha perdido con la misma conducta, la violación o no de la norma» (CASTRO, RDP, 2005-1, pp. 291 ss.). Según este autor, la autonomía es la única solución aceptable para fundar la participación; luego la imputación al partícipe se debe efectuar *como forma dolosa de peligro*. En nada debe importar lo que el autor vaya a realizar con el aporte, la infracción se debe cimentar en la puesta en peligro del obrar del partícipe como autor de un síndrome de riesgo, dirigido al objeto de protección. Se debe tratar a la complicidad como forma de peligro abstracto, que implica «tipos penales autónomos» (*idem*, p. 305).

²³ RUSCA, 2020, pp. 206 ss. El autor menciona 3 razones que permiten justificar el delito de cohecho activo, sin importar la conducta asumida por el funcionario. En primer lugar, este mecanismo de inducción constituye *ex ante*, un mecanismo más peligroso que otros. El hecho de prometer algo de valor a cambio de la realización del ilícito, resulta un medio particularmente idóneo para determinar a otro a actuar. En segundo lugar, se debe tener en cuenta que con relación al cohecho, es esencial el rol institucional que ejercen los funcionarios: en virtud de la relevancia que tiene la voluntad del agente en la organización institucional del Estado, en muchos casos, su compromiso para realizar el acto es «casi» todo lo que hace falta para tener éxito. Si bien el ofrecimiento de un soborno, constituye una tentativa de instigación, en

de otro, como ocurre con el sobornador, pone en marcha un curso causal ya no dominable, puesto que hace nacer el riesgo de que sea cada vez más difícil controlar lo que este haga, o sea, la decisión del autor (funcionario) ²⁴.

Frente a esta postura cabe oponer ciertos reparos. Es cierto que el partícipe solo puede responder por su propio hecho (principio de autorresponsabilidad). Pero esto no significa afirmar que exista un «delito de inducción» –o de complicidad–, porque pensar así olvida la exigencia –dogmática y legal– de un hecho principal ejecutado por un sujeto que es, a su vez, responsable. Toda conducta debe exteriorizar «algo» jurídico penalmente relevante y esa exigencia solo es cumplida por la exteriorización llevada a cabo por la *conducta de ejecución* –a partir del inicio de la tentativa–. Si se renuncia a la accesoriedad y el partícipe responde por un delito autónomo, entonces en estos casos de complicidad prestada en la fase previa al inicio de la ejecución del hecho, se castigaría «autónomamente» a quien todavía no ha exteriorizado ningún acto ejecutivo, *de modo que el principio del hecho resultaría quebrantado* ²⁵.

Comparto la opinión de que el «injusto de la intervención en el delito», no surge ni del propio injusto del autor ni de la aportación aisladamente

comparación con otros delitos, se encuentra menos alejado del comienzo de ejecución del ilícito principal –la toma de decisión por una dádiva–. En tercer lugar, además de estos argumentos preventivos, la anticipación del castigo se puede justificar por otras razones. Cuando el sobornador hace su propuesta, se introduce en una esfera –el ámbito de la Administración Pública– cuyo funcionamiento es de interés para todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, el hecho de que existan personas que, por medio de ofrecimientos de sobornos, procuren tentar a los funcionarios a tomar decisiones en su beneficio, es ya un asunto de interés público, aun si eventualmente, los funcionarios se mantienen firmes en el cumplimiento de sus deberes y rechazan tales ofrecimientos (*ibidem*).

²⁴ SANCINETTI, 1991, pp. 743 ss. No obstante, aunque el instigador haya logrado convencer al autor de cometer el delito, todavía conserva cierta capacidad de revertir la situación: por ejemplo, puede decirle al inducido «quédese con el dinero, pero no mate a nadie». Entonces, el ilícito del instigador desde el punto de vista del disvalor de acción, solo estará completo cuando, según su representación, pierde toda posibilidad de impedir la comisión del delito. Por lo tanto, hasta tanto el instigador conserve la capacidad de frustrar el delito del autor, su tentativa permanece *inacabada* (RUSCA, 2020, pp. 203 ss.).

²⁵ ROBLES PLANAS, 2003, pp. 133 ss. Según este autor, el problema de las teorías que defienden la existencia de los delitos de participación, no es que no hallen el «fundamento» del injusto de forma autónoma, sino que lo hallan en un momento en el que un Derecho penal del hecho, no puede aun definir algo como injusto: esto es, en el momento previo a la exteriorización de la realización de un tipo penal de la Parte Especial. Por su parte y con relación a la postura de SANCINETTI, señala que la construcción de una norma de conducta autónoma para el partícipe, no ha respondido todavía a la pregunta por el fundamento del castigo. No se hace frente a la cuestión de porqué debe gravarse con un deber de conducta específico a un círculo de destinatarios más amplio al de aquellos otros que pueden evitar directamente la lesión al bien jurídico. Asimismo, considera que no es adecuado recurrir a las necesidades de protección del bien jurídico para fundamentar la norma de conducta de la participación. Con ese argumento, el injusto de la participación se lleva demasiado lejos, ya que prácticamente todo puede ser utilizado para lesionar un bien jurídico. Cita en ese sentido la siguiente frase de JAKOBS: «la ejecución defrauda como arrogación culpable de una organización ajena, pero el interviniente cuya conducta concluye con anterioridad no se arroga nada» (ver Nota 99). Finalmente, ROBLES PLANAS destaca que, en el fondo, SANCINETTI, no sanciona hechos socialmente lesivos, sino infracciones personales de normas, debiendo entonces cargar con la fundamentación de por qué la desobediencia personal a una norma, es ya una lesión relevante (*ibidem*).

considerada, sino de la puesta en relación de la conducta del interviniente con el único hecho injusto que existe: el *injusto típico*. Y en esta dirección, la accesoriedad no tiene nada que ver con la imputación de un hecho ajeno, sino con la imputación del «hecho mismo». La accesoriedad debe entenderse como aquella regla que permite imputar un tipo, a una conducta de participación –en sí misma atípica–. El sentido de la misma, es la retroacción de la tipicidad propia de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza nada típicamente relevante, *pero ha puesto una razón –que materialmente es la idoneidad de la comisión del delito– para que opere tal forma de imputación*. Con su conducta, el partícipe debe interponer una razón de la que se pueda inferir que entre ella y el hecho delictivo en el que interviene, hay una *relación de sentido conjunto*. Cuando ello ocurre, el hecho principal tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando de esta manera salvaguardado el principio de autorresponsabilidad²⁶.

Con este telón de fondo, y adelantándome a las conclusiones de este trabajo, considero que no está legitimada la tipificación del mero ofrecimiento del soborno (cohecho activo), ya que implica un excesivo adelanto de la punibilidad a un comportamiento que carece de relevancia jurídico penal.

IV. EL COHECHO ACTIVO COMO «DELITO DE PELIGRO MEDIATO»

El cohecho activo, en tanto acto preparatorio tipificado, constituye un *delito de peligro*. Ahora bien, la preparación delictiva implica siempre un peligro remoto o de intensidad débil y en ese sentido, se lo suele asociar con el peligro abstracto. Sin embargo, como la «conducta preparatoria» no es capaz por sí misma de afectar al bien jurídico, sino que requiere siempre de una actuación ulterior –un «paso intermedio» –, ya sea del propio autor o de un tercero, se le puede calificar como una especie particular de peligro: el *peligro*

²⁶ ROBLES PLANAS, 2003, pp. 133 ss. La estructura de la imputación en la participación se caracteriza por: 1. El partícipe dispone una razón para que opere la accesoriedad y 2. La accesoriedad opera trasladando la tipicidad propia del hecho penalmente relevante a la conducta de participación. Con ambas exigencias queda salvaguardado el principio de autorresponsabilidad: el partícipe reclama para sí la tipicidad que no le es propia –vertiente positiva– y en esa medida –pero solo en esa– se le atribuye –vertiente negativa–. La aportación del partícipe forma parte del *proyecto antinormativo conjunto* y con ella, manifiesta un ataque a la vigencia de la norma, idealmente comparable al que lleva a cabo el autor, que puede concretarse en la fundamentación de la idoneidad de la comisión del delito. La aportación del partícipe fundamenta la idoneidad de la comisión del delito, haciendo suyo el hecho. En otras palabras, con su aportación dispone una razón para «acceder» al hecho típico (*ibidem*).

mediato. Este «segundo comportamiento», a cuya facilitación se orienta el tipo preparatorio, será el que realice el tipo del delito principal y el que con carácter general conducirá, aquí sí, «directamente» a la lesión o puesta en peligro –inmediato– del bien jurídico²⁷. En los delitos de preparación, el riesgo de la acción descrita en el tipo radica en que el autor mismo u otra persona, podrían *aprovechar* la conducta en cuestión, para realizar un comportamiento del que pueda resultar el perjuicio para el interés protegido. Así, la acción típica preparatoria no constituye un aporte directo para la lesión del interés en cuestión, sino que tan solo *crea una situación* que se puede emplear de manera delictiva²⁸. La posterior lesión al bien jurídico, depende de la *decisión libre* y no siempre predecible del autor –en este caso del funcionario inducido–. Por este motivo no resulta posible determinar la probabilidad estadística de que se produzca la lesión del bien jurídico de manera convincente²⁹.

Si partimos de una concepción de los delitos de peligro abstracto como conductas que generan un peligro inmediato para el bien jurídico, en el sentido de que son peligrosas *per se* y no requieren por lo tanto de ninguna «actividad típica añadida», resulta fácil distinguir esta clase de peligro, del peligro mediato, propio del cohecho activo³⁰. Ello por cuanto, en el cohecho activo, el «peligro» depende exclusivamente de la *eventual* conducta (típica) posterior del funcionario instigado, que por otra parte es el único, por su posición (institu-

²⁷ ALONSO RIMO, InDret, 10/2017, pp. 21 ss. En este sentido, y con aplicación al caso concreto del cohecho activo, el proceso delictivo de la participación es complejo porque el *iter crminis* del inductor abarca dos resultados, como consecuencia de la confluencia de dos conductas, la de participación en sentido estricto y la de autoría a la que está subordinada, que pueden ser cada uno de ellos realizado en forma imperfecta, es decir a cada resultado se le puede aplicar la teoría de la tentativa. El primer resultado es la creación de la resolución delictiva (resultado intermedio). El segundo, consiste en la puesta en práctica por el inducido de la resolución creada por el inductor. A este segundo resultado se lo llama «resultado de la participación» (FUENTES OSORIO, 2003, pp. 334 ss.). Nótese que ninguno de estos «resultados» es abarcado por el cohecho activo. Por su parte, el primer resultado es abarcado por el cohecho pasivo y el segundo, por el tipo de la Parte Especial correspondiente.

²⁸ KISS, 2011, p. 45.

²⁹ PUSCHKE, InDret, 10/2010, pp. 6 ss.

³⁰ ALONSO RIMO, InDret, 10/2017, pp. 21 ss. En este esquema, KUHLEN destaca que los delitos de preparación, ostentan un peligro especial, «mediato», que se distingue el peligro abstracto. Antes bien, lo que en ellos resulta decisivo es que ofrecen un *punto de partida normativamente suficiente* para las posteriores conductas delictivas del autor y otras personas (KUHLEN, 2012, p. 228). Esta diferencia puede verse claramente, en el delito de conducir un vehículo en estado de embriaguez: en ese caso la conducta peligrosa ha sido *completamente realizada*, no se trata de posibilitar un delito futuro (más bien, resulta irrelevante en qué contexto de planificación se encuentra la conducta). Está concluida porque no ha de venir luego ninguna conducta plenamente delictiva. Se trata de una conducta perturbadora por sí misma, porque es generalmente adecuada para producir efectos externamente perturbadores. No hay allí una anticipación de la punibilidad que contravenga las reglas generales, no es una anticipación mayor que en la tentativa acabada (JAKOBS, 1997, p. 309). A diferencia de ello, en el cohecho activo se criminaliza un comportamiento que no es peligroso sin una conducta sucesiva y a la vez de carácter delictivo, o sea *no está completa, aisladamente considerada*.

cional, delito de posición), que puede lesionar o poner en peligro al bien jurídico (funcionamiento de la Administración Pública)³¹. En esta exégesis, está claro que la conducta del inductor carece de idoneidad en sí misma, para afectar (directamente) al objeto de protección³².

Al sobornador, solo se le puede atribuir el riesgo de generar en el funcionario, el dolo «de poner en peligro al bien jurídico» (pacto venal). Pero el riesgo del *curso lesivo principal*, el que conduce el autor (funcionario), surge *luego* de que se ha creado el dolo en él. El inductor no aporta nada a ese proceso, debido a que actúa en un momento anterior, previo a la ideación. Y en este sentido, el inductor desconoce qué hará el autor: inducción y acción no comparten el mismo espacio temporal³³. En este esquema, una vez que el funcionario *decida* aceptar el soborno (o su promesa) emerge un peligro (abstracto) *diferente*, que sí es susceptible de afectar al bien jurídico (cohecho pasivo)³⁴.

Puede interpretarse al peligro abstracto como la probabilidad de producción del peligro concreto³⁵. En otras palabras, se trata de la misma línea de evolución del riesgo hacia la lesión, que abarca esos dos niveles diferentes. Sin embargo, el *peligro mediato* del cohecho activo, se configura como «el peligro abstracto del peligro abstracto», representando dos estadios de evolución, pero de *dos líneas de riesgo distintas*³⁶.

³¹ Así, en el cohecho pasivo, el funcionario es autor de un «delito especial de posición institucional», en virtud de la posición de especial accesibilidad en que se encuentra respecto del bien jurídico protegido, Administración Pública. Los funcionarios públicos ostentan la titularidad formal y material de la esfera funcional pública formalizada, en la que el bien jurídico se encuentra inmerso –su indemnidad depende del funcionario– y a la que difícilmente el particular –*extraneus*– tenga acceso (GÓMEZ MARTÍN, 2014, p. 163).

³² Es decir, el «peligro mediato» no es todavía un peligro para el bien jurídico, sino *el peligro de que el instigado decida ponerlo en peligro*. Entender el cohecho activo como un delito de peligro abstracto respecto del funcionamiento de la Administración Pública, requiere que el juicio de disvalor se proyecte hacia una conducta que *por sí misma* sea peligrosa para dicho interés (conducta completa). Sí puede decirse que la conducta del sobornador es una condición necesaria para el resultado que se quiere evitar –pacto venal–. En esta lógica, para sostener que el mero soborno comporta un peligro *per se*, habría que entender a afecta a otro bien jurídico, diferente –previo– al funcionamiento de la Administración Pública.

³³ Rusconi, 2017, pp. 32 ss.

³⁴ En la inducción, el hombre de adelante lleva a cabo un hecho «propio» y no es un instrumento en manos del inductor, por mucho que este último le haya determinado al hecho. Eso significa que, en términos clásicos de imputación objetiva, existe una especie de «prohibición de regreso» en la imaginaria línea que va desde el resultado acaecido hasta el origen último consistente en el riesgo creado por el inductor con su comportamiento determinante, ya que esta imaginaria línea causal –de riesgo– se habría visto «interrumpida», impidiendo un regreso hacia atrás, precisamente por el comportamiento del autor del delito, *plenamente imputable y doloso*. Esta prohibición de regreso no existe en la autoría mediata y por ello es lógico que en ella, el autor mediato del delito, responda como lo que es, un autor de su «propia» obra delictiva (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2017, pp. 68 ss.).

³⁵ En este sentido, la lesión requiere la producción de un daño, el peligro concreto, la probabilidad de una lesión y el peligro abstracto la probabilidad de un peligro concreto, como secuencia escalonada en la intensidad del ataque al bien jurídico (ver KISS, 2011, p. 161, con cita de CRAMER).

³⁶ Ello, por cuanto el delito fin (cohecho pasivo) es a su vez, un delito de peligro abstracto. La producción de un resultado lesivo depende de que se acumulen una serie de factores que detonan la relación

Por otra parte, además de este contexto objetivo, hay otro aspecto que caracteriza a los actos preparatorios en el marco del peligro y se distingue del peligro abstracto: el *elemento subjetivo trascendente* –referido a la consumación del delito principal– que, es consustancial al concepto de preparación delictiva. Por el contrario, desde la perspectiva del peligro abstracto, la intención del autor no ha de abarcar la lesión del bien jurídico³⁷.

Este es el elemento determinante de los delitos consistentes en los actos preparatorios³⁸. En estos, la concurrencia de un resultado de preparación objetivamente mensurable, no resulta suficiente para la punición, exigiéndose que a tal resultado *se sume una intención de lesionar –más allá del dolo en relación con el acto preparatorio–*³⁹. Está claro que el inductor que se dirige a un

causal. En el delito de peligro abstracto, ciertas condiciones del resultado, (la «acción típica») se someten a una norma prohibitiva sin necesidad de que entre en contacto con los restantes factores causales. Sólo se exige la realización de un determinado segmento de esos antecedentes. Lo abstraído por el tipo –lo que no forma parte de él– son las restantes condiciones que configuran *contingencias causales incontrolables* y que se concretarán, dependiendo del contexto –causalidad general–. La peligrosidad abstracta (estadística), parte de un criterio deductivo, según el cual se elige una serie limitada de características genéricas, a partir de las cuales se afirma el peligro, en función de la similitud de la acción con *otras acciones* de características similares: «la acción X es peligrosa porque acciones similares han producido en otras ocasiones, el resultado» (ALCACER GUIRAO, 2013, p. 186). Esas «contingencias causales incontrolables» son diferentes a la «conducta típica posterior», a la que refiere el peligro mediato.

³⁷ ALONSO RIMO, InDret, 10/2017, pp. 21 ss. Tiene un «doble contenido de voluntad», que debe abarcar, junto a la propia conducta preparatoria, la consumación del delito-fin. O sea, son delitos de intención o de tendencia interna trascendente: en este caso, el objeto sobre el que se proyecta dicho elemento subjetivo y que queda fuera del tipo, habrá de ser necesariamente otro delito –delito fin o de referencia–. Este elemento subjetivo especial es el que permite diferenciar «delitos de posesión preparatorios» de los delitos de «mera posesión» –no preparatorios–. La necesidad de este elemento tendencial, que trasciende a la conducta efectivamente realizada y que alcance a la consumación del delito principal –en este caso, por otro–, deriva de razones de lógica conceptual y de ofensividad. Primero, porque la propia idea de preparación aparece conectada a lograr un acto posterior y segundo, hay que tener en cuenta que hablamos de una fase muy temprana del *iter criminis*, donde el contenido material es escaso, y dicho componente intencional determina un incremento de injusto, tanto en términos de disvalor subjetivo de acción como de disvalor «objetivo» de acción (*ibidem*).

³⁸ En general, los delitos de peligro abstracto –por ejemplo, el delito de conducción bajo los efectos del alcohol– castigan una actuación arriesgada, sobre la que no es posible ejercer un control, que se engloban en la categoría «protección de bienes jurídicos a través del control de la causalidad». La protección del bien jurídico se produciría en tanto se impide al sujeto llevar a cabo una conducta que, de manera general y objetiva, es considerada peligrosa. Mientras que la peligrosidad específica para el bien jurídico en estos últimos delitos, se desprende de *la ausencia de posibilidad de control de la situación*, no es ese el caso para los actos preparatorios tipificados. Lo decisivo en este segundo supuesto, es más bien *la intención* de tener el dominio sobre una lesión a un bien jurídico, que se produciría en un momento posterior y que ya se puso en marcha en el primer nivel. Se trata por tanto de una «intencionalización» –subjetivización– del contexto de peligrosidad, con la particularidad de que la lesión del bien jurídico, requiere un paso intermedio, como es la acción lesiva, libre y responsable, previa (PUSCHKE, InDret, 10/2010, pp. 6 ss.).

³⁹ PUSCHKE, InDret, 10/2010, pp. 6 ss. Este elemento subjetivo, tendría por tanto un efecto legitimador, pero también limitador. La configuración de tal elemento ha de ser exigente, en tanto contribuye a la orientación, también en lo que respecta a la valoración del contexto objetivo. Este alto grado de exigencia se desprende también de criterios criminológicos, según los cuales lo relevante en lo que respecta a la

sujeto concreto y desea que se produzca un resultado delictivo, tiene en mente favorecer con esa incitación, un plan propio o ajeno⁴⁰.

En este sentido, el instigador tiene que conocer que él determina al autor a cometer un delito y, además, tiene que contar con que el autor cometerá ese hecho en razón de su acción motivadora⁴¹. Ello se traduce en que el autor del cohecho activo debe actuar *con voluntad de procurar el acuerdo o pacto venal*, de concertar el negocio que le permita obtener los favores funcionales (delito principal, cohecho pasivo)⁴².

V. CONSIDERACIONES FINALES

Los actos preparatorios son básicamente impunes. El principio de no punibilidad en este caso, solo puede verse quebrado atendiendo a la *peligrosidad* del comportamiento⁴³. Y en ese sentido, no basta con un contexto subjetivo de peligrosidad; la tipificación adecuada del acto preparatorio debe cumplir también, con requisitos de peligrosidad objetiva: la aptitud general de la conducta preparatoria para causar la posterior lesión del bien jurídico (peligrosidad intrínseca específica)⁴⁴. El castigo solo estará legitimado, cuando la conducta peligrosa supere ampliamente los niveles de *riesgo permitido*⁴⁵.

Ahora bien, está claro que el delito de cohecho activo no cumple con esas exigencias. En ese orden de ideas, no debe perderse de vista que la ilicitud del

ejecución del hecho no es tanto su planificación sino, sobre todo, las circunstancias situacionales (vagos propósitos no pueden ser el fundamento de las consecuencias penales) (*ibidem*).

⁴⁰ FUENTES OSORIO, 2003, pp. 334 ss. De hecho, se puede partir de la presunción de que la presencia de un dolo de consumación, incluye al de preparación. No queda tan claro esa intención preparatoria en los casos de incitación pública (*ibidem*). En una exégesis similar, desde el punto de vista objetivo, los delitos de tentativa en sentido amplio, son delitos de peligro, sin embargo, se apartan de los delitos de peligro comunes en el plano subjetivo, *pues en ellos el dolo abarca la lesión del bien jurídico y no solo su puesta en peligro*. Por eso, parte de la doctrina italiana ha caracterizado a los delitos de tentativa como «delitos de peligro con dolo de daño» (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999, p. 50). En los delitos de emprendimiento –así como en la tentativa– la intención se proyecta más allá de la forma objetiva, hacia la realización de un resultado ulterior (*idem*, Nota 127, con cita de GRASSO).

⁴¹ RUSCONI, 2017, pp. 32 ss.

⁴² BASÍLICO, 2020, pp. 77 ss.

⁴³ MAURACH, 1995, pp. 8/9.

⁴⁴ ALONSO RIMO, InDret, 10/2017, pp. 21 ss. (ver Nota 81). El aspecto exterior de la conducta debe perturbar *per se*, no solo por su contexto interno (JAKOBS, 1997, p. 311).

⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, 1999, pp. 283/84. Señala la autora que, cuando se castigan comportamientos que hacen previsible la comisión de un delito, del que ni tan siquiera se ha iniciado su ejecución, se incumple con el principio de lesividad, y solo estarán legitimados cuando creen un peligro por sí mismos, desvinculados valorativamente del delito principal y que, en esa medida, carecen propiamente de naturaleza preparatoria. En ese sentido, menciona específicamente el delito de tráfico de influencias (arts. 428 y 429 del CP español), teniendo estos, cierta similitud con el delito de cohecho activo aquí tratado (ver Nota 549).

delito fin (cohecho pasivo) consiste en *decidir por malas razones*: que el funcionario tome una decisión «motivado» en el beneficio (personal) que otro le promete y no en el buen funcionamiento de la Administración Pública⁴⁶. Sin embargo, el legislador ha adelantado la consumación formal del delito al momento en el que el funcionario acepta un beneficio (o su promesa), independientemente de si cumple –o no– con lo pactado (peligro abstracto). En este contexto, el cohecho activo representa el castigo de un acto preparatorio de un delito, que a su vez, es preparatorio de un delito de lesión (cohecho pasivo, peligro abstracto)⁴⁷. Si la punición de la tentativa de delitos de peligro abstracto no está legitimada, menos pueden estarlo los actos preparatorios con relación a esos mismos delitos⁴⁸. A ello debe agregarse, que la pena del sobornador es la misma que se impone al autor del delito fin (funcionario, cohecho pasivo), infringiéndose el principio de proporcionalidad⁴⁹.

Desde esta óptica, la conducta del sobornador solo puede castigarse en la medida en que se configure el pacto venal (cohecho pasivo) y, por ende, como *partícipe necesario del cohecho pasivo*. En un Estado social y democrático de Derecho, en el que solo se castiguen penalmente, aquellos comportamientos que suponen una *efectiva perturbación social*, no pueden estar prohibidas conductas que aun, no exteriorizan nada penalmente no permitido⁵⁰. Aisladamente considerada, la conducta de quien obra en la fase previa al inicio de la ten-

⁴⁶ El riesgo que se quiere evitar es que los funcionarios que aceptan promesas o reciben sobornos, resuelvan de modo contrario a sus deberes, pero fundamentalmente, que de ese modo *pongan en peligro el correcto funcionamiento de la Administración Pública* (RUSCA, 2020, pp. 171/76 y 82).

⁴⁷ Al inductor se le imputa «la generación del riesgo de que se genere el riesgo en cabeza del autor». Un exagerado adelantamiento de la penalización (RUSCONI, 2017, pp. 32 ss.). Entender que la Administración Pública puede ponerse en peligro por el simple ofrecimiento del soborno, es una muestra del «desbordamiento» al que puede conducir el principio de protección de bienes jurídicos como exclusivo punto de partida, ya que el autor viene así definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, llevando a anticipar, prácticamente sin límite, el comienzo de tal peligro (JAKOBS, 1997, p. 295).

⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, 1999, p. 284.

⁴⁹ El castigo de los actos preparatorios de un delito constituye una de las formas extremas de anticipación de la tutela penal. Su punición debe limitarse a conductas especialmente peligrosas y *con una pena inferior a la señalada para la tentativa* (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999, p. 64). No es razonable que el inductor tenga igual pena que el autor. El instigador actúa en un momento bastante lejano –dogmáticamente hablando– del proceso lesivo propiamente dicho y nada aporta al riesgo desplegado por el autor. Solo ha generado una condición posible, cuyas consecuencias internas desconecemos completamente, de la decisión que acompañará a ese riesgo (RUSCONI, 2017, p. 40). Que el inductor tenga la misma pena que el autor, indudablemente *acerca la figura de la inducción a la autoría mediata*; pero en realidad ambas figuras parten de un presupuesto totalmente diferente: en la autoría mediata, el hombre de atrás utiliza como «instrumento» al de adelante, de modo que él es autor –mediato– pues no hay hecho «propio» del hombre de adelante. En cambio, en la inducción, el hombre de adelante lleva a cabo un hecho «propio» y no es un instrumento en manos del inductor, por mucho que este último le haya determinado al hecho (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 2017, pp. 68 ss.).

⁵⁰ ROBLES PLANAS, 2003, pp. 133 ss. El principio de accesoriadad externa constituye una barrera de protección, frente al adelantamiento excesivo del castigo de la inducción (*ibidem*).

tativa del hecho principal, como la del sobornador, no representa un peligro suficiente que justifique el adelanto de la punición (peligro mediato). El mero ofrecimiento de una dádiva, no pasa de ser un «acto interno» entre los intervinientes, que para un Derecho penal del hecho es irrelevante y no debería ser tipificada de modo autónomo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *La tentativa inidónea*, Madrid, 2013.
- ALONSO RIMO, Alberto: *¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación*, InDret, 10/2017.
- BASÍLICO/SORIANO: *Corrupción pública en el sistema penal. Especial referencia a los delitos de cohecho y tráfico de influencias*, en *Corrupción y delitos contra la Administración pública*, Buenos Aires, 2020, pp. 77-110.
- CASTRO, Julio: *La participación como un tipo autónomo. Hacia un concepto no accesorio en la participación criminal*, *Revista de Derecho Penal*, 2005-1, Autoría y participación-I, pp. 279-309.
- CILLERUELO, Alejandro: *Instigación pública a cometer delitos. Una visión crítica*, *Revista de Derecho Penal*, 2005-1, Autoría y participación-I, pp. 311-335.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.
- CRUZ PALMERA, Roberto: *La estructura de las normas en los delitos de preparación*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-11 (2022).
- DONNA, Edgardo: *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe, 2008.
- FUENTES OSORIO, Juan: *La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito* (tesis doctoral), repositorio de Universidad de Jaén, 2003.
- GALLO, Patricia: *Trata de personas con fines de explotación laboral ¿delito de peligro o de lesión?*, *Revista Enfoques Penales-Hammurabi Digital*, octubre de 2024.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código Penal español*, en *La responsabilidad en los delitos especiales*, Buenos Aires, 2014, pp. 99-229.
- JAKOBS, Günther: *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- KISS, Alejandro: *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, 2011.
- KUHLEN, Lothar: *Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito*, en *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012, pp. 225-235.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Derecho Penal-Parte General*, tomo 2, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, Santiago: *Tratado de Derecho penal-Parte General*, Barcelona, 2015.
- PUSCHKE, Jens: *Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*, InDret, 10/2010.

- ROBLES PLANAS, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, Barcelona, 2003.
- RUSCA, Bruno: Fundamentos de la criminalización del cohecho, Madrid, 2020.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María: El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid, 1999.
- RUSCONI, Maximiliano: *La legitimidad de la sanción al instigador: nuevamente sobre una forma polémica de participación punible*, en La instigación ¿Una forma polémica de participación punible?, Buenos Aires, 2017, pp. 15-43.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *En los límites de la inducción*, en La instigación ¿Una forma polémica de participación punible?, Buenos Aires, 2017, pp. 61-132.
- SANCINETTI, Marcelo: Ilícito personal y participación, Buenos Aires, 2001.
- Teoría del delito y disvalor de acción, Buenos Aires, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio: Manual de Derecho Penal-Parte General, Buenos Aires, 1991.

16. LO QUE ABUNDA SÍ QUE DAÑA: PROBLEMAS CONCURSALES DEL SUBTIPO AGRAVADO DE ESTAFA POR AFECTAR A UN «ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS» (ART. 250.1.5.^a CP)

VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO
Profesora Titular (Catedrática)
Universidad Rey Juan Carlos

JESÚS MARTÍN MUÑOZ
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2015, el legislador decidió crear un misterioso subtipo cualificado para el delito de estafa y lo insertó en el inciso final del apartado 5.º del artículo 250.1 del Código Penal (CP)¹. Hasta la reforma, el artículo 250.1.5.º CP reservaba el mayor reproche, en exclusiva, a los supuestos en los que el valor de la defraudación superase los 50.000 euros. Desde entonces, un segundo supuesto puede dar lugar a la imposición de la pena agravada: que la defraudación «afecte a un elevado número de personas».

El lacónico tenor literal de este «nuevo» subtipo provoca, al menos, dos preguntas. La primera, bastante obvia: ¿qué se entiende por «elevado número

¹ En la medida en que los delitos de administración desleal y apropiación indebida contienen sendas remisiones al artículo 250 CP, el subtipo es también aplicable a estos dos delitos. Con la finalidad de simplificar el discurso, en esta contribución se hace referencia, únicamente, al delito de estafa, si bien debe entenderse que cuanto se diga de esta infracción es extensible a los delitos de administración desleal y apropiación indebida.

de personas»? La segunda, algo menos evidente, aunque, sin duda, inquietante: ¿este subtipo resultará de aplicación cuando ese «elevado número de personas» haya sido afectado por la comisión de sólo una o de varias estafas? En otros términos: ¿es una subespecie de delito continuado o de delito masa?

Como lamentablemente es habitual, ni la literalidad del subtipo ni la Exposición de Motivos de la ley de reforma proporcionan una respuesta clara. La doctrina, que no le ha prestado una excesiva atención a esta figura por el momento, tampoco ofrece pautas precisas para su interpretación. Y la jurisprudencia, que apenas ha tenido ocasión de tratar este problema, ha llegado a soluciones, a nuestro juicio, poco consecuentes con el principio *non bis in idem*. Es decir, que, en el estado actual de la cuestión, no está nada claro cuándo, en virtud de este subtipo, se impondrá una pena de hasta seis años de prisión.

En las páginas que siguen, propondremos una interpretación de esta peculiar figura que la dote de un espacio propio y diferenciado del delito continuado y del delito masa. Para ello, expondremos en primer lugar las opiniones más extendidas en la doctrina. Después, trataremos de corroborar si estas se corresponden con la justificación aducida por el legislador durante la tramitación parlamentaria de la ley de la que trajo causa. Tras ello, estudiaremos la postura de la —escasa— jurisprudencia disponible sobre la cuestión. Y, por último, analizaremos una figura que, habiendo sido creada bajo la vigencia del Código Penal de 1973 (CP73), encerraba dentro de sí una problemática muy similar a la imbricada en el artículo 250.1.5.º CP. ¿Acaso estamos ante un segundo tropiezo legislativo contra el sistema de concursos?

II. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA: ¿UN «CRASO ERROR» LEGISLATIVO?

Otros autores también han tratado de dar respuesta a nuestros interrogantes. A falta de trabajos monográficos sobre la cuestión, en adelante se expondrán las posturas más extendidas en manuales y comentarios al Código Penal.

El punto de partida unánime es que el subtipo es una institución distinta al delito masa y al delito continuado ubicados en el artículo 74 CP. Los intentos de diferenciación entre el subtipo agravado, por un lado, y el delito continuado y el delito masa, por otro, han tomado como referencia los rasgos que el artículo 74.2 CP asigna a la última de estas figuras: la «notoria gravedad» y la causación de un perjuicio a una «generalidad» de personas. El subtipo no requiere la concurrencia de ninguno de esos elementos, sino que sólo exige la afectación a un «elevado número» de personas.

Lo cierto es que esta interpretación no aporta suficiente luz al misterio, pues no permite responder a ninguno de los dos interrogantes. Para empezar, habría que aclarar qué diferencia a un «elevado número» de una «generalidad» de personas. La postura mayoritaria es la que considera que el concepto «generalidad», propio del delito masa, exige la indeterminación de los perjudicados. Por el contrario, el «elevado número de personas» inserto en el artículo 250.1.5.º CP haría referencia a una cantidad significativa de afectados, cuyo número exacto, sin embargo, debe quedar claramente acreditado en el proceso². Es discutible que esta postura tome completamente en serio el sentido de la palabra «indeterminado»: al final del proceso sólo podrá hacerse responsable al autor, tanto penal como civilmente, por la comisión de aquellos hechos que integren el relato de hechos probados³. Da la sensación de que quienes se integran en esta línea consideran que la noción de «generalidad» es cuantitativamente mayor que la de «elevado número» de personas. Sin embargo, no establecen ningún umbral para delimitar las categorías, por lo que esta postura no aporta respuesta a la primera de nuestras preguntas –¿qué es un «elevado número de personas»?–.

Centrarse en las diferencias del tenor literal de los artículos 74.2 y 250.1.5.º *in fine* CP tampoco aclara la segunda cuestión, esto es, si el subtipo cualificado exige necesariamente la comisión de varias estafas o si, por el contrario, la pluralidad de infracciones es indiferente para la imposición de la pena del subtipo agravado. Sin pronunciarse expresamente sobre el particular, algunos autores sí han sugerido determinados criterios de aplicación de uno u otro precepto.

Así, algunos han señalado que el artículo 250.1.5.º *in fine* CP no podrá aplicarse si ya se ha apreciado la agravación prevista en el inciso final del artículo 74.2 CP, que configura el delito masa. Lo contrario, en su opinión, vul-

² En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, pp. 454 ss.; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2015, p. 556; VIANA BALLESTER, 2015, pp. 714 ss.

³ Tampoco es convincente la propuesta de algunos autores que consideran que el «elevado número de personas» debe interpretarse como se interpreta el artículo 65.1 c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), cuando atribuye la competencia a la Audiencia Nacional para conocer de defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Para empezar, en su inciso final, este precepto no habla de «elevado número», sino de «generalidad» de personas. Si se quisiera asimilar el artículo 65.1 c) LOPJ al artículo 250.1.5.º *in fine* CP se correría el riesgo de equiparar el delito masa con el subtipo agravado: mientras que los artículos 65.1 c) LOPJ y 74.2 CP hablan de «generalidad», el artículo 250.1.5.º *in fine* CP habla de «elevado número» de personas. Para seguir, el artículo 65.1 c) LOPJ es una norma de atribución de la competencia y el artículo 250.1.5.º *in fine* CP es un subtipo cualificado. Para la fijación del órgano competente es indiferente que el número exacto de perjudicados quede determinado. Sin embargo, el subtipo sólo puede aplicarse en una sentencia condenatoria en cuyo *factum* se establecerá por qué hechos se impone la pena agravada al autor. Se remiten al artículo 65.1 c) LOPJ para interpretar el artículo 250.1.5.º CP GALLEGO SOLER, 2024, pp. 1119 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, pp. 454 ss., y VIANA BALLESTER, 2015, pp. 715 ss.

neraría el principio *non bis in idem*⁴. Aun manejando esta idea como criterio rector de las relaciones entre unas y otras instituciones, los confines del subtipo cualificado, el delito continuado y el delito masa siguen sin vislumbrarse claramente. Otros han señalado que, cuando se han cometido varios delitos que han afectado a un «elevado número» o, incluso, a una «generalidad» de personas –signifiquen lo que signifiquen estas palabras–, el delito masa sólo podrá aplicarse a aquellos casos que, además, tengan una gravedad «notoria», mientras que el artículo 250.1.5.º CP quedará relegado a los que no concurren este rasgo⁵.

Al margen de que determinar cuándo la gravedad sobrepasa el umbral de «notoriedad» parece una tarea interpretativa hartamente complicada⁶, este criterio deja sin responder la pregunta relativa a la compatibilidad de la agravación genérica para el delito continuado del artículo 74.1 CP y el subtipo agravado del artículo 250.1.5.º *in fine* CP. En otras palabras, que incluso aunque se acepte que la distinción entre el delito masa y el subtipo radica en la presencia o ausencia de la «notoria gravedad» y que las nociones «elevado número» y «generalidad» de personas son equivalentes, aún queda por saber si, en el caso de que sean varias las infracciones cometidas por el autor, la pena del artículo 250.1.5.º *in fine* CP podrá imponerse en la mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado en aplicación del artículo 74.1 CP o si, por el contrario, esa forma de determinar la pena está prohibida por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, en el que se establece que la regla contenida en el precepto que se acaba de mencionar «queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración».

En suma, atendiendo sólo al tenor literal de la ley no parece esclarecerse ninguno de los interrogantes presentados en la introducción. La cuestión se complica todavía más cuando uno repara en que el legislador se planteó eliminar el delito masa y modificar el régimen del delito continuado en el procedimiento que acabó en la reforma que introdujo el artículo 250.1.5.º *in fine* CP y que, por algún

⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, 2025, p. 692; PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, 2025, p. 289; GALLEGU SOLER, 2024, p. 1120.

⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, 2025, p. 693. BAJO FERNÁNDEZ/CARRACEDO CARRASCO (actualizado por MARAVER GÓMEZ), 2024, 11230; DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2024, p. 295.

⁶ Sobre todo, si se tiene en cuenta que el artículo 250 CP prevé tres subtipos agravados en los que la «gravedad» del hecho debe tenerse en cuenta: los contenidos en los numerales 4.º –«especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia– y 5.º –defraudación de un valor superior a los 50.000 euros– del apartado 1, y el contenido en el apartado 2 –defraudación de un valor superior a los 250.000 euros–. La delimitación entre estos subtipos y el delito masa es una cuestión ajena al objeto de esta contribución. Sin embargo, se ha considerado oportuno traerlos a colación para ilustrar que la referencia a la «gravedad» del hecho no parece un criterio demasiado preciso.

motivo, cambió de opinión por el camino. Sin embargo, optó por seguir adelante con la modificación de los subtipos cualificados de estafa. Teniendo en cuenta los problemas interpretativos expuestos en este epígrafe, no es de extrañar que ciertos autores hayan considerado que el legislador cometió un «craso error» al desistir de la modificación del artículo 74 pero no la del artículo 250.1 CP⁷. Dicho esto, quizá el estudio de la tramitación parlamentaria de la ley de reforma pueda arrojar algo de luz sobre la exégesis del subtipo. Veamos si es así.

III. LA REFORMA DE 2015: EXPECTATIVAS FRUSTRADAS

El vigente artículo 250.1.5.º *in fine* CP debe su redacción a la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo⁸. El Anteproyecto del que surgió dicho cuerpo legal, elaborado en octubre de 2012, ya preveía un supuesto adicional de agravación cuando se afectase a un «elevado número de personas» cuyo tenor literal era idéntico al del supuesto existente hoy en día⁹.

La redacción de nuestro subtipo no es la única que se mantuvo tal y como estaba en el Anteproyecto: la justificación que el legislador dio a esa modificación en la Exposición de Motivos no experimentó ninguna variación cuando pasó a integrar el Preámbulo de la LO 1/2015. Lamentablemente, ni en el Anteproyecto ni en el texto definitivo se aporta ninguna pauta hermenéutica útil, pues todo cuanto se decía –y se dice– sobre el subtipo es lo siguiente: «[s]e añade, asimismo, una referencia a los supuestos en los que el delito se comete de un modo que llega a afectar a un elevado número de personas». Poco más que la reproducción literal del precepto.

El legislador estuvo un poco más locuaz en lo que concierne a la otra modificación con cuyo anuncio cerrábamos el epígrafe anterior: la del artículo 74 CP. El Anteproyecto preveía realizar dos importantes cambios en este artículo.

⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2024, p. 295.

⁸ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

⁹ Lo único en lo que se diferenciaban el subtipo del Anteproyecto y el que finalmente prosperó era el número que ocupaban en el artículo 250.1 CP: actualmente es el número 5, pero en el Anteproyecto era el número 6. Esto se debe a que en el Anteproyecto se había previsto introducir un supuesto de agravación en el número 4 consistente en que o bien el hecho fuera cometido «por un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos de falsedad o estafa», o bien el autor hubiese actuado con «profesionalidad», entendiendo por tal la circunstancia de que el autor pretenda, con la comisión del delito, «proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional». Este subtipo, que contaba con sendos correlatos en los delitos de hurto y robo, y que, debido a su vaguedad, recibió críticas por parte del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado, no llegó a convertirse en ley. Sobre la cuestión, Consejo Fiscal, 2013, pp. 208-209; CGPJ, 2013, pp. 187 y 196, y Consejo de Estado, 2013, Consideración vigesimoquinta, apartado «E» (sin número de página).

El primero tenía por objeto a la regla penológica del artículo 74.1 CP. De haberse aprobado el Anteproyecto sin modificaciones, el delito continuado ya no se sancionaría con la pena prevista para la infracción más grave en la mitad superior, pudiéndose llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado, sino con la misma pena con la que actualmente se resuelve el concurso medial. Es decir, con una pena «superior» a la que habría correspondido por la comisión de la infracción más grave, pero inferior a la resultante de la suma de la pena que habría correspondido por cada infracción en caso de haberse sancionado todas ellas de forma separada. Al igual que sucede en el concurso medial –cuyo régimen actual, por cierto, también es igual que el previsto en el Anteproyecto de la LO 1/2015–, el legislador no había añadido ningún condicionante más: «superior», por tanto, podía significar, sencillamente, *un día más* de trabajos en beneficio de la comunidad, multa o prisión.

El segundo, por su parte, tenía que ver con el delito masa: el prelegislador planeaba acabar con el inciso final del artículo 74.2 CP, que lleva a que, si los hechos revisten «notoria gravedad» y han perjudicado a una «generalidad de personas», entonces sean castigados con la pena superior en uno o dos grados en la extensión que los jueces o magistrados estimen conveniente. Por lo demás, el artículo 74 conservaría la regla consistente en imponer la pena «teniendo en cuenta el perjuicio total causado» cuando el delito continuado tuviera que ver con infracciones contra el patrimonio, así como la exclusión de las reglas del delito continuado en el caso de las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual o cualesquiera otros bienes jurídico-penales eminentemente personales, salvo el honor.

El fundamento de estas dos significativas variaciones se contenía en el apartado III de la Exposición de Motivos del Anteproyecto: «evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad». Un poco más adelante, tras explicar el nuevo sistema, el prelegislador aclara a qué consecuencias arbitrarias se refiere: «[d]e este modo se evita la situación actual, en la que, de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos». Para los autores del Anteproyecto, el tratamiento que el artículo 74 CP dispensaba al delito continuado era demasiado benigno.

Tanto el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como el Consejo de Estado criticaron esta propuesta, especialmente porque los cambios proyectados podían dar lugar a soluciones contrarias a las que, a juicio del prelegislador, justificaban su implementación. Si su razón de ser era que el régimen penológico del delito continuado no resultaba lo suficientemente severo, no tenía

demasiado sentido ampliar el arbitrio judicial para permitir a los jueces responder a la reiteración delictiva incrementando la pena de la infracción más grave en un único día ¹⁰.

Con todo, estas críticas no son sobre lo que se quiere llamar la atención ahora. Cuando los órganos consultivos se pronunciaron sobre el subtipo cualificado de estafa, señalaron que su inclusión era coherente con la supresión del régimen penológico agravado del delito masa ¹¹. Parece, por tanto, que, para el Consejo de Estado, el Consejo Fiscal y el CGPJ, la defraudación que afecte a un «elevado número de personas» podía subsumirse tanto en el artículo 74.2 *in fine* como en el proyectado artículo 250.1.5.º *in fine* CP, de modo que, para evitar un concurso de leyes, el precepto citado en primer lugar habría estado bien derogado.

Teniendo en cuenta que los tres órganos consultivos coincidieron en esta última observación, la decisión que adoptó el (pre)legislador no puede sino generar estupor. En el Proyecto de Ley Orgánica remitido al Congreso de los Diputados el 4 de octubre de 2013 se conservaba la modificación consistente en equiparar el tratamiento penológico del delito continuado al del concurso medial. Sin embargo, el nuevo texto preveía el mantenimiento de la agravación por delito masa, así como la creación del subtipo cualificado de estafa por afectación a un «elevado número de personas» ¹². En la Exposición de Motivos no se dio ninguna explicación sobre este proceder; es más, su texto era exactamente el mismo que el del Anteproyecto tanto en lo que se refería a las modificaciones del artículo 74 como en lo que concernía a los cambios del artículo 250.1 CP ¹³.

El desenlace de la tramitación parlamentaria es por todos conocido: el delito continuado y el delito masa permanecieron como estaban antes de la reforma y el subtipo agravado se acabó introduciendo en el inciso final del artículo 250.1.5.º CP. Un último detalle llamativo de este proceso de génesis normativa es que algunos grupos parlamentarios trajeron a colación los argumentos de los informes emitidos por el Consejo de Estado, el Consejo Fiscal y el CGPJ para defender que el tratamiento penológico del delito

¹⁰ Consejo de Estado, 2013, Consideración novena, apartado «B» (sin número de página); CGPJ, 2013, p. 66 y 278 ss. El Consejo Fiscal, 2013, p. 22, en cambio, tuvo una opinión favorable sobre los cambios proyectados.

¹¹ Consejo de Estado, 2013, Consideración vigesimoquinta, apartado «E» (sin número de página); Consejo Fiscal, 2013, p. 219; CGPJ, 2013, p. 196.

¹² «Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000065)», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 66-1, de 4 de octubre de 2013, pp. 31 y 67.

¹³ *Ibid.*, pp. 3 (apartado IV) y 12 (apartado XVI).

continuado no se equiparase al del concurso medial. Es decir, que no tenía sentido alegar, por un lado, que el delito continuado podía dar lugar a penas demasiado leves y, por otro, permitir a los órganos jurisdiccionales zanjar la cuestión aumentando la condena solo en un día ¹⁴. Esos argumentos fueron acogidos por la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en cuyo informe consta la aceptación de las enmiendas de supresión formuladas al efecto ¹⁵. Sin embargo, ninguno de esos grupos recordó, ya fuera en el Congreso, ya fuera en el Senado, lo que se decía en esos documentos sobre la relación entre el delito masa y el subtipo cualificado, permitiendo, con ello, que se llegara al actual enredo del Código Penal ¹⁶.

Teniendo en cuenta cómo fue el proceso de creación del subtipo agravado, la hipótesis del error legislativo *si non è vera, è ben trovata*. Ahora bien: han pasado más de diez años desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 y ni el subtipo, ni el delito continuado, ni el delito masa han experimentado cambio alguno. Si es un error, el legislador no parece haber tenido muchas ganas de enmendarlo. Al margen de ello, cabría esperar que, a lo largo de esta «década y un poco más», la jurisprudencia haya establecido algún criterio que, como en tantas otras ocasiones, solucione el desaguisado legislativo. Veamos cómo se ha enfrentado el Tribunal Supremo (TS) a esta problemática concursal.

¹⁴ Fue el caso de los grupos parlamentarios Vasco (enmienda núm. 221), Unión Progreso y Democracia (enmienda núm. 526) y Socialista (enmienda núm. 634). Ver «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado (121/000065)», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, pp. 151, 332-333 y 419.

¹⁵ «Informe de la Ponencia (121/000065)», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 66-3, de 21 de enero de 2015, p. 7.

¹⁶ Hay que mencionar que el Grupo Parlamentario Socialista formuló, en el Congreso de los Diputados, una enmienda de supresión de todas las modificaciones que se pretendían introducir en el artículo 250 CP. La motivación de la enmienda, sin embargo, no parecía apuntar a la problemática concursal aludida en el texto, sino al subtipo de «profesionalidad», también mencionado con anterioridad. La justificación dada por el Grupo Parlamentario Socialista a su enmienda, que llevaba el número 696, fue la siguiente: «[s]e propone la su supresión [sic] para recuperar el vigente, en coherencia con las enmiendas en materia de hurtos y robos en las que se propone la supresión de distintas agravaciones por afectar a principios fundamentales del Derecho penal (profesionalidad) y por ser innecesarias ya que son aplicables delitos específicos que tiene el Código penal como pertenencia a grupo y organización». «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado (121/000065)», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, p. 452. Dicha enmienda fue objeto de una transacción que dio como resultado la supresión de la agravante de «profesionalidad», de modo que, tras su paso por la Comisión de Justicia, el texto quedó con su redacción definitiva tanto en lo tocante al artículo 74 como en lo concerniente al artículo 250.1.5.º CP. Ver «Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno (121/000065)», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 66-4, de 22 de enero de 2015, p. 62.

IV. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN POR LA JURISPRUDENCIA: MUCHAS SOMBRAS Y... ¿UN RAYO DE LUZ?

Dirijámonos a la página web del buscador público de jurisprudencia del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). Seleccionemos la opción «Penal» en el campo «Jurisdicción», «Sentencia» en «Tipo de resolución» y «Tribunal Supremo. Sala de lo Penal» en «Tipo de órgano». Fijemos el marco temporal entre el 1 de julio de 2015 –el día en que la LO 1/2015 entró en vigor– y el 31 de diciembre de 2025. Por último, introduzcamos en el cuadro de texto libre los términos «estafa» y «elevado número de personas», separados por el operador booleano «Y» para garantizar, en la medida de lo posible, que en las resoluciones que el portal devuelva se aplique o, por lo menos, se invoque el subtipo que constituye el objeto de estudio.

Procediendo de ese modo se obtienen veintitrés sentencias del Tribunal Supremo (SSTS). De ellas, sólo hay dos en las cuales alguna de las acusaciones consideró que los hechos encajaban en los contornos del artículo 250.1.5.º *in fine* CP en su redacción posterior a la reforma de 2015. En esos dos casos, además, el subtipo se aplicó efectivamente. Se trata de las SSTS 304/2025, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1474), y 291/2021, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1601). Junto con estas dos resoluciones, hay que mencionar la STS 94/2018, de 23 de febrero –caso Arte y Naturaleza– (ECLI:ES:TS:2018:850), en la que, si bien ninguna acusación pidió que se aplicara ya que no estaba en vigor en las fechas en las que se cometieron los hechos, sí que lo hizo una de las defensas en el recurso de casación, entendiendo que cabía su aplicación retroactiva por considerar a la LO 1/2015 una norma más favorable que la redacción original del Código Penal de 1995, vigente en el momento de cometerse el delito.

Que en un periodo superior a diez años el TS sólo haya tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de nuestro subtipo en tres ocasiones no es lo único que sorprende de los resultados de búsqueda: también llama la atención lo diferentes que son los casos entre sí.

En el proceso que concluyó con la STS 304/2025, de 2 de abril, el artículo 250.1.5.º *in fine* CP se aplicó a un hombre que hacía creer a los ancianos que iban a sacar dinero a un cajero automático que la máquina en cuestión se había quedado con su tarjeta o su cartilla. Aprovechando su situación de desconcierto, les convencía de que era necesario que introdujeran su número secreto para recuperar sus documentos. Quien se quedaba con ellos era el acusado que, conociendo el número secreto, los aprovechaba para sustraerles el dinero que tuvieran en su cuenta. Procediendo de este

modo, causó veintidós víctimas a las que generó un perjuicio total de 26.863,94 euros.

Mayores dimensiones tuvo el caso en el que se dictó la STS 291/2021, de 7 de abril. En el proceso que dio lugar a este pronunciamiento se aplicó el subtipo agravado a treinta y seis personas que constituyeron una organización criminal dedicada a estafar tanto a particulares como a Administraciones Públicas haciéndose pasar por proveedores de servicios o colgando anuncios falsos en páginas web de compraventa de productos o de alquiler de inmuebles. Con este *modus operandi* causaron un perjuicio total de 3.016.870,33 euros, generado a setecientos sesenta afectados: setecientos cinco particulares y cincuenta y cinco entidades públicas.

Todavía mayor es el caso Arte y Naturaleza, del que dimana la STS 94/2018, de 23 de febrero. Es cierto que, como se ha dicho ya, en este proceso nadie fue condenado por el subtipo que nos interesa y que de los once acusados por delito masa de estafa solo terminaron siendo condenados tres¹⁷. Sin embargo, el sistema piramidal que escondía la empresa que dio nombre al caso —una sociedad que supuestamente dedicaba las aportaciones de sus inversores a la adquisición de obras de arte, pero cuya única actividad económica consistía en repartir dividendos a los socios más antiguos que provenían de las aportaciones de los que se habían incorporado más recientemente— causó un total de diecinueve mil trescientas sesenta víctimas, a las que se les generó un perjuicio de 434.250.866 euros.

Hechas las presentaciones, vayamos a lo sustancial: ¿cómo ha interpretado la jurisprudencia el artículo 250.1.5.º *in fine* CP? ¿Ha sentado algún criterio que permita responder a nuestras preguntas?

El caso Arte y Naturaleza tiene interés para nuestro estudio porque en él se solicitó la aplicación retroactiva del vigente artículo 250.1.5.º *in fine* CP. Al recurrente se le impuso una pena de prisión de seis años y seis meses y una multa de diez meses con cuota diaria de 100 euros como autor de un delito masa de estafa agravada del artículo 250.1.6.º CP según la versión original del Código Penal de 1995, vigente en la comisión de los hechos. Según dicha redacción, el delito de estafa se castigaría con pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando revistiera «especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica» en que dejase «a la víctima o a su familia».

¹⁷ En primera instancia fueron condenados ocho. En casación, cinco resultaron absueltos de la acusación por delito masa de estafa.

Las penas impuestas se explican porque el órgano jurisdiccional *a quo*, la Audiencia Nacional (AN), elevó la pena del artículo 250.1.6.º CP en un grado en aplicación de la regla para el delito masa del artículo 74.2 *in fine* CP. Así, en el Fundamento de Derecho (FD) quinto de la sentencia de primera instancia, la AN explica que el subtipo aplicado debe interpretarse del mismo modo que el artículo 250.1.5.º CP en su redacción posterior a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio¹⁸. En otras palabras: para el órgano de primera instancia, el supuesto de «especial gravedad» del antiguo artículo 250.1.6.º equivalía al hecho de que el valor de la defraudación superase los 50.000 euros¹⁹. A partir de aquí, la AN señala que en el *factum* constan múltiples episodios en los que cada socio aportó una cuantía superior. Eso justifica que la pena base sobre la que practicó la elevación del artículo 74.2 *in fine* CP sea la del artículo 250.1 CP, es decir, prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses. La pena que la AN impuso al condenado cuyo recurso nos interesa correspondió, por lo tanto, a la de la pena superior en grado determinada en la mitad inferior. El motivo de que la elevación de pena fuera tan escasa es que a este condenado –como a todos los demás– se le aplicó una atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6.ª CP²⁰.

El TS rechazó la petición de que su condena se saldase con la aplicación exclusiva del subtipo del artículo 250.1.5.º *in fine* CP en su redacción actual. La explicación del parecer de la Sala Segunda es muy parecida a la que triunfa entre la doctrina: para la AN, el hecho era un delito masa, que, por definición, reúne los caracteres de «notoria gravedad» y haber perjudicado a una «generalidad de personas», ninguno de los cuales se concita en el artículo 250.1.5.º *in fine* CP, que sólo exige haber afectado a un «elevado número de personas». El castigo, de este modo, debía mantenerse intacto²¹. Por lo demás, no se pronunció sobre qué número de personas se considera «elevado» ni qué relación existe entre el subtipo y el delito continuado o el delito masa.

Tampoco hay mucha información aprovechable para responder a nuestras preguntas en la STS 291/2021, de 7 de abril, y eso que en el proceso del que dimana sí se aplicó el subtipo –y a más de una treintena de acusados–. Algunas de las penas que se impusieron fueron, además, francamente elevadas: llegaron a alcanzar los ocho años de prisión y los catorce meses de multa. El motivo de esta extensión fue la aplicación conjunta del artículo 250.1.5.º y la agravación por delito masa del artículo 74.2 *in fine* CP. Esta aplicación si-

¹⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010).

¹⁹ SAN 42/2016 (Sección 3.ª), 42/2016, de 23 de diciembre (ECLI:ES:AN:2016:4751) FD 5.º, p. 68.

²⁰ *Ibid.*, FD 7.º, p. 85.

²¹ STS 94/2018, de 23 de febrero, FD 9.º, pp. 66-67.

multánea podría sugerir que la AN –órgano de primera instancia también en este caso– explicó por qué la solución penológica alcanzada no vulneraba el principio *non bis in idem*. Sin embargo, no fue así por una razón: porque la aplicación del artículo 250.1.5.º como marco abstracto sobre el que luego elevar la pena *ex* artículo 74.2 *in fine* CP no sólo obedeció al hecho de que se hubiera afectado a un «elevado número de personas», sino a que en varios episodios defraudatorios se habían superado, individualmente, los 50.000 euros²². Esto hizo que, cuando varios condenados en primera instancia alegaron en casación la quiebra del mencionado principio en la determinación de la pena, el TS se limitara a reiterar su doctrina sobre la aplicación del artículo 74.1 CP en los delitos patrimoniales, consolidada en el Acuerdo de 2007²³.

No desesperemos todavía: a diferencia de lo que sucede con los casos precedentes, en el resuelto por la STS 304/2025, de 2 de abril, se ofrecen reflexiones interesantes... lo que no es, necesariamente, sinónimo de satisfactorias. Veamos qué sucedió.

En la sentencia de primera instancia se condenó al acusado a la pena de cinco años y seis meses de prisión y multa de once meses con cuota diaria de 12 euros²⁴. La imposición de unas sanciones tan elevadas obedece al hecho de que se aplicaron simultáneamente el subtipo que nos interesa y la agravación genérica por delito continuado del artículo 74.1 CP. El condenado alegó que esa solución contravenía el principio *non bis in idem* tanto en apelación como en casación, aunque la pena impuesta en primera instancia se mantuvo sin modificaciones.

La argumentación del TS fue bastante similar a la del órgano de apelación –el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña–²⁵. Para los dos órganos judiciales, la cuestión debía resolverse teniendo en cuenta el Acuerdo de 2007, que impide la agravación de la pena *ex* artículo 74.1 CP si ya se ha tenido en cuenta el perjuicio total causado para aplicar un subtipo agravado, como posibilita la primera frase del artículo 74.2 CP. A partir de esta idea, el TSJ y el TS señalaron que, si de la reiteración delictiva contenida en el *factum* hubiera resultado un perjuicio total superior a los 50.000 euros, y siempre que esa cuantía no se hubiera sobrepasado en ninguno de los episodios defraudatorios individuales, el caso debería haberse resuelto aplicando

²² SAN (Sección 3.ª) 7/2020, de 25 de marzo (ECLI:ES:AN:2020:1466) FD 6.º, p. 142.

²³ STS 291/2021, de 7 de abril, FD 2.º, p. 133.

²⁴ La resolución comentada es la SAP Barcelona (Sección 2.ª) 200/2024, de 5 de marzo (ECLI:ES:APB:2024:17398).

²⁵ La apelación concluyó con la STSJ Cataluña 253/2024, de 16 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2024:6401).

la pena del artículo 250.1.5.º sin la agravación prevista por el artículo 74.1 CP. Ahora bien, lo que había sucedido en el caso examinado era que el artículo 250.1.5.º CP se había aplicado no porque se hubiera rebasado la cantidad de 50.000 euros en las veintidós estafas por las que se condenó al recurrente, sino porque el órgano de primera instancia había entendido que veintidós víctimas eran un «elevado número de personas». La aplicación conjunta del artículo 74.1 y la del artículo 250.1.5.º *in fine* CP era, en opinión de los órganos de apelación y casación, respetuosa con el principio *non bis in idem*, pues la agravación contenida en uno y otro obedecía a fundamentos distintos: en un caso, por la reiteración delictiva, y en el otro, por la pluralidad de víctimas causadas²⁶.

La posición de los tribunales de apelación y casación parece resumirse bien en esta frase pronunciada por la Sala Segunda del TS: «[n]o hay un solo hecho con múltiples perjudicados, sino una repetición de hechos que afecta a un elevado número de personas»²⁷. No obstante, esta idea resulta contradictoria con el supuesto de hecho que da base al caso. Si uno lee el relato de hechos probados, comprobará cómo al recurrente se le imputaron veintidós hechos, cometidos todos ellos en días distintos entre el 3 de mayo de 2021 y el 30 de julio de 2022 y perjudicando, en cada uno de ellos, a una víctima diferente. Es sumamente discutible, pues, que la reiteración delictiva no haya sido tomada tanto para agravar la pena en aplicación del artículo 74.1 CP como para aplicar el subtipo consistente en haber afectado a un «elevado número de personas».

¿Quiere esto decir que, en nuestra opinión, tampoco hay ninguna pauta interpretativa útil en esta sentencia? No: en ella hay una pista potencialmente valiosa cuando se aborda la cuestión de qué es un «elevado número de personas». En el FD quinto se sostiene que, para aclarar el alcance de esta expresión, la doctrina se divide entre intentar dar una cifra a tanto alzado a partir de la cual aplicar el subtipo agravado y –lo que nos interesa destacar ahora– acudir a la interpretación que hacía la jurisprudencia sobre el antiguo artículo 529.8.ª CP73, vigente hasta la aprobación del actual Código Penal, que asignaba al delito de estafa una pena más grave cuando afectase a «múltiples perjudicados». Como la expresión «múltiples perjudicados» se parece mucho a la de «elevado número de personas», tal vez recuperar la reflexión que trajo consigo este precepto pueda ser de ayuda para alcanzar nuestros objetivos hermenéuticos.

²⁶ STSJ Cataluña 253/2024, de 16 de julio, FD 5.º, pp. 23-24, y, sobre todo, STS 304/2025, de 2 de abril, FD 5.º, pp. 23-24.

²⁷ STS 304/2025, de 2 de abril, FD 5.º, p. 23.

V. EL ARTÍCULO 529.8.^a CP73: LO QUE ABUNDA SÍ QUE DAÑA

Nuestra búsqueda llega, quizás, a su punto más interesante. El artículo 529.8.^a CP73 se introdujo en el ordenamiento jurídico a través de la LO 8/1983, de 25 de junio²⁸. Por aquello de que «todo tiempo pasado fue mejor», uno podría pensar que, en esta ocasión, el legislador se cuidó de establecer algún tipo de norma concursal específica que diferenciara el subtipo agravado de estafa del delito continuado y del delito masa. La perplejidad es inevitable cuando uno repara en que la LO 8/1983 fue, precisamente, la norma que cristalizó en el artículo 69 bis CP73 tanto el delito continuado como el delito masa, figuras de creación jurisprudencial, dotándolas de una redacción casi idéntica a la que tiene el vigente artículo 74 CP.

No acaban ahí los motivos para el asombro. De manera similar a como sucedió con la tramitación parlamentaria de la LO 1/2015, el texto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados ya contenía los dos preceptos en conflicto —el artículo 69 bis y el artículo 529.8.^a CP73— sin que la Exposición de Motivos dedicara una sola línea a sentar la distinción entre el ámbito de aplicación de uno y otro²⁹.

Ocasiones para remediar la situación no faltaron. En el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Popular formuló una enmienda, la número 53, en la que propuso suprimir el proyectado número 8 del artículo 529 CP73 con base en que su contenido era redundante con el del delito masa³⁰. La Ponencia rechazó la enmienda, pero el grupo que la propuso manifestó su intención de defenderla en el Pleno del Congreso³¹. Allí, el representante del Grupo Parlamentario Socialista defendió la redacción contenida en el Proyecto de Ley aduciendo que, aun cuando la agravación por haber afectado a «múltiples perjudicados» pudiera estar recogida en algún precepto de la parte general, el delito de estafa «requiere redondear, de alguna manera si quieren, y lo que abunda no daña en este caso». Además, a juicio del diputado en cuestión, «el Código Penal tiene un elemento didáctico importante frente a la sociedad» y «como la experiencia nos demuestra que es conveniente subrayar este ele-

²⁸ LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983).

²⁹ «Proyecto de Ley. Reforma urgente y parcial del Código Penal (Orgánica)», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 10-I, de 25 de febrero de 1983, pp. 43-44 y 47.

³⁰ En realidad, en la enmienda en cuestión se decía que el artículo 529.8.^a CP73 tenía un contenido redundante con el del «artículo 69.1 “in fine”». Teniendo en cuenta lo que se dirá con posterioridad en el texto, parece que se trata de un error y que esta enmienda se refería, en realidad, al artículo 69 bis *in fine*, en el que se consagró el delito masa. Ver «Informe de la Ponencia. Proyecto de Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 10-I 1, de 14 de abril de 1983, p. 22.

³¹ «Dictamen de la Comisión y enmiendas. Reforma urgente y parcial del Código Penal (Orgánica)», en *BOCG* (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 10-II, de 21 de abril de 1983, p. 60.

mento en los delitos contra el patrimonio, y especialmente en el delito de estafa», los dos preceptos debían mantenerse³². Más adelante, en el Senado, el Grupo Parlamentario Popular propuso la misma enmienda³³, que, de nuevo, fue rechazada por la Ponencia³⁴. Esta vez, en cambio, no se formuló ninguna solicitud para defender la enmienda en el Pleno³⁵.

La historia parece repetirse: en 1983 y en 2015 el legislador creó sendos subtipos agravados que entraban en concurso con otras instituciones de la parte general del Código Penal sin haberse anticipado a las dificultades que jueces y tribunales podrían encontrar en su aplicación. Ante esta situación, la siguiente pregunta parece obligada: ¿qué hicieron la doctrina y la jurisprudencia para resolver el problema?

Entre la doctrina, la solución con mayor predicamento pareció ser la resignación: reconocer que el artículo 529.8.^a CP73 no era nada más que un delito masa de estafa. Asumir esta premisa, sin embargo, no garantizaba resultados homogéneos: mientras que unos consideraban que esta situación imponía la aplicación preferente del subtipo agravado por ser ley especial con respecto al delito masa³⁶, otros, por el contrario, entendían que la única regla aplicable era la alternatividad y que, en función de las circunstancias de cada caso, los jueces y tribunales debían calificar el hecho aplicando el instituto que diera lugar a la sanción más grave³⁷.

La cuestión tampoco parece haberse resuelto de modo definitivo en la jurisprudencia. Como de modo paradigmático se reconoce en el FD tercero de la STS 1231/2002, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2002:4839), el parecer de la Sala Segunda en cuanto al ámbito de aplicación del subtipo del artículo 529.8.^a CP73 se habría distribuido en torno a dos líneas.

Para la primera, más amplia, el subtipo era aplicable siempre que hubiera un número de perjudicados suficientemente alejado de la unidad. De entre las resoluciones citadas como representantes de esta primera línea en la sentencia

³² «Sesión Plenaria núm. 32», en Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados), de 28 de abril de 1983, pp. 1475-1476. El representante del Grupo Parlamentario Socialista fue Vicente Antonio Sotillo Martí. Por su parte, el del Grupo Parlamentario Popular que defendió la enmienda en el Pleno fue José María Ruiz Gallardón. Esta misma anécdota aparece reflejada en RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, 1995, p. 515.

³³ En esta ocasión, se trató de la enmienda núm. 40. Ver «Enmiendas. Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal», en *BOCG* (Senado), Serie II, núm. 15 (b), de 19 de mayo de 1983, pp. 39-40.

³⁴ «Informe de la Ponencia. Proyecto de Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal», en *BOCG* (Senado), Serie II, núm. 15 (c), de 26 de mayo de 1983, p. 58.

³⁵ «Dictamen de la Comisión. Proyecto de Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal», en *BOCG* (Senado), Serie II, núm. 15 (d), de 30 de mayo de 1983, pp. 108-109.

³⁶ VIVES ANTÓN, 1988, p. 880; RODRÍGUEZ DEVESA, 1995, p. 515.

³⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1990, p. 204; VALLE MUÑIZ, RJC, 1988, pp. 342 ss.

que se acaba de mencionar, el número mínimo de perjudicados que permitió la aplicación del subtipo era trece³⁸. Si sólo eran dos, por el contrario, el subtipo ya no podía aplicarse, como sucedió en el caso resuelto por otra de las resoluciones citadas en la sentencia aludida³⁹.

Para la otra línea, en cambio, el subtipo sólo podía aplicarse si el hecho enjuiciado reunía los mismos caracteres que el delito masa. Esto parece coincidir con el parecer doctrinal antes examinado. Sin embargo, la cuestión se complica cuando se repara en que, en las sentencias citadas como representantes de esta segunda línea, no sólo no se explicita la regla que resuelve el concurso de leyes a favor del subtipo agravado —especialidad o alternatividad, si nos movemos en los términos que hacía la doctrina—⁴⁰, sino que se insiste en que las víctimas deben haber sido perjudicadas a través de la realización de un único hecho delictivo⁴¹. Es decir, que, para las sentencias incluidas en esta segunda línea, tanto el delito masa como el subtipo agravado no constituyen subespecies de delito continuado, sino que son un único delito⁴².

Si tomamos esta situación como referencia, parece que estamos abocados a la incertidumbre a la hora de interpretar nuestro subtipo: ni la doctrina ni la jurisprudencia parecen haber sentado criterios claros que determinasen cuándo podía hablarse de «múltiples perjudicados» ni qué relación existe entre el subtipo agravado, el delito continuado y el delito masa. ¿Nos deja esto sin opciones para interpretar el vigente artículo 250.1.5.º *in fine* CP?

VI. UNA PROPUESTA PROVISIONAL: ATENDER AL BIEN JURÍDICO-PENAL

Finalicemos esta contribución con esperanza: hay opciones. Estas, sin embargo, se separan de la aparente intención que tuvo el legislador tanto

³⁸ STS de 5 de febrero de 1990 (ECLI:ES:TS: 1990:891), FD 2.º, p. 4.

³⁹ STS de 7 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1325), FD único, p. 3.

⁴⁰ Con todo, hay sentencias distintas a las citadas en la STS 1231/2002, de 1 de julio, en las que se aboga expresamente por la especialidad. Es lo que, por ejemplo, sucede en las SSTs de 13 de junio de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:4553), FD 2.º, p. 3; de 5 de febrero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:892), FD 5.º, p. 4, y de 28 de enero de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:291), p. 5.

⁴¹ Además de la propia STS 1231/2002, de 1 de julio, en la que se sigue expresamente esta línea (FD 3.º, pp. 5-6), ver SSTs de 13 de julio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:14114), FD 2.º, pp. 3-4; de 25 de noviembre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:12763), FD 6.º, pp. 9-10, y de 14 de diciembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:9291), FD 7.º, p. 6.

⁴² Lo cierto es que esta exégesis es la más fiel a los orígenes históricos del delito masa. Sobre la cuestión, SAINZ CANTERO, APDP, 1971, pp. 659 ss.

en 1983 como en 2015 y del parecer jurisprudencial mayoritario. Veamos en qué consisten.

Creemos, con la postura unánime de la doctrina, que el subtipo del artículo 250.1.5.º *in fine* CP es una figura diferente del delito continuado y del delito masa. Para apuntalar esta interpretación es necesario recordar que la estafa es un delito contra el patrimonio. Es decir, una infracción que protege un bien jurídico-penal de carácter individual. El subtipo, por tanto, debe reservarse a aquellos casos en los cuales haya un único patrimonio afectado por cada delito.

A pesar de que sólo haya un patrimonio lesionado, el artículo 250.1.5.º *in fine* CP exige que haya un elevado número de «afectados»: una palabra cuyo significado no tiene por qué coincidir, necesariamente, con el de titulares del patrimonio objeto de menoscabo –sujetos pasivos–, sino que puede ser más amplio. El subtipo, así, podría ser de aplicación a aquellos casos en los que, aunque sólo haya habido un patrimonio lesionado, las consecuencias de esa lesión hayan generado efectos perniciosos para varias personas. El caso paradigmático podría ser el de una estafa realizada a una empresa que, a consecuencia de haber sufrido un notable perjuicio patrimonial, se ve obligada a despedir a un gran número de sus empleados: sólo se daña un patrimonio –el de la empresa– pero se derivan consecuencias para varios afectados.

Somos conscientes de las limitaciones de esta propuesta: no responde definitivamente al primer interrogante con el que se abría este artículo, el de cuántas personas constituyen un «elevado número». A falta de mejores criterios, referencias como las manejadas por línea «amplia» de la jurisprudencia que interpretó el antiguo artículo 529.8.ª CP73 nos parecen adecuadas. De acuerdo con las sentencias ubicadas en esa línea, un número cercano a los diez afectados podría dar lugar a la aplicación del subtipo.

Sea como fuere, lo mejor para dotar de un ámbito de aplicación propio a esta figura pasa por reformar el artículo 250.1.5.º *in fine* CP. Téngase en cuenta que, tan pronto como el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, se aplicará el subtipo por razón de la cuantía con independencia del número de afectados. El inciso final del artículo 250.1.5.º CP tiene, en el estado actual de cosas, muy poco espacio para sí.

Para concluir, un poco de empatía para con el legislador: no siempre es fácil encontrar las palabras adecuadas. Y nuestro mayor deseo sería encontrar ahora las que mejor expresen la enorme gratitud que tenemos al profesor Peñaranda Ramos por cuanto nos ha inspirado a lo largo de los años; el inmenso honor que es para nosotros haber tenido la oportunidad de contribuir a este homenaje y el profundo afecto que le profesamos. Por muchos más años de aprendizaje, éxitos y amistad.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/CARRACEDO CARRASCO, Eva (actualizado por Maraver Gómez, Mario): *Estafa*, en Memento Penal, Madrid, 2024, 11230.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *Artículo 69 bis*, en Código Penal comentado, Madrid, 1990, pp. 202-204.
- CONSEJO DE ESTADO: Dictamen 358/2013. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2013. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358> [Consulta: 28/12/2025].
- CONSEJO FISCAL: Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre [sic], del Código Penal, 2013.
- CGPJ: Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial*, en Derecho penal económico y de la empresa, Madrid, 2024, pp. 245-302.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier: *Defraudaciones*, en Tratado de Derecho penal económico y de la empresa, Valencia, 2025, pp. 627-757.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Art. 250*, en Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Valencia, 2.ª ed., 2024, pp. 1123-1128.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): estafas*, en Derecho penal. Parte especial. Valencia, 8.ª ed., 2023, pp. 429-459.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria/COCA VILA, Ivó: *Delitos contra el patrimonio (II)*, en Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Barcelona, 10.ª ed., 2025, pp. 273-302.
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho Penal Español. Parte especial, Madrid, 18.ª ed., 1995.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel: *Defraudaciones*, en Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Madrid, 2015, pp. 553-568.
- SAINZ CANTERO, José Antonio: *El delito masa*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1971, pp. 649-675.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: *Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa. Artículo 529, circunstancias 5.ª, 7.ª y 8.ª CP*, Revista jurídica de Catalunya, 1988, pp. 321-343.
- VIANA BALLESTER, Clara: *Los delitos de estafa: artículos 249 y 250 CP*, en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Valencia, 2015, pp. 708-723.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Delitos contra la propiedad (continuación). Estafas y otros engaños*, en Derecho penal. Parte especial, Valencia, 1988, 2.ª ed., pp. 859-882.

17. EL DELITO DE REPRESALIA POR ACTUACIÓN EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL: APROXIMACIÓN A SU CONSIDERACIÓN COMO DELITO DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA

MARTA GARCÍA MOSQUERA
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Vigo

*Al Profesor Enrique Peñaranda Ramos,
con mi enorme admiración y afecto.*

I. INTRODUCCIÓN¹

En el mes de diciembre de 2024 el Juzgado de Menores de Huelva dictaba sentencia en la que imponía una medida de siete años de internamiento en régimen cerrado, complementada con la medida de tres años de libertad vigilada, a un joven acusado de matar en Rociana del Condado (Huelva) al hombre que había asesinado a su padre². La sentencia atribuye al menor un delito de asesinato consumado (art. 139.1 CP), pero también lo declara penalmente responsable de un delito de obstrucción a la justicia previsto en el artículo 464.2 CP. La jueza entiende que concurren los elementos exigidos en este tipo penal, en tanto que el

¹ El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Reforma y evolución del Derecho penal: límites, garantías y respuestas. Especial atención a sectores caracterizados por la vulnerabilidad de sujetos o la complejidad organizativa» (REDPENAL), PID2023-148510NB-I00.

² Sentencia del Juzgado de Menores de Huelva 106/2024, de 10 de diciembre (ECLI:ES:JMEH:2024:1).

joven actuó «en venganza por la muerte de su progenitor, lesionando la Administración de Justicia, como bien jurídico protegido, ejercitando una justicia privada, propia de organizaciones primitivas, desterradas en un sistema judicial basado en el Estado de Derecho, donde es el propio Estado el que detenta de forma exclusiva y soberana el *ius puniendi*». Según la juzgadora, el comportamiento de causar la muerte al autor del asesinato de su progenitor fue «en represalia de este hecho al no aceptar la respuesta de la Administración de Justicia».

La aplicación en este caso concreto del delito de represalia por actuación en procedimiento judicial constituye un marco adecuado para reconsiderar el contenido del tipo penal y su encuadre como delito de obstrucción a la justicia. Porque, como se deduce de la fundamentación de la sentencia del caso, resulta que es únicamente la motivación del sujeto en la realización del delito de asesinato («en venganza») lo que sostiene y fundamenta la calificación por el delito del artículo 464.2 CP, con la particularidad de que la concurrencia de tal móvil no opera como elemento típico determinante de un delito especial (concurso de leyes), sino cimentando por sí mismo la aparición de un tipo penal autónomo contra la administración de justicia, que vendría a castigarse sin perjuicio de la sanción correspondiente al delito de asesinato (concurso de delitos)³. Así mismo, la argumentación judicial sugiere que sería la proscripción de la justicia privada lo que atentaría contra la administración de justicia en cuanto bien jurídico protegido, concretado este en el monopolio estatal del ejercicio del *ius puniendi*.

II. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO: LAS FIGURAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 464.1 Y 464.2 CP

El artículo 464 CP contiene, en sus respectivos apartados 1 y 2, dos delitos distintos que tradicionalmente se han aglutinado bajo la denominación de «delitos contra la libertad de las partes»⁴. Se trataría, en términos generales, de prohibir conductas que pudieran alterar los presupuestos de libre actuación de

³ En el caso concreto, tratándose del proceso penal de menores, y atendiendo a las reglas de elección e imposición de medidas para los casos de pluralidad de infracciones contenidas en el artículo 11.2 de la LO 5/2000 de responsabilidad penal de menores, la apreciación (junto con el asesinato) del delito de obstrucción a la justicia, permitiría que la medida de internamiento en régimen cerrado (de imposición preceptiva para el delito de asesinato) pudiese alcanzar una duración máxima de diez años (frente al límite de ocho años si se apreciara solo el delito de asesinato), sin perjuicio de la medida de libertad vigilada, de forma complementaria, hasta cinco años.

⁴ GARCÍA ARÁN, 1997, p. 287; PALOMO DEL ARCO, 2015, p. 543.

los sujetos que participan en el proceso⁵, como requisito de averiguación de la verdad por parte de los órganos judiciales. O, en otras palabras, y muy sintéticamente, de que la Administración de Justicia se vea libre de intromisiones que puedan alterar su buen funcionamiento a través de perturbaciones que comprometan la colaboración de las partes en el procedimiento⁶.

Entrando en la concreción de las figuras delictivas, el artículo 464.1 CP castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses a quien, con violencia o intimidación, intente influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, para que modifique su actuación procesal. Aunque configurado como delito de peligro, se trataría de conductas con aptitud o idoneidad *ex ante* para distorsionar el resultado de un proceso en curso, si bien al adoptar la estructura típica de un delito de emprendimiento la infracción se consuma (en su modalidad básica) con independencia de que el sujeto sobre el que se actúa desvíe o no su actuación procesal. En el segundo inciso del artículo 464.1 CP se prevé un tipo agravado (imposición de la pena en su mitad superior) «si el autor del hecho alcanzara su objetivo». En relación con el tipo agravado suele considerarse que el objetivo típico no puede ser otro que la modificación de la conducta procesal del sujeto, sin necesidad de que ello determine un verdadero cambio de rumbo del proceso⁷.

Por su parte, el artículo 464.2 CP castiga con iguales penas a quien realizar cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos⁸. Así, a diferencia del delito de obstrucción del apartado 1, los actos de represalia del apartado 2 son actos atentatorios contra quienes ya han intervenido en el pro-

⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, pp. 91, 97.

⁶ Refiriéndose al precedente artículo 325 bis del Código penal anterior, introducido por la reforma de 1983, cuyo contenido era esencialmente coincidente con el actual artículo 464 CP, sostenía MAGALDI, 1987, pp. 591 ss., que el bien jurídico tutelado no puede ser otro que el proceso judicial, entendido desde una perspectiva dinámica de proceso dirigido a sus fines legítimos: la resolución jurídica de conflictos sociales como fin último, y el hallazgo y pronunciamiento de la verdad material o verdad histórica de los hechos (procesos penales) o de la verdad formal o verdad procesal (procesos de naturaleza no penal).

⁷ En opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, p. 103, «el simple hecho de provocar una actuación procesal desviada ya contiene la ofensividad al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, con independencia de que el Juez o Tribunal, en base a otras aportaciones efectuadas en el curso del proceso, tome en consideración o no la actuación procesal viciada».

⁸ Aunque el precepto remite a las penas previstas en el apartado 1, hay que tener en cuenta que solo podrán considerarse las penas contempladas en la figura básica del primer inciso, y no la pena agravada prevista en el segundo inciso, pues en el delito de represalia falta por definición la consecución de ningún resultado que pudiera agravar el hecho.

cedimiento. Es decir, en el delito de represalia la conducta típica se produce *a posteriori*, una vez que ha tenido lugar la actuación procesal del sujeto con absoluta libertad, por lo que el hecho no afectaría en modo alguno al desarrollo o validez del proceso judicial en el que la víctima participó libremente⁹.

Por otro lado, así como en el delito previsto en el apartado 1 cabe apreciar un concurso de normas entre el delito de obstrucción a la justicia y el correspondiente delito de amenazas o coacciones en que el ataque consista¹⁰, tal solución no es admisible en el delito previsto en el apartado 2, por la cláusula concursal expresamente prevista en la ley¹¹, que obliga a sancionar el delito de obstrucción sin perjuicio de la pena que corresponda por el delito instrumental¹² (siendo discutido si este concurso debe ser ideal o real¹³).

En apariencia, los ámbitos de aplicación de una y otra figura delictiva estarían claros, y vendrían determinados por el respectivo momento y finalidad perseguidas por los correspondientes ataques a las partes en el proceso: antes de la actuación procesal de la parte y para modificarla (en el artículo 464.1 CP),

⁹ MAGALDI, 1987, p. 611, MANJÓN CABEZA, 1988, p. 171, BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, pp. 98, 130, PÉREZ ARIAS, 2015, p. 203. Para GARCÍA ARÁN, 1987, pp. 291 ss., sin embargo, puede identificarse un cierto peligro para el futuro de la prestación de la Administración de Justicia en los casos de represalia contra un interviniente en el proceso cuando este todavía no ha concluido, de manera que puede intimidarse a otros testigos o intervinientes que pueden modificar su actuación procesal; o incluso en el proceso ya concluido, la represalia podría dirigirse precisamente a intimidar a otros posibles intervinientes en procesos futuros. Por ello, esta autora sostiene que es posible una interpretación restrictiva del precepto, limitándolo a aquellos casos en que, por las circunstancias concurrentes pueda estimarse que la represalia va dirigida a condicionar futuras actuaciones procesales y resulte apta para hacerlo.

¹⁰ Como sostiene BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, pp. 97 ss., el apartado primero «tipifica unas amenazas condicionales o unas coacciones calificadas por el especial ánimo del sujeto que amenaza o coacciona con obstaculizar el recto funcionamiento de la Administración de Justicia en el desarrollo del proceso». Por tanto, el tipo previsto en el artículo 464.1 CP es ley especial respecto de los delitos de amenazas y coacciones. En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, p. 114, GOYENA HUERTA, 2002, pp. 259, 277, PALOMO DEL ARCO, 2015, p. 547, PÉREZ ARIAS, 2015, p. 217, QUINTERO OLIVARES, 2024, pp. 1547 ss.

¹¹ «Por más que carezca de verdadera razón el que se discrimine en ambas conductas», como sostiene la SAP Girona 63/2024, de 7 de febrero (ECLI:ES:APGI:2024:1597), que confirma la condena por delito del artículo 464.1 CP, entendiendo que quedan consumidas en él (art. 8.3.º CP) las amenazas empleadas para conseguir el propósito de modificar la actuación procesal de la víctima (en el caso, retirada de la denuncia).

¹² Naturalmente, ello será así siempre que se hubiera formulado acusación también por el delito concreto en que el atentado consista, algo que, sin embargo, no siempre ocurre. Es decir, a pesar de la claridad de la cláusula concursal, es relativamente frecuente que se acuse únicamente por el delito de obstrucción a la justicia del artículo 464.2 CP, y no por las amenazas o coacciones. Así, por ejemplo, STS 824/2016, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:4780); SAP Barcelona 363/2021, de 28 de octubre (ECLI:ES:APB:2021:14296).

¹³ A favor del concurso ideal, BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, p. 139, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2002, p. 198, PÉREZ ARIAS, 2015, pp. 226 ss. Consideran que estamos ante un concurso real GOYENA HUERTA, 2002, p. 278, CANCIO MELIÁ, 2025, p. 2853. La jurisprudencia mayoritaria considera que debe apreciarse un concurso real. En este sentido, entre otras: SAP A Coruña 76/2021, de 1 de marzo (ECLI:ES:APC:2021:430), STS 333/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1647), SAP A Coruña 287/2021, de 19 de julio (ECLI:ES:APC:2021:1845), SAP Barcelona 605/2022, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APB:2022:10886), SAP Cádiz 322/2024, de 3 de diciembre (ECLI:ES:APCA:2024:2791).

o una vez finalizada la actuación de la parte en el procedimiento judicial y como represalia por dicha actuación (en el artículo 464.2 CP). Los elementos anímicos tendenciales (el amedrentamiento o la represalia) estarían así respectivamente vinculados a cada uno de los elementos temporales objetivos (antes o después de la actuación procesal).

No obstante, este esquema no resuelve ni agota la casuística que puede plantearse a lo largo de un proceso en curso, con intervención plural de las partes en diversos momentos o fases. Son perfectamente imaginables, y además relativamente frecuentes en la práctica, los casos en los que el ataque tiene lugar tras una primera intervención del sujeto en un proceso abierto, antes de cuya finalización se requerirá nuevamente su participación. En estos casos, el hecho constituye tanto una represalia por la actuación anterior como un intento de amedrentamiento para que la víctima modifique la actuación futura. Es decir, la represalia por una actuación previa, estando pendientes actuaciones procesales posteriores, no puede sino entenderse como amedrentamiento, con la consiguiente posibilidad de subsumir los hechos tanto en el apartado 1 como en el apartado 2 del artículo 464 CP. Piénsese en las amenazas proferidas como represalia contra quien ha declarado como testigo en fase de instrucción en un proceso penal¹⁴, o las amenazas como reacción a la interposición de una denuncia, y orientadas a que la persona denunciante retire la denuncia o atempere su declaración^{15 16}.

Las soluciones de la jurisprudencia para estos casos distan de ser homogéneas, y dependen, en esencia, del criterio que se estime preponderante en la

¹⁴ Supuesto de hecho de la SAP Barcelona 812/2021, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:15734), que confirma la condena (únicamente) por el delito del artículo 464.2 CP, a pesar de que la propia sentencia, además del ánimo de venganza de las expresiones vertidas, reconoce que «con las amenazas formuladas se persiguió finalísticamente amedrentar a la víctima para que no acuda a los Tribunales».

¹⁵ Supuesto de hecho de la SAP A Coruña 287/2021, de 19 de julio (ECLI:ES:APC:2021:1845), que revoca la condena previa por delito del artículo 464.2 CP al no apreciar el tribunal un claro *animus vindicandi* o propósito de represalia. La audiencia sostiene que, al fin y al cabo, la pretensión del acusado se situó más en la línea de influir sobre la denunciante para que retirase su denuncia o para que atemperase su declaración, por lo que (en opinión de la Sala) hubiera sido más factible incardinar los hechos en el delito previsto en el artículo 464.1 CP, que excluye penar por separado las amenazas vertidas, por entenderse que están comprendidas dentro de la propia tipicidad del precepto.

¹⁶ Desde luego que no son descartables supuestos en los que se realicen actos atentatorios previos a la intervención procesal, y otros actos posteriores como represalia, pudiendo apreciar en ese caso un concurso real de delitos y condenando conjuntamente tanto por el delito del 464.1 CP como por el delito del 464.2 CP, como es el caso en la Stc. del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz 156/2022, de 14 de junio (rec. 120/2021). Como sostiene BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, p. 129, «si el sujeto A amenaza al sujeto B con agredirle físicamente si no modifica su actuación procesal, a lo cual el sujeto B no accede y, con posterioridad –de modo vindicativo por su actuación– el sujeto A ejecuta la amenaza, se producirá un concurso real de delitos entre el delito contra la libertad de los intervinientes en el proceso del apartado primero del artículo 464 del Código Penal, y el delito de venganza por la actuación procesal de su apartado segundo».

delimitación de una y otra figura típica¹⁷. Si se atiende prioritariamente al aspecto objetivo, lo determinante será la aptitud del hecho para modificar (todavía) la actuación futura de la parte (afectación al bien jurídico), debiendo optarse por la aplicación preferente del apartado 1 cuando subsista esa posibilidad, y aunque se tratara de actos en venganza por actuaciones anteriores. Por el contrario, si se acentúa la distinción en el aspecto subjetivo, y se entiende que el ánimo de venganza o represalia es lo que esencialmente caracteriza a las conductas del apartado 2, se aplicará este delito con preferencia al de amedrentamiento cuando se estime concurrente en el agente ese móvil especial, y aunque la conducta fuera igualmente apta para influir en el comportamiento procesal futuro de la víctima¹⁸.

III. REPRESALIA POR ACTUACIÓN EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL: DELIMITACIÓN TÍPICA

En el delito contenido en el artículo 464.2 CP el único elemento que vincula el ataque vindicativo con el funcionamiento de la administración de justicia es que el acto de represalia constituya una respuesta de castigo por el hecho mismo de la actuación del sujeto pasivo en un procedimiento judicial.

1. El inicio del procedimiento judicial a efectos del tipo

La primera de las cuestiones que al respecto cabe plantearse es qué ha de entenderse por «procedimiento judicial». Asumiendo que deben quedar excluidos los procedimientos administrativos, arbitrales o notariales, al tiempo que han de entenderse abarcados los procedimientos de cualquier orden jurisdiccional (penal, civil, laboral o contencioso-administrativo)¹⁹, se cuestiona, en rela-

¹⁷ Conviene, no obstante, señalar que a estos efectos también suele jugar un papel determinante el título de imputación por el que se haya formulado acusación. Porque, normalmente, la jurisprudencia viene entendiendo –creo que, con razón– que el principio acusatorio impide condenar por el delito alternativo si solo se formuló acusación por uno de los apartados del artículo 464 CP, y son excepcionales las resoluciones en que se considera que las figuras típicas contenidas en el artículo 464.1 y 464.2 CP son delitos homogéneos. Ejemplo de esto último, es la SAP Lugo 131/2025, de 5 de mayo, ECLI:ES:APLU:2025:344.

¹⁸ Ejemplo de esta posición, la SAP Cádiz 322/2024, de 3 de diciembre (ECLI:ES:APCA:2024:2791).

¹⁹ En este sentido, en relación con el artículo 325 bis del Código penal anterior, MAGALDI, 1987, p. 594.

ción con el proceso penal en particular, si el delito exige que las represalias se hayan efectuado abierto ya el procedimiento judicial, o pueden producirse ante diligencias policiales todavía no remitidas al órgano jurisdiccional²⁰.

La doctrina jurisprudencial consolidada del TS²¹ estima que es aplicable el delito cuando la represalia responde a la mera interposición de una denuncia ante los órganos policiales, con independencia de que la misma todavía no se haya documentado en el atestado o este no se haya remitido al juzgado. El TS alcanza esta conclusión partiendo de la interpretación del término «denunciante» mencionado en el 464.1 CP como posible sujeto pasivo (también) de las conductas de represalia del artículo 464.2 CP. Según el tribunal, el texto legal habla de denunciante sin distinguir, ni mucho menos exigir, que la denuncia sea ante el Juzgado o que se le haya traspasado. Denunciante lo es quien denuncia en alguna de las formas prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en tal medida también quien lo hace ante la policía que, además, actuará como Policía Judicial. De ahí concluye que las conductas previstas en el artículo 464 CP abarcan al denunciante tanto en un procedimiento judicial, como en las actuaciones preparatorias, como son las tramitadas ante la autoridad policial con ocasión de la comunicación de la *notitia criminis*, y que, por tanto, la referencia al procedimiento judicial incluye su antecedente más ordinario, que son las diligencias policiales.

Para el TS, el legislador hace un «deficiente uso de la terminología» al referirse en el apartado 2 del artículo 464 CP a un «procedimiento judicial» (en tanto que en el delito del apartado 1 solo se dice «procedimiento»), pero de esa diferente dicción no se podría derivar la conclusión de que el tipo requiera una actuación propiamente jurisdiccional. Son tres los motivos principales que se arguyen para sostener tal solución: el primero, que la tesis contraria supondría una reducción del ámbito de protección del correcto funcionamiento de la justicia; el segundo, que la solución defendida vendría avalada por la doctrina jurisprudencial que en

²⁰ En opinión de GOYENA HUERTA, 2002, p. 264 es indispensable que el procedimiento haya sido incoado con anterioridad al ejercicio de la violencia o la intimidación. Este autor parece sustentar esta posición en la STS de 13 de junio de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:13429), según la cual «la amenaza intimidativa tiene que producirse en relación con la intervención en diligencias procesales, lo que supone la existencia de un procedimiento judicial en marcha. En el caso presente la coacción sobre los perjudicados no se interfiere en el curso de los trámites judiciales [...]. Una primera amenaza no reproducida durante las actuaciones sumariales o en el momento del juicio oral no revela inequívocamente el propósito delictivo que animaba a su autor». No obstante, hay que tener en cuenta que, en ese caso, se trataba de la conducta de quien, tras consumar un robo a punta de navaja exigió a uno de los perjudicados que le entregase el DNI para tomar su nombre, conminándoles para que no denunciaran los hechos bajo amenaza de rajarlos, a pesar de lo cual (y aunque logró asustarlos gravemente) no consiguió que los amenazados desistiesen de presentar denuncia. Se trataba, por tanto, de un caso en que las amenazas se produjeron antes de la interposición de la denuncia, supuesto en el que claramente no procede la aplicación del tipo.

²¹ Por todas, STS 299/2024, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1921).

relación con la atenuante de arrepentimiento espontáneo en la redacción del anterior Código –art. 9.9.º– estimó que en el término «procedimiento judicial» habían de estimarse incluidas las diligencias policiales; y en tercer y último lugar, que la interpretación quedaría avalada con la actual redacción del artículo 464.1 CP, que al igual que el párrafo primero del anterior artículo 325 bis, solo se refiere a actuación en «un procedimiento», sin referencia a que sea judicial.

En mi opinión, los tres fundamentos invocados deberían conducir, justamente, a una conclusión contraria a la mantenida por el Alto Tribunal. En primer lugar, porque solo es lícito abogar por una interpretación extensiva del tipo (y la consiguiente optimización de protección del bien jurídico) allí donde el tenor literal de la ley lo permite. Y así como hay que convenir que el término «denunciante» no predetermina la cuestión, sí es cuestionable que el término «procedimiento judicial» permita abarcar en su sentido literal posible procedimientos en los que no hay propiamente intervención del Poder Judicial (aunque pueda ser previsible que la haya en el futuro²²). Máxime cuando la propia jurisprudencia asume –con razón– que no tienen cabida en el tipo los casos en que se coacciona o amenaza a un sujeto para impedir que interponga una denuncia; es decir, que no es típica conforme al artículo 464 CP la conducta dirigida a que no se inicie el proceso²³.

Por su parte, sobre el criterio de interpretación sistemática consistente en comparar y contrastar las respectivas dicciones legales de los apartados 1 y 2 del artículo 464 CP cabe señalar dos cuestiones. La primera, que también en relación con el apartado 1 se sostiene mayoritariamente que el delito presupone la existencia de un proceso judicial²⁴, lo que provoca el decaimiento del argumento. Pero, en segundo lugar, que, puestos a cotejar las diversas expresiones contenidas en uno y otro caso, la diferencia constatada no puede servir para restar importancia a la específica redacción del apartado 2 («procedimiento judicial») en contraste con la del apartado 1 («procedimiento»), pues dicha comparación, lejos de respaldar la interpretación

²² Adviértase que la remisión de una denuncia al órgano jurisdiccional no es algo automático, sino que, en determinados supuestos, puede producirse el archivo de la denuncia como decisión administrativa por parte de la policía o del Ministerio Fiscal.

²³ En este sentido, refiriéndose al artículo 325 bis del Código Penal anterior, SSTs de 4 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9943), 13 de junio de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:13429), 15 de noviembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:7687). En relación con el vigente artículo 464 CP, entre otras, STS 827/2003, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2003:3908), SAP Navarra 67/2004, de 4 de junio (ECLI:ES:APNA:2004:596), SAP Barcelona 812/2021, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:15734).

²⁴ No solo por la referencia contenida en el tipo a que el sujeto pasivo modifique su «actuación procesal», sino también por la necesaria vinculación de la conducta típica al bien jurídico de la Administración de justicia como actividad jurisdiccional. En este sentido, MAGALDI, 1987, p. 594, GOYENA HUERTA, 2002, p. 264, CANCIO MELIÁ, 2025, p. 2852.

planteada, conduce a desautorizarla. Por último, la apoyatura en la interpretación histórica del concepto «procedimiento judicial» en la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo no es admisible, en tanto que, tratándose allí de una interpretación favorable, no existiría ningún obstáculo para una interpretación analógica (prohibida, en cambio, en perjuicio del reo, como aquí se pretende).

2. La actuación previa de la víctima en el procedimiento judicial. ¿Es necesario que el proceso haya concluido?

Según lo que dispone la STS 345/2022, de 6 de abril²⁵ «los actos atentatorios contra los referidos bienes jurídicos a los que se refiere el artículo 464.2, han de tener lugar con el propósito de castigar o vengar, represaliar, la actuación *de quien ha tenido o va a tener determinada participación* en un procedimiento judicial». Y añade la misma resolución que «el precepto no exige ni que dicha participación se produzca, precisamente, en el acto del juicio oral, ni tampoco que se acompañe de una mayor o menor relevancia *en relación con el resultado final del proceso*».

A pesar de las dudas que pudiera suscitar la sentencia citada, resulta indiscutible que el delito de represalias contenido en el artículo 464.2 CP presupone una intervención procesal previa del sujeto pasivo, frente a la que el ataque viene a responder como castigo. Porque solo cabe hablar de represalia frente a un hecho antecedente (y no frente a un hecho futuro). Pero, en cambio, no resulta en absoluto claro si es presupuesto de aplicación del delito que el procedimiento judicial se halle concluido. Según Pérez Arias, en el caso del delito de represalias se presumen dos circunstancias: de un lado, que la actuación ya ha sido realizada, y de otro que la participación del sujeto pasivo en el proceso ha finalizado, es decir, que no puede influirse en la intervención procedimental de este²⁶.

La práctica jurisprudencial viene a demostrar que la aplicación del delito contenido en el artículo 464.2 CP no se limita a los casos en que el litigio ha concluido, ni se exige como requisito del tipo la finalización del proceso en que hubiera tenido lugar la actuación frente a la que se ejerce la venganza. En su lugar, el precepto viene aplicándose frecuentemente ante actos vindicativos que se producen estando aún pendiente el proceso del que traen causa. Como

²⁵ ECLI:ES:2022:1350.

²⁶ PÉREZ ARIAS, 2015, p. 224.

ya se ha señalado, ello genera un panorama bastante confuso, porque en muchas ocasiones cabría entender que los hechos son igualmente subsumibles en el artículo 464.1 CP, con la particularidad, sin embargo, de que la invocación del ánimo de represalia suele decantar la solución a favor del delito previsto en el apartado 2. Esta situación se favorece ya desde las posiciones de las acusaciones, que con frecuencia solicitan la condena únicamente por el apartado 2, y no también alternativamente por el apartado 1²⁷, lo que deriva, en no pocos casos, en una absolución –por respeto al principio acusatorio– cuando el tribunal descarta el ánimo específico de represalia (a pesar de que los hechos pudieran subsumirse en el artículo 464.1 CP).

3. La vinculación concreta de la represalia con la actuación procesal

En todo caso, el «ánimo de represalia» debe referirse específicamente a la actuación procesal previa de la víctima, quedando fuera del tipo cualesquiera otros ataques perpetrados por otros motivos. En concreto, son ajenos al delito de obstrucción a la justicia los ataques perpetrados como represalia o en venganza por el conflicto mismo de fondo anterior al proceso²⁸. Por esta razón resulta equívoco identificar el núcleo del tipo con la prohibición penal de la justicia privada, pues si lo que el sujeto quiere castigar o vengar no es la intervención del agente en el proceso, sino el hecho originario del proceso en sí, la conducta ha de resultar atípica (del mismo modo que lo sería la conducta de quien se toma la justicia por su mano y ejerce venganza contra la persona a la que se cree o se sabe culpable de un hecho, pero frente a la que no se ha dirigido el proceso). Se trata, desde luego, de una exigencia derivada del propio tenor literal de la norma, que ha sido destacada en la exégesis jurisprudencial del tipo, si bien la traslación práctica de esta doctrina conlleva enormes dificultades, que a menudo se resuelven con criterios más intuitivos que razonables. Y es que, en la mayoría de los casos planteados ante los tribunales, el proceso al que se vincula el delito de obstrucción a la justicia aparece tan imbricado

²⁷ De manera excepcional acusaba el Ministerio Fiscal por delito del 464.2 y alternativamente por el artículo 464.1 CP en la SAP Barcelona 954/2021, de 24 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:14311).

²⁸ Como sostiene el TS (entre otras, STS 31/2000, de 24 de enero, ECLI:ES:TS:2000:304) «La finalidad de represaliar la intervención tenida en el proceso constituye en todo caso un elemento subjetivo del injusto, que deja fuera del tipo cualesquiera otros ataques perpetrados por otros motivos que no sean precisamente esa actuación procesal previa, ya deriven aquéllos de otras razones por completo extrañas a él o estén motivados directamente por el conflicto mismo de fondo anterior al proceso, y no por la intervención que la víctima haya tenido en él». En el mismo sentido, SAP A Coruña 463/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APC:2020:2565), SAP Cádiz 322/2024, de 3 de diciembre (ECLI:ES:APCA:2024:2791).

con el conflicto de origen que enfrenta a las partes, que resulta prácticamente imposible operar una identificación de los motivos concretos de la venganza como la teóricamente propuesta por la doctrina jurisprudencial.

La concurrencia o ausencia del específico ánimo de represalia, del que en esencia depende la estimación o el rechazo del delito, suele sustentarse en afirmaciones meramente apodícticas, derivadas de la respectiva valoración judicial. Pero incluso cuando los tribunales acuden a elementos objetivos para inferir o descartar el móvil vindicativo, los criterios que en su valoración se aplican están dotados de una considerable ambigüedad, lo que deriva en resultados poco predecibles.

4. La mera existencia del procedimiento como causa directa del atentado

Así, en primer lugar, la existencia misma del procedimiento opera en ocasiones como elemento por sí solo bastante para deducir la existencia del elemento subjetivo del injusto, cuando no se hayan puesto de manifiesto otros motivos o razones, ajenas a la pendencia del proceso y desvinculadas de la intervención en el mismo de la víctima, que pudieran haber desencadenado la actuación concreta²⁹. En otros casos, sin embargo, se estima que la existencia de un procedimiento no basta para dotar a los actos de una intención específica³⁰. Especialmente, si el procedimiento se inserta en una relación de conflictividad previa entre las partes, de modo que no pueda descartarse que el ataque responda a motivaciones distintas³¹.

5. La proximidad temporal entre la actuación procesal y la represalia

En segundo lugar, se acude, según los casos, a la mayor o menor proximidad temporal entre la actuación procesal y la reacción vindicativa. En

²⁹ En este sentido, SAP A Coruña 463/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APAC:2020:2565). También en SAP Cáceres 212/2019, de 24 de julio (ECLI:ES:APCC:2019:683): hechos que ocurren poco más de un mes después de dictarse la sentencia en uno de los procedimientos en los que el agredido intervino profesionalmente frente al agresor, y sin que se haya puesto de relieve la existencia de alguna motivación estrictamente personal que pudiera ser causa del altercado. Por su parte, en SAP a Coruña 17/2023, de 18 de enero (ECLI:ES:APC:2023:47) el tribunal considera que el propósito de represalia es innegable, al hallarse las partes en pleno procedimiento de liquidación de responsabilidad civil derivada de un ilícito anterior de daños.

³⁰ SAP A Coruña 409/2024, de 2 de noviembre (ECLI:ES:APC:2024:2886).

³¹ Así, SAP Barcelona 954/2021, de 24 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:14311), SAP Barcelona 662/2024, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APB:2024:16458), SAP Barcelona 494/2025, de 16 de junio (ECLI:ES:APB:2025:8337).

ocasiones se aprecia el ánimo de represalia cuando (y porque) la reacción es inmediata a la actuación procesal³². Por su parte, el hecho de que haya transcurrido un lapso de tiempo dilatado entre la actuación procesal (o incluso el fin del proceso) y el ataque, se valora en algunos casos como obstáculo de la vinculación directa entre el ataque y la actuación previa, mientras que, en otros, se considera que el tiempo transcurrido no sería suficiente para excluir la racionalidad de la inferencia, en la medida en que la represalia o venganza puede surgir de repente o de forma madurada, tiempo después del hecho³³.

Como sostiene la STS 505/2000, de 28 de marzo³⁴, aunque es necesario que el ánimo tendencial desencadenante de la acción sea el de tomar represalias por una conducta procesal ya pasada y agotada, la aplicación de esta figura delictiva no se puede extender ilimitadamente en el tiempo, y así, «no entrarían en el tipo aquellas conductas agresivas dirigidas contra personas con las que se había tenido un pleito, causa o procedimiento, cuando por el tiempo transcurrido desde estos incidentes procesales, se pone de relieve que se ha actuado en función de motivaciones estrictamente personales, quizá originadas o simplemente incentivadas por la anterior actuación judicial, pero que en nada revelan la existencia de un ánimo o propósito añadido de atentar contra el recto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia que, al fin y al cabo, es el bien jurídico preferentemente protegido»³⁵.

³² Así, STJC Valencia 191/2024, de 11 de junio, (ECLI:ES:TSJCV:2024:4331), donde la llamada amenazante se produce tan solo una hora después de que la víctima hubiese interpuesto la denuncia, y después de haber sido requerido el sujeto para comparecer ante la comisaría, por lo que el tribunal estima que resulta obvio que la llamada se produce porque el acusado conocía que había un procedimiento contra él al haber sido denunciado por la víctima. En sentido similar, la SAP Badajoz 42/2005, de 12 de mayo (ECLI:ES:APBA:2005:403), que considera incomprensible la conducta de los acusados si no es como respuesta y en represalia a las denuncias formuladas por la víctima, dada la proximidad en el tiempo del incidente. También SAP Cádiz 322/2024, de 3 de diciembre (ECLI:ES:APCA:2024:2791), donde la Sala afirma no albergar ninguna duda sobre el ánimo del acusado «teniendo en cuenta el poco tiempo que según la víctima transcurre entre el instante en que se presenta la inicial denuncia y la posterior agresión».

³³ En este sentido, SAP A Coruña 165/2023, de 29 de noviembre (ECLI:ES:APC:2023:2935). Similar, SAP Las Palmas de Gran Canaria 231/2014, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APGC:2014:2554).

³⁴ ECLI:ES:TS:2000:2483.

³⁵ Si bien, en el caso concreto de la sentencia, el TS entiende que solo habían transcurrido seis meses desde los enfrentamientos procesales y la acción del acusado estaba muy directamente impulsada por el proceso, por lo que confirma la condena por el delito de represalias (en el caso, conforme al segundo párrafo del artículo 325 bis del anterior Código Penal). Con apoyo en la doctrina jurisprudencial contenida en esta sentencia se llega a un pronunciamiento absolutorio, en cambio, en SAP Cádiz 278/2021, de 25 de noviembre (ECLI:ES:APCA:2021:2860).

6. Las expresiones alusivas al proceso en las amenazas en represalia

En tercer lugar, y cuando el acto atentatorio consiste en amenazas, la literalidad de las expresiones proferidas suele tomarse como indicio de corroboración del ánimo albergado por el sujeto. Frases alusivas a la delación («chivato/a»³⁶) o referencias expresas a la actuación procesal³⁷ sustentan la inferencia de que la agresión respondió precisamente a ese motivo; al tiempo que la ausencia de tales referencias en el contenido de las expresiones sirve como elemento de apoyo para rechazar el ánimo de venganza³⁸.

No obstante, hay resoluciones que aprecian el ánimo de venganza vinculado al proceso aunque en las expresiones amenazantes no se llegara a hacer verbalmente referencia a la actuación procesal³⁹, y otras en que, pese a las referencias expresas al proceso en los mensajes enviados a la víctima, el órgano jurisdiccional niega la existencia del vínculo entre el comportamiento vengativo y la actuación procesal del sujeto pasivo⁴⁰.

IV. ACTUAR EN REPRESALIA: ¿UNA MANIFESTACIÓN DE «DERECHO PENAL DE LA MALA VOLUNTAD»?

Según el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (también denominado principio de ofensividad o de lesividad) como principio limitador del *ius puniendi*, el Derecho penal solo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos, lo que supone que el legislador no

³⁶ SAP Barcelona 605/2022, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APB:2022:10886).

³⁷ SAP Cádiz 160/2024, de 30 de septiembre (ECLI:ES:APCA:2024:1948): las expresiones proferidas son claramente alusivas a la declaración como testigo de la víctima en los procedimientos judiciales. Muy similares, SAP Ávila 98/2018, de 17 de octubre (ECLI:ES:APAV:2018:306), SAP Las Palmas de Gran Canaria 231/2014, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APGC:2014:2554).

³⁸ SAP Barcelona 662/2024, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APB:2024:16458), SAP Cádiz 278/2021, de 21 de noviembre (ECLI:ES:APCA:2021:2860).

³⁹ SAP A Coruña 463/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APAC:2020:2565).

⁴⁰ Así, en la SAP A Coruña 373/2022, de 23 de septiembre (ECLI:ES:APC:2022:2408), en donde los hechos probados recogen que el acusado, tras recibir conocimiento de la denuncia presentada por la víctima, le envió unos mensajes de whatsapp en los que manifestaba: «me denunciaste, tú de que vas hija de puta, quieres guerra, tranquila, pronto tendrás a mi abogado, te voy a quitar a Catalina con orden de alejamiento, si quieres guerra la tendrás, te voy amargar la vida desde dentro o fuera de Chirona, te lo juro...». De mismo modo, en SAP Cáceres 217/2017, de 30 de junio (ECLI:ES:APCC:2017:558), el tribunal sostiene que las conductas agresivas respondieron a motivaciones estrictamente personales y derivadas intrínsecamente del conflicto de sus relaciones con su ex pareja sentimental, a pesar de que la propia sentencia recoge que con las expresiones proferidas el acusado hacía referencia a cantidades que tuvo que asumir como consecuencia de los pleitos que se siguieron contra él en el pasado, como consecuencia de las denuncias en su día interpuestas por la víctima.

está facultado para castigar conductas solo por su inmoralidad, desviación o marginalidad, ni tampoco para castigar conductas ética o moralmente reprobables solo por la mala voluntad o intención del sujeto, si no son lesivas o al menos peligrosas para bienes jurídicos. Esto conecta, así mismo, íntimamente con el principio de responsabilidad por el acto, acción o hecho concreto, como garantía de un «Derecho penal del hecho» frente a un rechazable «Derecho penal de la (mala) voluntad o intención»⁴¹.

Sobre el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el artículo 464 CP se ha sostenido, con carácter general, que se trata de figuras pluriofensivas, encaminadas a proteger de una parte la libertad e indemnidad de las personas, y de otra el bien colectivo y público de la Administración de Justicia⁴². Pero por lo que hace en concreto a la figura del delito de represalias resulta cuestionable en qué medida las conductas incriminadas pueden suponer una forma ataque al adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia.

La jurisprudencia ha sostenido que a través del 464.2 CP se salvaguarda el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia *a posteriori*⁴³, «por vía indirecta, mediante la tutela de la libertad de las personas que ante ella se desenvuelven»⁴⁴, «reforzando la libertad de los individuos que participan en procedimientos insertos en dicha Administración»⁴⁵. Se ha dicho que, aunque el presupuesto de esta modalidad típica es que no se haya visto perturbado el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, su incriminación responde a «la inseguridad que la represalia puede generar en los intervinientes en futuros procesos», quedando así configurada la dinámica típica como un delito de peligro abstracto⁴⁶.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo único que proporciona autonomía dogmática al delito contenido en el artículo 464.2 CP es el motivo por el que se lleva a cabo el hecho («como represalia» por la actuación de la víctima en un procedimiento judicial), que constituye un elemento subjetivo específico⁴⁷. Y tal elemento subjetivo no opera creando un tipo agravado o un delito especial, sino que obliga a apreciar un concurso de delitos entre el de

⁴¹ LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 22 ss.

⁴² BENÍTEZ ORTÚZAR, 1999, p. 105, PALOMO DEL ARCO, 2015, p. 543. En la jurisprudencia reconoce un doble bien jurídico protegido (individual y supraindividual) en los delitos del artículo 464 CP: STS 231/2000, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2000:5691).

⁴³ STS 231/2000, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2000:5691).

⁴⁴ SAP Albacete 543/2022, de 7 de noviembre (ECLI:ES:APAB:2022:860).

⁴⁵ Auto AP Oviedo 665/2023, de 27 de octubre, (ECLI:ES:APO:2023:1480A).

⁴⁶ STS 31/2000, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2000:304), SAP Baleares, 41/2000, de 28 de febrero (ECLI:ES:APIB:2000:620), SAP Barcelona 812/2021, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:15734).

⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2002, p. 198. Refiriéndose al delito contemplado en el párrafo segundo del artículo 325 bis del CP anterior (precedente del actual artículo 464.2 CP) sostenía CANTARERO BAN-

obstruccionismo a la justicia y el correspondiente delito contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes. Como sostiene Martínez-Buján Pérez: «lo que nos indica el artículo 464.2 es que si concurre el móvil de la represalia, entonces hay dos delitos»⁴⁸.

La doctrina ha señalado críticamente que la figura típica hoy contenida en el artículo 464.2 CP se construye técnicamente sobre la base de elevar el móvil de comisión de cualquiera de los atentados enumerados a la categoría de elemento esencial, motor y configurador del tipo⁴⁹. Y la jurisprudencia suele asentar precisamente la especificidad del delito del artículo 464.2 (frente al contemplado en el artículo 464.1 CP) en el ánimo de venganza, como elemento subjetivo que le da autonomía.

Ahora bien, si el móvil de actuación del sujeto alcanza autonomía para dar entrada por sí mismo a un delito independiente de aquel al que indisolublemente acompaña (y cuya ejecución instrumenta precisamente la venganza que se ejerce en el propio ataque), entonces el castigo por ambos delitos supone una flagrante vulneración de la prohibición de *ne bis in idem*. La fundamentación exclusiva del injusto en el móvil del autor conculca, además, los postulados de un Derecho penal del hecho y constituye una manifestación clara de «derecho penal de la mala voluntad».

V. RECAPITULACIÓN

A la vista del resumido análisis efectuado hasta ahora del delito de obstrucción a la justicia previsto en el artículo 464.2 CP puede concluirse que se trata de un tipo penal cuya previsión no solo cuestiona los principios básicos de intervención punitiva, sino que, además, plantea severos problemas de aplicación práctica, cuya solución solo se alcanza con criterios dudosos, variables o escasamente determinados.

Aun así, en el caso que nos ha servido de base para abordar el análisis del tipo penal (crimen de Rociana) ni siquiera se advierten los mínimos requeridos por la doctrina jurisprudencial para estimar concurrente el delito.

En primer lugar, no se identifica en la sentencia de condena qué actuación procesal en concreto, protagonizada por la víctima, habría sido objeto de represalia por el autor, siendo este un requisito imprescindible, en cuan-

DRÉS, p. 117, que «se eleva a la categoría de elemento unificador del delito el ánimo o móvil del sujeto y no los elementos objetivos del tipo» (a pesar de lo cual, esta autora sostenía la utilidad y necesidad del tipo).

⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2002, p. 198.

⁴⁹ MAGALDI, 1987, pp. 610 ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1988, p. 171.

to que solo ahí residiría el potencial de afectación a la Administración de Justicia como bien jurídico protegido. Esto es: no es suficiente con un ataque perpetrado contra quien ostente alguna de las posiciones procesales que el tipo menciona, sino que se requiere que el ataque constituya una represalia «por su actuación» en el procedimiento judicial. En el caso concreto, y si atendemos a los datos que constan en la originaria sentencia de condena del asesino del padre (cuya muerte vengó el menor de edad)⁵⁰, resulta que, según se consigna en los hechos probados, el acusado, tras efectuar el disparo que acabó con la muerte del progenitor del menor, llamó por teléfono a su hijo (el del autor del asesinato), a quien contó lo sucedido y este a la Guardia Civil que se personó en la finca y a quienes el sujeto relató lo ocurrido y el lugar donde se encontraba el cadáver, favoreciendo así el descubrimiento de los hechos. La propia sentencia consigna, en relación con la intervención del sujeto, que el hecho delictivo base –muerte violenta de la víctima– en cuanto a su efectiva causación violenta por el uso de un arma de fuego, grado de ejecución y forma de participación «ha resultado, en su vertiente objetiva, admitidos por el propio acusado», así como que el acusado favoreció el descubrimiento de los hechos relatando a los agentes de la Guardia Civil lo ocurrido, al haber permanecido en las inmediaciones de su parcela hasta que se personaron los agentes.

En consecuencia, resulta objetivamente inverosímil que lo vengado en este caso hubiera sido la actuación de la víctima en el procedimiento judicial del que derivó la condena por el asesinato del padre del menor.

Estos datos, unidos al tiempo transcurrido entre la actuación procesal y el acto de agresión⁵¹, solo permiten concluir que el móvil de venganza del menor estuvo única y estrictamente vinculado al hecho originario que dio lugar al proceso (asesinato del padre), pero de ninguna manera con actuación procesal alguna. De hecho, la sentencia del Juzgado de Menores afirma que el menor actuó «en venganza *por la muerte* de su progenitor», lo que debería ser suficiente para refutar de plano la aplicación del delito de represalia en este caso concreto.

⁵⁰ SAP Huelva 23/2023, de 1 de marzo (ECLI:ES:APH:2023:2).

⁵¹ Téngase en cuenta que la sentencia de condena en primera instancia por el asesinato del padre es de 1 de marzo de 2023, y el ataque por parte del menor se produce el 29 de febrero de 2024 (después, por cierto, de la confirmación de la condena del asesinato del padre en apelación por el TSJ, en Sentencia de 11 de octubre de 2023, ECLI:ES:TSJAND:2023:6874).

BIBLIOGRAFÍA

- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.: De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, Madrid, 1999.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: *Artículo 464*, en Comentarios al Código Penal, tomo II, Valencia, 2025, pp. 2850-2853.
- CANTARERO BANDRÉS, Rocío: Administración de Justicia y obstruccionismo judicial, Valladolid, 1995.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995*, en Delitos contra la administración de justicia, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1997.
- GOYENA HUERTA, Jaime: *Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional*, en Los delitos contra la Administración de Justicia, Navarra, 2002, pp. 241-295.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 4.^a ed., Valencia, 2025.
- MAGALDI, María José: *El delito contra la libertad de las partes: aspectos críticos*, Cuadernos de Política Criminal, 33, 1987, pp. 589-617.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: *Algunos aspectos de los delitos previstos en el artículo 325 bis del Código Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, pp. 157-180.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Responsabilidad penal de los peritos*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIII, 2002, pp. 175-214.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés: *Artículo 464 CP*, en Comentarios Prácticos al Código Penal, T. V, Navarra, 2015, pp. 543-550.
- PÉREZ ARIAS, Jacinto: *Delitos contra la libertad de los sujetos intervinientes en el proceso y de represalias*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 115, Época II, 2015, pp. 201-230.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Artículo 464*, en Comentarios al Código penal español, tomo II, 8.^a ed., Madrid, 2024, pp. 1546-1548.

18. EL TRABAJO EN PLATAFORMAS: EL ARTÍCULO 311.2.º DEL CÓDIGO PENAL, LA DIRECTIVA 2024/2831 Y SUS PRECEDENTES

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho del Trabajo de la UNED (s.e.)

I. LA «HUIDA» DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL CONTRATO DE TRABAJO: UNA CONSTANTE HISTÓRICA

El intento de «huida» de la aplicación del Derecho del Trabajo, y especialmente de la figura del contrato de trabajo, ha sido una constante histórica que siempre ha acompañado a este sector del ordenamiento y a su evolución.

Lo anterior se ha manifestado tradicionalmente con especial intensidad en determinadas actividades y profesiones, como, por ejemplo, la de los abogados integrados en despachos. También ocurrió en su día, como recordaremos a continuación, con los mensajeros con vehículo propio. Y, más recientemente, ha ocurrido –y ocurre– con el trabajo en plataformas, en el que se centra el presente artículo, que es mi contribución al libro homenaje de mi admirado Enrique Peñaranda y que no tiene otro propósito que dar cuenta descriptivamente, en particular, del vigente artículo 311.2.º del Código Penal y de la Directiva 2024/2831.

La novedad del trabajo en plataformas radica en sus dimensiones cuantitativas y cualitativas que le dan un protagonismo y una sobresaliente centralidad en la economía de nuestro tiempo.

II. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA STS 805/2020, 25 SEPTIEMBRE 2020 (RCUD 4746/2019)

De conformidad con el vigente artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, ET), el ET es de aplicación a las personas trabajadoras que «voluntariamente» presten sus servicios «retribuidos» por «cuenta ajena» y dentro del «ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.»

La verdad es que esta definición de contrato de trabajo ha mostrado una gran ductilidad y capacidad de adaptación a la cambiante realidad empresarial y económica. De ello fue ejemplar muestra en su día la importante STS (4.ª) de 26 de febrero de 1986, dictada en el señalado caso de los mensajeros con vehículo propio, sin que esté demás recordar adicionalmente aquí el párrafo segundo del artículo 1.3 g) ET.

Más recientemente, ha sido igualmente importante la STS (4.ª) 805/2020, de 25 septiembre (rcud 4746/2019), dictada en un caso de repartidores de plataformas (*riders*).

En lo que aquí interesa mencionar, la STS 805/2020 señala que la empresa titular de la plataforma:

«no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que (la empresa) establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por la empresa. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. (Ha) ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los

clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral.»

Y prosigue la 805/2020 afirmando que «para prestar estos servicios (la empresa) se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos. Además (la empresa) disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador. A través de la plataforma digital, (la empresa) lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto, por lo que este Tribunal debe concluir que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada previstas en el artículo 1.1 del ET...»

El posterior ATS (4.^a) 18 de mayo de 2021, aclarado por el ATS de 15 de junio de 2021 (rcud 1618/2020), respecto de una demanda de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la empresa, ha reafirmado que los *riders* que prestan servicios en la plataforma demandada tiene una relación laboral con esa empresa.

III. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOTERCERA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La disposición adicional vigesimotercera ET fue introducida por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre (proveniente del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo), por la que se modifica el ET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

El preámbulo de la Ley 12/2021 cita ampliamente la recién mencionada STS 805/2020, 25 septiembre 2020 (rcud 4746/2019). También se refiere a la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La Ley 12/2021 fue fruto del diálogo social.

El texto de la disposición adicional vigesimotercera ET es el siguiente:

«Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1 (ET), se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.»

«Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.»

En consecuencia, el concepto de persona trabajadora no está ya solo en el artículo 1.1 ET, sino también, tras la Ley 12/2021, en la disposición adicional vigesimotercera 23 ET.

Por otra parte, la Ley 12/2021 añadió una nueva e importante letra d) al artículo 64.4 ET (derechos de información del comité de empresa), que va más allá del trabajo en plataformas, con el siguiente contenido:

«d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.»

IV. LA SUPRESIÓN DE LA LETRA D) DEL ARTÍCULO 148 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL (PROCEDIMIENTO DE OFICIO)

La letra d) del artículo 148 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (letra actualmente suprimida) establecía que el proceso podría iniciarse de oficio como consecuencia:

«d) De las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.»

La letra d) del artículo 148 LRJS fue suprimida por la disposición final novena de la Ley 3/2023, 28 febrero, de Empleo.

El caso es que «tras la referida reforma legislativa, la autoridad laboral no podrá acudir al procedimiento de oficio ante la jurisdicción social ni siquiera en los casos en los que el afectado hubiera impugnado el acto de encuadramiento mediante alegaciones o pruebas que permitieran cuestionar la naturaleza laboral de la relación» (AATS, Sala Conflictos de Competencia, 25 de abril de 2023, cc 21/2022, y 3 octubre 2023, cc 7/2023).

Otro ejemplo de la vuelta al orden contencioso-administrativo es el artículo 16.5 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero.

El preámbulo del citado Real Decreto-ley 1/2023 explica que las modificaciones introducidas en el artículo 16 LGSS, al igual que las de los artículos 138 y 139 LGSS, se realizan «a fin de incorporar en dichos preceptos las facultades de revisión de oficio que corresponden a la Administración de la Seguridad Social en materia de actos de encuadramiento ante incumplimientos de las prescripciones legales aplicables al respecto», añadiendo que «esta nueva regulación evita que la impugnación de los actos de encuadramiento sea trasladada a la Jurisdicción Social y se mantenga en la Jurisdicción competente para conocer de esta materia, la Contencioso-Administrativa. Esta medida en ningún caso altera el derecho de empresarios y trabajadores a la tutela judicial efectiva ya que los actos que, en este sentido, se dicten por la Administración Pública podrán ser objeto de impugnación ante la referida Jurisdicción.»

V. EL ARTÍCULO 311.2.º DEL CÓDIGO PENAL

Llegamos así al vigente artículo 311.2.º del Código Penal, de conformidad con el cual serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses «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.»

La previsión se añadió al Código Penal por el artículo 1.9 de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

El preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022 lo justifica así:

«El delito recogido en el artículo 311 del Código Penal ha sido definido por la jurisprudencia como ‘el tipo central del Derecho Penal del trabajo’ y ‘núcleo esencial de la tutela penal del trabajador’. Protege las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral, un bien jurídico de innegable

dimensión colectiva. El precepto está concebido para garantizar la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de aquellas conductas que atenten de forma más grave contra los derechos y condiciones laborales de las personas trabajadoras.

La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.

El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal.

Por un lado, 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; conductas que no pudieron ser previstas por el legislador de 1995 pero que no puede desconocer el de 2022. Por otro lado, 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.

El sistema penal no puede eludir sus obligaciones en materia de protección de estos derechos, colectivos e irrenunciables, frente a los ataques más graves y por ello se propone la introducción de un nuevo numeral 2.º en el artículo 311. Se trata de un tipo especial, que acota el ámbito de la autoría a aquellos que violan los derechos de las personas trabajadoras; de resultado lesivo, eludiendo así el expansionismo punitivo y de medios tasados, que acota el *modus operandi* a la utilización espuria de un contrato o a la desatención del llamamiento a adecuarse a la legalidad que se le ha hecho mediante requerimiento o sanción al infractor o infractora.»

VI. LA DIRECTIVA 2024/2831

Llegamos también así a la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (Texto pertinente a efectos del EEE)(Directiva 2024/2831).

La Directiva 2024/2831, de larguísima y muy compleja gestación, y cuyo plazo de transposición vence el 2 de diciembre de 2026, ha venido precedida de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE) de la aquí interesa mencionar dos resoluciones.

En primer lugar, la STJUE 20 de diciembre de 2017 (C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi), que llega a las siguientes conclusiones:

«El servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.

Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de ‘servicio de la sociedad de la información’, en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, sino a la de ‘servicio en el ámbito de los transportes’, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123.»

Y, en segundo lugar, el auto TJUE 22 de abril de 2020 (C-692/19, Yodel), que alcanza las siguientes conclusiones:

«La Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que excluye de ser considerado ‘trabajador’ a los efectos de dicha directiva, a una persona contratada por su posible empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente, si esa persona dispone de facultades: de utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar; aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas; proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo; y fijar sus propias horas de ‘trabajo’ dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador.»

El auto establece dos salvedades: «que la independencia de esa persona no parezca ficticia; y que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador», declarando —como viene haciendo el Tribunal de Justicia— que corresponde al tribunal remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa persona y con la actividad económica que realiza, calificar la situación profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88.

El artículo 5 de la Directiva 2024/2831 establece la siguiente «presunción legal»:

«1. Se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control, de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de que la plataforma digital de trabajo pretenda refutar la presunción legal, corresponderá a la plataforma probar que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral tal como se define en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2. A los efectos del apartado 1, los Estados miembros establecerán una presunción legal eficaz y refutable de una relación laboral que constituya una facilidad procesal en beneficio de las personas que realizan trabajo en plataformas. Además, los Estados miembros garantizarán que la presunción legal no resulte en aumentar la carga de requisitos sobre dichas personas o sus representantes en el marco de los procedimientos para determinar su situación laboral correcta.

3. La presunción legal que se dispone en el presente artículo se aplicará en todos los procedimientos administrativos o judiciales pertinentes cuando se dirima la determinación de la situación laboral correcta de la persona que realiza trabajo en plataformas. La presunción legal no se aplicará a los procedimientos relacionados con cuestiones fiscales, penales o de seguridad social. No obstante, los Estados miembros podrán aplicarla en dichos procedimientos con arreglo al Derecho nacional.

4. Las personas que realizan trabajo en plataformas y, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, sus representantes, tendrán derecho a iniciar el procedimiento a que se refiere el apartado 3, párrafo primero, para determinar la situación laboral correcta de la persona que realiza trabajo en plataformas.

5. Cuando una autoridad nacional competente considere que una persona que realiza trabajo en plataformas pudiera haber sido clasificada erróneamente, iniciará las acciones o procedimientos adecuados, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, con el fin de determinar su situación laboral.

6. Por lo que respecta a las relaciones contractuales celebradas antes del 2 de diciembre de 2026, y que estén vigentes en esa fecha, la presunción legal que se dispone en el presente artículo se aplicará únicamente al período que comience a partir de esa fecha.»

Otras previsiones de la Directiva 2024/2831 que interesa mencionar aquí son las que a continuación se exponen.

La Directiva 2024/2831 diferencia en sus definiciones entre la «persona que realiza trabajo en plataformas», que es toda persona física que realice trabajo en plataformas, con independencia de la naturaleza de la relación contractual o de la denominación de dicha relación por las partes implicadas, y el «trabajador de plataformas», que es toda persona que realice trabajo en plataformas que «tenga un contrato de trabajo o se considere que tiene una relación laboral» tal como se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (artículo 1 c) y 1 d).

Por su parte, el artículo 4 de la Directiva 2024/2831, con el expreso título de «Determinación de la situación laboral correcta», establece lo siguiente.

«1. Los Estados miembros dispondrán de procedimientos adecuados y eficaces para verificar y garantizar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas, con vistas a determinar la existencia de una relación laboral tal como se define en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, también mediante la aplicación de la presunción legal de relación laboral con arreglo al artículo 5.

2. La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la realización real del trabajo, incluida la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones en la organización del trabajo en plataformas, independientemente de cómo se denomine la relación en cualquier estipulación contractual que puedan haber convenido las partes implicadas.

3. Cuando se establezca la existencia de una relación laboral, deberá identificarse claramente a la parte o las partes responsables de las obligaciones del empleador de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales.»

Muy importante es el capítulo III de la Directiva 2024/2831 sobre «gestión algorítmica» y que incorpora los artículos 7 («Limitaciones al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de seguimiento o sistemas automatizados de toma de decisiones»); 8 («Evaluación de impacto relativa a la protección de datos»); 9 («Transparencia en relación con los sistemas automatizados de seguimiento y con los sistemas automatizados de toma de decisiones»); 10 («Supervisión por humanos de los sistemas automatizados de seguimiento y de los sistemas automatizados de toma de decisiones»); 11 («Revisión por humanos»); 12 («Seguridad y salud»); 13 («Información y consulta»); 14 («Información a los trabajadores»); y 15 («Disposiciones espe-

cíficas para los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas distintos de los representantes de los trabajadores de plataformas»).

Por su parte, el capítulo IV de la Directiva 2024/2831 se dedica a la «transparencia en relación con el trabajo en plataformas.»

Respecto del capítulo V de la Directiva 2024/2831, sobre «vías de reparación y cumplimiento efectivo», mencionamos los artículos 22 («Protección contra el trato o las consecuencias desfavorables») y 23 («protección contra el despido»).

En su capítulo VI, sobre «disposiciones finales», la Directiva 2024/2831 incorpora previsiones sobre la «promoción de la negociación colectiva en el trabajo en plataformas» (artículo 25) y una «cláusula de no regresión y disposiciones más favorables» (artículo 26).

Termino este descriptivo y breve artículo reproduciendo algunos elocuentes considerandos de la Directiva 2024/2831.

(6) «El trabajo en plataformas puede provocar la imprevisibilidad de las horas de trabajo y puede difuminar los límites entre una relación laboral y una actividad por cuenta propia así como las responsabilidades de los empleadores y las de los trabajadores. La clasificación errónea de la situación laboral tiene consecuencias para las personas afectadas, pues es probable que restrinja su acceso a los derechos laborales y sociales vigentes. También genera desigualdad de condiciones con respecto a las empresas que clasifican correctamente a sus trabajadores, y tiene implicaciones para los sistemas de relaciones laborales, la base imponible, y la cobertura y sostenibilidad de los sistemas de protección social de los Estados miembros.»

(7) «Los casos judiciales en varios Estados miembros han puesto de manifiesto la persistencia de la clasificación errónea de la situación laboral en ciertos tipos de trabajo en plataformas, en particular en sectores donde las plataformas digitales de trabajo ejercen cierto grado de dirección y control. Aunque las plataformas digitales de trabajo suelen clasificar a las personas que trabajan a través de ellas como trabajadores por cuenta propia o ‘contratistas independientes’», muchos órganos jurisdiccionales han constatado que, de hecho, ejercen sobre esas personas dirección y control, y a menudo las integran en sus principales actividades empresariales. Por lo tanto, han reclasificado a los presuntos trabajadores por cuenta propia como trabajadores por cuenta ajena de las plataformas.»

(8) «Los sistemas automatizados de supervisión y los sistemas automatizados de toma de decisiones alimentados por algoritmos asumen cada vez con mayor frecuencia funciones que los gestores suelen desempeñar en las empresas, como la asignación de tareas, la fijación del precio de las tareas individuales asignadas, la determinación de los horarios de trabajo, la formulación de instrucciones, la evaluación del trabajo realizado, la concesión de incentivos o la aplicación de trato desfavorable. En particular, las plataformas digitales de trabajo utilizan esos sistemas de algoritmos como método estándar para organizar y gestionar el trabajo en plataformas a través de sus infraestructuras. Las personas que realizan trabajo en

plataformas y que están sujetas a esa gestión algorítmica a menudo no tienen acceso a la información sobre el funcionamiento de los algoritmos, los datos personales que utilizan o la manera en que el comportamiento de dichas personas afecta a las decisiones adoptadas por los sistemas automatizados. Además, los representantes de los trabajadores, otros representantes de personas que realizan trabajo en plataformas, los servicios de inspección de trabajo y otras autoridades competentes no tienen acceso a dicha información. Además, las personas que realizan trabajo en plataformas desconocen con frecuencia las razones de las decisiones adoptadas o apoyadas por sistemas automatizados y no pueden recibir una explicación de esas decisiones ni hablar al respecto con una persona de contacto, impugnar dichas decisiones ni solicitar una rectificación o, si procede, una reparación.»

(13) «La Comisión ha realizado una consulta en dos fases a los interlocutores sociales, de conformidad con el artículo 154 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas. Esta consulta no ha dado lugar a ningún acuerdo entre los interlocutores sociales para entablar negociaciones sobre estas cuestiones.»

(25) «A fin de combatir los falsos trabajadores por cuenta propia en el trabajo en plataformas y facilitar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas, los Estados miembros deben aplicar procedimientos adecuados para prevenir y abordar la clasificación errónea de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas. El objetivo de esos procedimientos debe ser determinar la existencia de una relación laboral tal como se define en el Derecho, en los convenios colectivos o en las prácticas nacionales teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y garantizar por lo tanto que los trabajadores de plataformas gocen plenamente de los mismos derechos laborales que otros trabajadores de conformidad con el Derecho de la Unión, el Derecho nacional y los convenios colectivos pertinentes. Cuando la existencia de una relación laboral se establezca sobre una base fáctica, la parte o las partes responsables del cumplimiento de las obligaciones de los empleadores deben estar claramente identificadas y deben cumplir las correspondientes obligaciones de los empleadores en virtud del Derecho de la Unión, el Derecho nacional y de los convenios colectivos aplicables en el sector de actividad.»

(28) «El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia, ya sea a nivel nacional o en situaciones transfronterizas, constituye una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral. Una declaración falsa de trabajo por cuenta propia se realiza a menudo para evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales o crear una ventaja competitiva respecto de las empresas que sí respetan la ley. En varias sentencias [...], el Tribunal de Justicia ha declarado que la consideración como ‘trabajador por cuenta propia’ con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser considerada como ‘trabajador’ a efectos del Derecho de la Unión si la independencia de dicha persona solo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral por cuenta ajena.»

**19. CORRUPCIÓN, FRAUDE FISCAL Y BLANQUEO:
REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL «CASO LA MUELA»
(STS 1002/2021, DE 17 DE DICIEMBRE)**

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

El conocido como «caso La Muela» fue considerado una de las mayores tramas de corrupción de Aragón. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza 291/2016, de 23 de septiembre, condenó a 28 de los 40 acusados por varios delitos contra la Administración Pública. Entre ellos figuraba la exalcaldesa del municipio a quien se acusaba de varios delitos; en concreto, delito continuado de prevaricación administrativa, delito continuado de cohecho pasivo, delito de blanqueo de capitales, delito de tráfico de influencias, delito continuado de malversación de caudales, delito contra la Hacienda Pública, cooperadora necesaria en un delito contra la Hacienda Pública, delito de fraude de subvenciones y un delito de fraude y exacciones ilegales. Dicha resolución fue recurrida en casación y el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso; en su sentencia 213/2018, de 7 de mayo, declaró la nulidad del juicio al considerar que se vulneró el derecho de defensa por no aceptarse injustificadamente la renuncia del abogado de-

fensor. Este hecho motivó la nulidad del juicio respecto de esta acusada y, por ello, se ordenó la repetición del mismo.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza volvió a pronunciarse sobre el asunto y la sentencia 227/2019, de 25 de junio, consideró que es responsable de diversos delitos¹, cuyas penas suman un total de dieciséis años y un mes, 8.454.546 € de multa, cincuenta y siete años de inhabilitación para empleo o cargo público y trece de privación de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Se decreta, además, el decomiso del dinero, cuatro lingotes de oro y varios inmuebles. En concepto de responsabilidad civil respondió solidariamente por un importe de 176.219,96 € en favor de la Hacienda Pública. También debía abonar una indemnización de 321.853.14 € a dicho ente. Y, por último, de forma conjunta y solidaria había de indemnizar al Ayuntamiento de La Muela por un importe total de 1.300.000 €. Esta sentencia vuelve a ser recurrida en casación y el Tribunal Supremo, en la sentencia 1002/2021, de 17 de diciembre, rebaja las penas² al entender que procede la absolución por los delitos de tráfico de influencias y fraude de subvenciones.

Desde luego, son muchos los problemas que plantea esta decisión; no obstante, a pesar del interés que suscitan, no pueden tratarse en esta sede con el detenimiento que requieren. Antes, al contrario, hemos creído oportuno seleccionar algunas cuestiones. La primera está relacionada con la tributación de las ganancias ilícitamente obtenidas y la responsabilidad penal por la posterior legitimación de estas. La segunda, menos tratada, se refiere a si la entrega de dinero no declarado puede merecer la calificación de cooperación necesaria en un delito fiscal ajeno. La elección de este último aspecto obedece al deseo de

¹ En concreto, le impone las penas de 3 años de prisión y multa de 3.000.000 € por un delito continuado de cohecho pasivo, a dos años de prisión y multa de idéntico importe por un delito continuado de blanqueo de capitales, dieciocho meses de prisión y multa de 200.000 € como cooperadora necesaria de un delito contra la Hacienda Pública, dieciocho meses de prisión y multa de 321.000 € por un delito contra la Hacienda Pública, dos años de prisión y multa de 433.000 € por un delito de fraude de subvenciones, nueve meses de prisión y multa de 1.500.000 € por un delito de tráfico de influencias, veintidós meses de prisión y multa de tres meses y un día con una cuota diaria de seis € por un delito continuado de malversación de caudales públicos, dos años y un día de prisión por un delito continuado de fraude a la Administración. Todos ellos acompañados de la inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, además de la imposibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un período total de trece años. Finalmente, se le impusieron once años de inhabilitación para empleo o cargo público por un delito continuado de prevaricación administrativa y ocho más por otro delito de prevaricación.

² En efecto, se condenó a once años y cuatro meses de privación de libertad, más una multa de 6.500.000 €, 56 años y 6 meses de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público y 13 y, por último, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un período de 13 años.

rendir homenaje al Prof. Enrique Peñaranda que, como es sabido, es un referente en materia de participación en el delito desde que, en 1990, publicara su conocido trabajo *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*³.

II. LA TRIBUTACIÓN DE LOS BIENES ILÍCITAMENTE OBTENIDOS

Como es sabido, a diferencia de otros países⁴, no existe una previsión legal expresa acerca del régimen tributario de las ganancias ilícitas. A pesar de que no se trata de una cuestión pacífica⁵, la jurisprudencia admite esa posibilidad. El principal argumento que se esgrime es el principio de igualdad, al considerarse que no gravar tales incrementos patrimoniales supondría una discriminación injustificada y un trato fiscal más favorable a quien viola el derecho que a quien lo respeta. De cita obligada, por el parecido con el caso que motiva estas consideraciones, resulta la STS 1493/1999, de 21 de diciembre (*Caso Roldán*). En ella se afirma que entre los delitos de los que proceden las ganancias ilícitas –malversación, cohecho y estafa– y la ulterior defraudación no existe una unidad de acción, ni natural, ni jurídica, que permita estimar la existencia de un concurso de normas. Se trata, por el contrario de actos independientes y separados que, además, afectan a distintos bienes jurídicos. Y, por similares motivos, tampoco se considera vulnerado el principio *non bis in idem*, al afirmar que «no nos encontramos ante una única acción doblemente sancionada sino ante una actividad delictiva plural en la que la sanción de alguna de las conductas no absorbe todo el desvalor y reproche que la totalidad de la conducta merece».

Un criterio matizado se sostiene en una ocasión posterior. En efecto, la STS 20/2001, de 28 de marzo (*Caso Urralburu*), comienza afirmando que la compatibilidad entre los delitos que generan beneficios económicos y la defraudación fiscal. Ahora bien, en el supuesto concreto, esos incrementos patrimoniales proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo –cohecho–

³ PEÑARANDA RAMOS, 1990.

⁴ A modo de ejemplo, puede citarse Estados Unidos. La Decimosexta enmienda a la Constitución americana dispone que «el Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratarlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento». También en Alemania e Italia la ley se pronuncia expresamente sobre este extremo.

⁵ Sobre tal aspecto puede verse, entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, *La Ley*, 2001, p. 1478 a 1487; CHOCLÁN MONTALVO, 2001; RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Revista de Derecho Financiero*, 2002, p. 577 a 640; HERRERA MOLINA, 2003; GALARZA, 2005; RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009; MALLADA FERNÁNDEZ, 2012; LÚGARO APONTE, 2014.

que también es objeto de condena. La conclusión a la que se llega es que, si la condena por el delito precedente incluye el decomiso de todas las ganancias, habrá que apreciar la existencia de un concurso de normas. Eso sí, para llegar a tal solución, se exige la concurrencia de tres requisitos. En primer lugar, que los ingresos que generan el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior, por lo que si éstos han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias quedará expedita la vía del concurso de infracciones. La segunda condición consiste en que el delito fuente sea efectivamente condenado pudiendo, por tanto, subsistir la responsabilidad penal por la conducta defraudatoria cuando no recaiga sentencia por la primera infracción debido a prescripción, insuficiencia probatoria o cualquier otra causa. Por último, la condena por el delito antecedente debe incluir el decomiso de todos los beneficios o, en su caso, la devolución de lo indebidamente obtenido en concepto de responsabilidad civil. A la vista del razonamiento que fundamenta esta posición, resulta obligado concluir que existe un deber de tributar por las rentas de origen delictivo, aun cuando en el caso concreto el respeto al principio *non bis in idem* impida el castigo del fraude fiscal por considerar que el desvalor que supone queda absorbido por la infracción de la que los bienes proceden. No es este, sin embargo, la postura que se adopta en el caso que venimos comentando.

Según consta en el relato de hechos probados, la entonces alcaldesa y algunos de sus familiares recibieron, durante un período de nueve años, dinero, regalos, pagos de viajes y la asunción de otros gastos, todo ello en agradecimiento a los favores hechos a un coimputado que también fue condenado. La cuantía total de lo indebidamente obtenido asciende a 3.771.846€. El delito continuado de cohecho mereció una pena de tres años de prisión, multa de 3.000.000€ e inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público por tiempo de ocho años, además del decomiso de todos los bienes. También quedó acreditado que en el año 2005 tuvo ingresos procedentes de la percepción indebida de dádivas, así como de la venta de las participaciones de una empresa. La cuota defraudada en dicho período fue de 321.853,14 euros, lo que le supuso una condena de dieciocho meses de prisión, multa de 321.000€ y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante ocho años. Además, como responsabilidad civil, debió indemnizar a la Hacienda Pública por el importe de 321.853.14€.

Vemos, pues, que a las penas por el delito que genera los bienes se le suman las correspondientes al fraude fiscal. Se produce, por tanto, un apartamiento del criterio anteriormente mantenido y al que acaba de hacerse referencia. No quedan claras, sin embargo, las razones que motivan este proceder ya

que la cuota defraudada procede directa e inmediatamente del delito de cohecho, este ha sido castigado y se ha decretado, asimismo, el decomiso de los bienes. Tal vez, y ello no es más que una conjetura, la acumulación de sanciones se explique con base en que, en este caso, algunos de los bienes ilícitamente obtenidos han sido transformados en otros. De ser así, resulta ineludible hacer una referencia a la compatibilidad con, el también apreciado, delito de blanqueo de capitales.

En efecto, de los 3.771.846€ derivados de las actividades ilícitas se estima que 3.495.226,14 fueron introducidos en el circuito financiero mediante la adquisición de inmuebles, vehículos, constitución de depósitos financieros, ingresos en cuentas bancarias y pagos en general. El Tribunal Supremo infiere el ánimo de ocultar o encubrir el origen delictivo de los mismos del hecho de que algunas cantidades fueron ingresadas en cuentas de familiares o en la adquisición de vehículos u otros bienes a nombre de estos que también fueron considerados autores de un delito de blanqueo. Apartándose del entendimiento que considera que «los delitos de blanqueo de capitales están tipificados como tipos que incluyen conceptos globales, actividades plurales que obligan a considerar forzosamente integrados en un único delito, una pluralidad de conductas homogéneas»⁶, se aprecia un delito continuado de blanqueo que mereció una pena privativa de libertad de dos años, a la que hay que sumar una multa de 3.000.000€, más la inhabilitación especial para empleo o cargo público por un período de ocho años, consecuencias que se agregan al resto de las impuestas.

Tenemos, por tanto, que, a juicio del tribunal, obtener ilícitamente unos bienes, no tributar por ellos y transformarlos en otros merece un triple reproche penal. Dejando a un lado la posibilidad de que los rendimientos lícitos que deriven de actividades lícitas, pero financiadas con fondos procedentes de actividades delictivas, cuya tributación, en principio, no plantea problemas⁷, lo cierto es que el desbordado concepto de blanqueo adoptado en el artículo 301.1 del Código Penal genera serias dudas acerca de la admisión de esta solución. A nuestro modo de ver, además de la dificultad práctica que supone delimitar la fase de agotamiento del delito de aquellos otros actos que pueden considerarse constitutivos de un delito de blanqueo⁸, encierra cierta dosis de contradicción imponer una pena a un sujeto por realizar cualquier acto que involucre bienes de origen delictivo –incluso, recordemos, en algunos casos poseer o utilizar éstos– y, simultáneamente, obligarle a tributar por ellos. Creemos, aun-

⁶ STS 30/2019, de 20 de enero y, en el mismo sentido, la STS 567/2020, de 14 de octubre.

⁷ CHOCLÁN MONTALVO, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. Derecho penal económico, 2001, p. 21 a 98. En igual sentido, MALLADA FERNÁNDEZ, 2012, p. 180 y 181.

⁸ Como así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo en la sentencia 884/2012, de 8 de noviembre.

que no se trata más que de una opinión, que el ordenamiento debiera evitar tales incongruencias sistemáticas. Pero es que, además, difícilmente puede compartirse la solución a la que se llega si se toma en consideración que la estimación de un concurso de delitos supone una innegable afección a los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*.

No desconocemos que el artículo 31.1 de la Constitución garantiza los principios de justicia, igualdad y capacidad de pago y, como se recordará, el agravio comparativo que supondría no sujetar a tributación las rentas ilícitas ha sido el principal argumento empleado. Ahora bien, como señala Ruiz de Erenchun Arteche, no se trata de situaciones idénticas⁹. Antes, al contrario, quien adquiere bienes a través de la comisión de delitos se ve expuesto a ser desposeído de éstos, bien como consecuencia del abono de la responsabilidad civil derivada del delito, bien en concepto de decomiso que, no olvidemos, en muchos casos y bajo determinados presupuestos, puede suponer la ampliación a todos aquellos bienes que integran el patrimonio del sujeto y cuya procedencia lícita no se pueda demostrar, razón que permite discutir su capacidad económica¹⁰.

III. LA COOPERACIÓN NECESARIA EN EL DELITO FISCAL

Se considera probado que la exalcaldesa, junto a su marido, compraron a Inmuebles el Raso, S. L., ocho plazas de aparcamiento y un local. El precio real de la compraventa fue de 1.288.570€, aunque el que figura en la escritura es sensiblemente menor, ya que se entregaron 663.113€ que no se declararon. La cuota defraudada es de 129.317,59€, a los que se le suman los 46.902,40€ que la Agencia Tributaria devolvió a la mercantil como consecuencia de la declaración presentada en plazo por los administradores de la mercantil. Por estos hechos ambos sujetos fueron condenados como cooperadores necesarios en la defraudación del impuesto de sociedades. La pena que por esta intervención les correspondió fue de dieciocho meses de privación de libertad, multa de 200.000€ y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años. En concepto de responsabilidad civil debieron abonar la cantidad de 176.219,96€ solidaria y subsidiariamente con la mercantil obligada tributaria del impuesto de Sociedades.

⁹ RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, Revista de Derecho Financiero, 2002, p. 577 ss.

¹⁰ Al respecto, puede verse, RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, Revista Aranzadi Doctrinal, 2009, p. 5.

Como es sabido, el fraude fiscal, exige una previa relación tributaria. Esta configuración ha hecho que se discuta si estamos ante un delito especial ¹¹ o, por el contrario, cualquier persona que se encuentre en condiciones fácticas de defraudar puede ser sujeto activo del mismo ¹². El Tribunal Supremo se ha manifestado a favor de la primera opción al considerar que estamos ante un delito especial propio «en el que el sujeto activo se corresponde con el sujeto pasivo de la obligación tributaria» ¹³. Ahora bien, como reconoce Ferré Olivé, la caracterización como delito especial no excluye la posibilidad de admitir otras formas de participación que, en virtud del principio de accesoriedad limitada ¹⁴, requiere que el autor realice una conducta típica y antijurídica ¹⁵. De hecho, no faltan ejemplos que así lo atestiguan ¹⁶.

Pues bien, en el caso concreto, la SAP afirma que «lo relevante es que si se paga «en negro», o con dinero que no se hace constar en la escritura pública, tanto el comprador como el vendedor conocen que eso tiene la finalidad de que tal dinero no se declare a la Hacienda Pública por quien lo recibe, cosa que por evidente no necesita mayor explicación, derivando de lo expuesto en este caso la participación de la acusado, junto a su esposo, en la comisión del delito». Por ello, para el TS «es claro que el pago de una cantidad que no se hace figurar en la documentación del negocio que lo justifica facilita el receptor la ocultación de la misma a la Hacienda Pública. También lo es que la ocultación de esa cantidad tiene como finalidad propia y característica, con una alta probabilidad, la elusión del pago del impuesto correspondiente. Si esa cantidad es suficiente, por sí misma, para dar lugar a una probable defraudación a la Hacienda Pública a través de su mera ocultación, y aprovechando la misma defraudación tiene lugar, ha de apreciarse la concurrencia de dolo eventual en quien hace la entrega, de forma que la conducta ha de calificarse como cooperación necesaria a aquella». Se acepta, en consecuencia, que sin esa colaboración el hecho no se hubiera producido. Y es precisamente, esta concepción lo que, según entendemos, debe matizarse.

En primer lugar, en relación con el elemento subjetivo que requiere toda forma de participación y que exige, como es sabido, que el sujeto quiera contribuir en el delito ajeno con un hecho sin el cual este no se produciría. De este modo, que con una alta probabilidad pueda representarse que el dinero entre-

¹¹ Así lo han mantenido, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2023, p. 801. En idéntico sentido, FERRÉ OLIVÉ, 2025, p. 1675.

¹² Por todos, BOIX REIG y MIRA BENAVENT, 2000, p. 51.

¹³ STS 974/2012, de 5 de diciembre.

¹⁴ Sobre el tema, véase por todos, PEÑARANDA RAMOS, 1990.

¹⁵ FERRÉ OLIVÉ, 2025, p. 1681.

¹⁶ Verbigracia, las SSTs 774/2005, de 2 de junio o 290/2018, de 14 de junio.

gado no va a ser declarado a la Hacienda Pública no ha de significar necesariamente la voluntad de participar en la eventual defraudación. Identificar ambos extremos implica la asunción de postulados *versaristas* o la responsabilidad por hecho de otro, en cualquiera caso muy alejada de una concepción subjetiva de la culpabilidad. Desde la perspectiva inversa, el mismo razonamiento llevaría a considerar a quien recibe el dinero autor de un delito de blanqueo porque podría suponer que tal cantidad de dinero tenía una procedencia delictiva, cosa que, desde luego, no se hace.

Pero es que, además, quien entrega el dinero no está en condiciones de conocer si existen los presupuestos de un delito fiscal pues, para ello, necesitaría conocer con exactitud la situación económica de la entidad obligada tributariamente y, por tanto, no sólo los ingresos, sino también los gastos deducibles o la posible compensación de bases imponibles negativas de otros ejercicios; en otros términos, el beneficio neto fiscal que conforma la base imponible. Vemos, pues, que se prescinde aquí del llamado «doble dolo» según el cual se precisa no sólo el conocimiento de la propia acción, sino también las circunstancias esenciales del delito en el que se participa¹⁷. Es cierto que, por la mecánica comisiva, pudo representarse la posibilidad de que los administradores de la mercantil iban a incumplir sus obligaciones fiscales, pero no lo es menos que la cuantía entregada pertenecía también a su entonces esposo, por lo que pudo entender que, como mucho –y hasta eso puede discutirse– contribuía a una infracción administrativa sin trascendencia penal. En otras palabras, se antoja complicado afirmar la concurrencia de actos de contribución, en un tiempo anterior en el que todavía el autor del hipotético delito fiscal no ha comenzado a ejecutar la conducta típica. Es decir, se castiga anticipadamente por intervenir antes de saber siquiera que el obligado tributario tiene decidido dar inicio a la ejecución de un futuro delito.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que, como ha quedado dicho, la participación requiere de un actuar típico y antijurídico. En este sentido se hace preciso traer a colación la reforma operada en este ámbito por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que, entre otras novedades, modifica la naturaleza jurídica de la regularización tributaria. Según se afirma en el Preámbulo de dicho texto, la regularización supone «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». Parece pues que, como ha afirmado Queralt Jiménez, siguiendo la

¹⁷ En este sentido, puede verse la STS 258/2007, de 19 de julio.

tesis propuesta por Roxin¹⁸, estamos antes una «antijuridicidad de quita y pon», esto es una causa de la antijuridicidad sobrevenida que, con sede en la punibilidad, hace innecesaria la imposición de un castigo por la reparación efectuada¹⁹. No desconocemos que los hechos enjuiciados son anteriores a la entrada en vigor de esta reforma; no obstante, cabe preguntarse si procede la aplicación retroactiva de la misma por cuanto que son evidentes los efectos favorables que supone la modificación posterior. Así es por cuanto que la defraudación parece integrarse tanto por la realización de algunas de las modalidades delictivas, como por la falta de regularización. Con independencia de las dificultades prácticas que derivan de tan extraña configuración²⁰, y aplicándola al caso concreto, podría concluirse que en el momento de entregar el dinero opaco no existía todavía, como el castigo de la participación requiere, un acto típico y antijurídico que viene condicionado por la posibilidad de regularizar en un momento posterior la situación tributaria.

Finalmente, vuelve a ser preciso invocar los principios *non bis in idem* y de proporcionalidad. En este sentido, cabe recordar que ese dinero que se entrega ya ha sido objeto de una sanción puesto que, en primer lugar, se ha castigado el delito que lo ha generado —cohecho— ha constituido, asimismo, parte de la cuota defraudada en el fraude fiscal de la acusada y, finalmente, ha servido de base para la apreciación del delito de blanqueo por cuanto que supone la conversión del dinero indebidamente obtenido en otros bienes inmuebles. Así las cosas, parece que la operación realizada con la referida cantidad de dinero no puede ser simultáneamente considerada como un acto de blanqueo y como cooperación necesaria en el fraude fiscal ajeno sin que se resienta la vigencia de los mencionados principios.

IV. CONCLUSIÓN

Desde luego, la gravedad de los hechos enjuiciados justifica una condena severa, lo que no puede autorizarse en modo alguno es que con la interpretación y aplicación de la ley queden comprometidos importantes principios penales. La sentencia comentada constituye un buen ejemplo de que la privación de todas las consecuencias económicas que derivan de un delito, más el pago de la indemnización que corresponda, puede hacer, como así se ha considerado

¹⁸ ROXIN, 1999, p. 972.

¹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, 2006, p. 58.

²⁰ Al respecto puede verse VIDALES RODRÍGUEZ, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2013, p. 271 ss.

en otras ocasiones, inapreciable el delito de fraude fiscal. Que no se haya hecho así puede obedecer a la existencia de un delito de blanqueo de capitales. Se forma así un triángulo entre el delito que origina los bienes, la defraudación a la Hacienda Pública y el blanqueo en el que la acumulación de infracciones no conduce a resultados plenamente satisfactorios que, según entendemos, obligan a replantear la solución que merecen estos supuestos.

Del mismo modo, también existen fundadas dudas para aceptar que quien entrega dinero no declarado fiscalmente deba responder como cooperador necesario en el hipotético delito fiscal que quizás cometa después quien lo recibe. Y si en general, por cuanto ha quedado expuesto, se trata de una opción discutible, en el caso concreto genera mayor motivo de discrepancia por cuanto que se ha castigado ya su obtención, su ocultación a la Hacienda Pública y, asimismo, tal pago se ha considerado un acto de blanqueo que también ha merecido un reproche penal. No salen bien parados, en consecuencia, los principios *non bis in idem* y de proporcionalidad. Según creemos, la pretensión de acabar con el serio problema de la corrupción a través de una sentencia ejemplarizante no puede servir de excusa para la afección que supone en los mismos.

Es cierto que en este caso las graves consecuencias se han visto atemperadas posteriormente. En efecto, la Audiencia Provincial de Zaragoza acordó sustituir las penas de prisión inferiores a dos años por 59.880€ en multas²¹. La decisión se basó en el derogado artículo 88 del Código Penal que permitía a jueces o tribunales sustituir cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad. Los factores que se han tenido en cuenta para la adopción de esta decisión han sido los motivos de salud de la condenada, el transcurso de quince años sin que haya vuelto a delinquir y la reparación efectiva del daño causado. Estos datos llevaron a considerar que «la peligrosidad que la comisión de los delitos generó en su día ha quedado ya difuminada y, lo más importante, que los fines de prevención general y especial asignada a las penas de prisión impuesta en su día se cumplen en este momento a través del cumplimiento de otras penas diferentes, en concreto, a través de penas de multa». En aplicación de este criterio, se suspendieron las penas impuestas por siete de los nueve delitos por los que fue condenada²².

²¹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/High-Courts-of-Justice/H CJ-Aragon/H CJ-Judicial-News-Aragon/La-Audiencia-de-Zaragoza-acuerda-sustituir-por-multas-las-penas-de-prision-a-la-excalcadesa-de-La-Muela-inferiores-a-dos-anos>.

²² Quedan sin efecto las penas privativas de libertad impuestas correspondientes a los delitos de blanqueo, cooperación necesaria en un delito contra la Hacienda Pública, fraude fiscal, prevaricación, fraude a la Administración, tráfico de influencias, delito continuado de prevaricación, fraude de subvenciones y delito continuado de malversación. Se mantienen, por tanto, únicamente, las impuestas por un delito continuado de cohecho (tres años) y un delito continuado de fraude a la Administración (dos años y un día).

Obviamente, resulta difícil medir los efectos preventivo-generales de la pena de prisión, pero no creemos que el mensaje contradictorio que se transmite en el supuesto analizado redunde en beneficio de la pretendida eficacia. En efecto, de un lado, como hemos tratado de poner de manifiesto, la acumulación de sanciones aplicando preceptos de dudosa compatibilidad erosiona importantes principios penales cuya justificación parece escudarse, precisamente, en la manifiesta gravedad de los hechos; y, de otro, se sustituyen las penas privativas de libertad por una pena de multa de diez euros por cada cuota; es decir, veinte euros al día, sanción más acorde con supuestos de menor trascendencia. Así las cosas, resulta inevitable pensar que la corrupción y, con carácter más general, los delitos socioeconómicos, siguen siendo objeto de un tratamiento distinto respecto de otras manifestaciones de la delincuencia y, a la vista está, escasamente armonioso.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *Delito fiscal y tributación de ganancias ilícitamente obtenidas*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 6, 2001, pp. 1478 a 1487.
- BOIX REIG, Javier y MIRA BENAVENT, Javier: *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Valencia, 2000.
- CHOCLÁN MONTALVO, Juan Antonio: *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001.
- *Problemas actuales del delito fiscal*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. Derecho penal económico, núm. 14, 2001, pp. 21 a 98.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, en *Tratado de Derecho Penal económico y de la empresa*. tomo II. Valencia, 2025.
- *Tratado de delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2018.
- GALARZA, César José: *La tributación de los actos ilícitos*, Pamplona, 2005.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel: *Fiscalidad de los actos ilícitos (la antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria)*, Madrid, 2003.
- LÚGARO APONTE, Alexandra: *La tributación de las rentas de origen ilícito delictivo*. Tesis Doctoral inédita. Madrid, 2014; disponible en: http://www.academia.edu/11192075/La_Tributaci%C3%B3n_de_las_Rentas_de_Origen_Il%C3%ADcito_Delictivo.
- MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga: *Fiscalidad y blanqueo de capitales*, Tesis Doctoral disponible en: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/12737/1/TD_CovadongaMalladaFernandez.pdf.
- *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Valladolid, 2012.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Derecho penal económico. Parte Especial, 7.^a Ed. Valencia, 2023.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, 1990.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *La regularización como comportamiento postdelictivo en el delito fiscal*, Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública, Madrid, 2006, pp. 29 a 58.
- ROXIN, Claus: Derecho Penal I, Madrid, 1999.
- RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo: *Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal*, Revista de Derecho Financiero, núm. 265, 2002, pp. 577 a 640.
- *¿Hay que declarar a la Hacienda Pública los ingresos delictivos?*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2009, pp. 39 a 48.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *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, núm. 32, 2013, p. 269 a 295.

20. AGRESIONES SEXUALES Y AGRAVANTE DE GÉNERO: *¿BIS IN ÍDEM?*

MARIONA LLOBET ANGLÍ
Profesora
Universitat Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓN: LA IRRUPCIÓN DE LA AGRAVANTE POR RAZONES DE GÉNERO

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo, dentro de la agravante de motivos discriminatorios del artículo 22.4.^a CP, aquella basada en razones de género¹, además de por razón de sexo, que ya existía desde 1995². Esto ha conllevado discusión sobre un campo de aplicación propio y diferenciado de cada una, de lo que se ha ocupado un importante sector doctrinal³, así como si dicha agravante ha de entenderse en el sentido restringido del ámbito de la pareja o expareja⁴. Sin embargo, recientemente, se

¹ Especialmente crítica, ASÚA BATARRITA, 2020, pp. 365 ss. Por lo demás, véanse, entre otros, GORDON BENITO, *RDPC*, 2020, pp. 89 ss.; MAQUEDA ABREU, 2017, pp. 703 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC*, 2018, pp. 1 ss.; DÍAZ LÓPEZ, *RIDPC*, 2016, pp. 5 ss.

² Sobre esta, REBOLLO VARGAS, *RGDP*, 2015, pp. 1 ss.; LAURENZO COPELLO, *JpD*, 1999, pp. 16 ss.

³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC*, 2018, pp. 7 ss.; DÍAZ LÓPEZ, *RIDPC*, 2016, pp. 5 ss.; ALONSO ÁLAMO, *CPC*, 2008, pp. 19 ss.; RUEDA MARTÍN, *RECPC*, 2019, pp. 1 ss.

⁴ Así, consideran que hay una vinculación sistemática de la agravante de género con la LO 1/2004, y exigen la relación sentimental, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC*, 2018, pp. 12 ss.; RUEDA MARTÍN, *RECPC*, 2019, pp. 13 ss.; ACALE SÁNCHEZ, 2020, p. 162. De otra opinión, y que parece que se está imponiendo: ALONSO ÁLAMO, 2019, p. 102; BOLDOVA PASAMAR, 2020, pp. 389-390; JERICÓ OJER, 2019, pp. 316-317; SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC*, 2019, p. 484. Por su parte, según

ha planteado la posibilidad de aplicación en los delitos sexuales, en concreto, en los delitos de agresión sexual, y con independencia de la relación sentimental, presente o pasada, entre autor y víctima⁵. Ahora bien, ello debe analizarse con más detalle puesto que, si como las recientes estadísticas indican, más del 97 % de delitos de esta naturaleza los cometen hombres⁶ y cerca del 90 % de víctimas son mujeres⁷, habría una posible agravación prácticamente en la totalidad de casos, sobre penas ya de por sí elevadas⁸.

Es más, como afirma Larrauri Pijoan⁹, «la violación es un delito que comete un género contra otro, es decir que comete el género masculino contra el femenino, tratándose de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad». En consecuencia, si la violencia sexual es, per se, violencia de género, hay que plantearse si agravar las agresiones sexuales por razones de género no implica una doble sanción sobre el mismo fundamento, al ser dicho elemento inherente a la gravedad del tipo.

Establecido lo anterior, en este trabajo se pretende, principalmente, analizar la posibilidad, o no, de aplicar la agravante genérica por razón de género sobre los delitos de agresión sexual, en concreto, cuál es la postura jurisprudencial, así como los problemas que esta plantea (apartados II y III/IV, respec-

una línea jurisprudencial minoritaria, esta agravante genérica tendría la misma naturaleza que la prevista para los delitos donde se contempla, esto es, únicamente en el ámbito de relaciones de pareja, presentes o pasadas. Así, su efecto es el de ampliar esta protección con carácter general (SSTS 420/2018, de 25 de septiembre; 707/2018, de 15 de enero de 2019). En cambio, para otra opinión jurisprudencial, mayoritaria, su aplicación es también posible a cualquier sujeto (SSTS 565/2018, de 19 de noviembre; 99/2019, de 26 de febrero; 444/2020, de 14 de septiembre; 571/2020, de 3 de noviembre; 300/2021, de 8 de abril; 509/2021, de 10 de junio; 999/2021, de 16 de diciembre), matizándose que, para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse, al menos, una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima, que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal. Por lo demás, véase un resumen del estado de la cuestión en OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *RDPC*, 2021, pp. 351 ss.

⁵ La aplicación en el seno de la pareja o expareja es habitual cuando la ejecución de los hechos se materializa un desprecio de género que desborda la ejecución de la agresión sexual (SSTS 99/2019, de 26 de febrero; 687/2021, de 15 de septiembre; 722/2023, de 29 de septiembre; 527/2024, de 5 de junio). Sin embargo, téngase en cuenta que, a partir de la entrada en vigor de la LO 2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la nueva agravante específica desplaza la genérica (art. 180.1.4.ª CP).

⁶ En el año 2023, se registraron en el Registro Central de Delincentes Sexuales 2.867 adultos condenados con sentencia firme por delitos contra la libertad sexual, siendo el 97,2 % varones y el 2,8 % mujeres (cfr. los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, 2024).

⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR, 2023. En los delitos de agresión (y abuso) sexual el 13 % de las víctimas son de sexo masculino y el 87 % femenino, y si, además, constituyen violación, el porcentaje es del 10 % vs. el 90 %.

⁸ Como indica LLORIA GARCÍA, *EPC*, 2020, p. 327, atendiendo a la realidad social, estos delitos constituyen ataques a bienes jurídicos de eminente titularidad femenina. En el mismo sentido, CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2010, p. 2.

⁹ LARRAURI PIJOAN, 1994, p. 96.

tivamente). Sin embargo, en un último apartado (V), se realizan, *mutatis mutandi*, unas consideraciones sobre la compatibilidad entre dicha agravación y el delito de acoso sexual, dado que también esta figura posee un importante componente de género¹⁰.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

La cuestión de los límites de la agravante de género en los delitos de agresión sexual, producidas al margen de relaciones sentimentales, se ha empezado a plantear en tiempos recientes en nuestros tribunales. En particular, ha cobrado especial relevancia la STS 444/2020, de 14 de septiembre, que confirma la condena dictada en instancia por un delito de agresión sexual con acceso carnal, concurriendo, además, la agravante de género del artículo 22.4.ª CP¹¹. Según los hechos probados del caso, el procesado solicitó los servicios sexuales de una trabajadora sexual, y, a continuación, ambos se marcharon a un descampado. Sin embargo, una vez allí, la mujer le informó sobre el coste, a lo que el hombre se negó a abonarlo, golpeándola fuertemente en el rostro, al tiempo que le decía: «te enteras ya cómo va esto». A continuación, la penetró reiteradamente de forma anal y vaginal, sin dejar de pegarla, hasta que finalmente eyaculó en su boca¹².

Esta condena fue recurrida por indebida aplicación de la agravante por motivos de género. La defensa alegó vulneración del principio *non bis in idem*, al considerar que el delito contra la libertad sexual incluye la superioridad para conseguir los propósitos sexuales. Sin embargo, a juicio de la Sala Segunda, los artículos 178 y 179 CP protegen la libertad sexual tanto de las mujeres, como de los hombres, sin incluir en su redacción típica ningún presupuesto de discriminación, ni por género, ni por otra razón. Por tanto, concluye que es posible proyectar sobre ellos cualquiera de los motivos previstos

¹⁰ Cfr. la encuesta europea de violencia de género 2022 (EUROSTAT/MINISTERIO DE IGUALDAD), p. 76: «la mayoría de víctimas de acoso sexual en el trabajo lo son de un agresor hombre (en el 88,5 % de los casos)».

¹¹ Con anterioridad, ya sentó esta doctrina la STS 99/2019, de 26 de febrero. Sin embargo, en tal caso, la relación entre autor y víctima era sentimental, lo que, desde la entrada en vigor de la LO 10/2022, constituye la agravante específica del artículo 180.1.4.º CP. Por su parte, el mismo escenario (agresión a la pareja o expareja) es el que se ha venido planteando en los tribunales inferiores, con, mayoritariamente, la misma solución (STSJ-Galicia 36/2020, de 31 de julio; SAP-Madrid 128/2020, de 24 de febrero; SAP-Cuenca 4/2018, de 6 de febrero; SAP-Valladolid 175/2017, de 29 de mayo), aunque alguna resolución aislada (SAP-Castellón 96/2018, de 15 de marzo) entendió que la discriminación por razón de género es inherente a las agresiones sexuales (art. 67 CP).

¹² Comenta este caso OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *RDPC*, 2021, pp. 343 ss.

en la agravante del artículo 22.4.^a CP, y, en lo que aquí interesa, por razones de género.

En este sentido, afirma dicha sentencia que no requiere la agravante de un elemento subjetivo específico, entendido como ánimo dirigido a subordinar o humillar a la mujer, sino que, objetivamente, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón. Por ello, basta para estimarse aplicable la agravante genérica que los hechos probados establezcan «los elementos que colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados»¹³. En consecuencia, no en todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer procede aplicar esta agravante. Es necesario que las circunstancias que rodean los hechos revelen que se trata de un acto machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, aludiendo específicamente la sentencia, sin pretender ser un catálogo exhaustivo, a: (1) «la especial vinculación entre agresor y víctima», (2) «las expresiones proferidas», (3) «el carácter especialmente denigratorio de las prácticas desarrolladas», (4) «el número de actores», o (5) «el simbolismo de determinados actos», entre otros¹⁴.

Por todo ello, en dicho caso se concluye que concurrieron distintos elementos que permitían afirmar la existencia de un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, utilizada como si de un objeto se tratase para el desahogo carnal¹⁵. En concreto, dichos elementos fueron: (a) la expresión «te enteras ya cómo va esto», (b) las reiteradas penetraciones anales y vaginales, y (c) el acto de humillación que supone la eyaculación en la boca, (d) seguido de un fuerte puñetazo.

¹³ Y, en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad. Crítico con el cambio de fundamento, de subjetivo a objetivo, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *RDPC*, 2021, pp. 355 ss., en especial, p. 359. Por lo demás, considera que esta cuestión es esencial FARALDO CABANA, 2021, pp. 1387 ss.

¹⁴ Aún más indeterminada es la propuesta de la STS 650/2021, de 20 de julio, según la cual procederá la agravante «cuando se acumulen patrones de discriminación femenina y que el autor, aun sin buscar específicamente humillar o dominar a la mujer, asume consciente y voluntariamente la actitud y el comportamiento antijurídico añadido que despliega» (y que no la considera concurrente en el caso concreto, casando en este punto la sentencia de instancia). También la rechaza la SAP-Las Palmas 360/2022, de 17 de octubre, al no detectar ningún elemento que permita percibir una manifestación de discriminación de género que justifique la agravación.

¹⁵ En la doctrina, comparten esta solución TORRES FERNÁNDEZ, *RGDP*, 2021, p. 16, si el delito sexual, más allá del ataque a la libertad, expresa una determinada concepción de la mujer como objeto de dominación; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *RDPC*, 2021, pp. 243 ss.; RUEDA MARTÍN, *RECPC*, 2019, p. 24; SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC*, 2019, p. 488.

III. EL EFECTO «ECLIPSE» DE LAS CONSIDERACIONES DE GÉNERO FRENTE A OTRAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS (EN PARTICULAR, EL CARÁCTER DEGRADANTE DE LOS ACTOS)

Sentado lo anterior, no obstante, obsérvese que la gran mayoría de las circunstancias enumeradas por la jurisprudencia en el catálogo mencionado configuran la existencia de agravantes específicas de los delitos contra la libertad sexual, a saber: (1) el número de actores está expresamente recogido en la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1.1.^a CP)¹⁶; (2) el carácter particularmente denigratorio se subsume en los actos degradantes o vejatorios a los que se refiere el artículo 180.1.2.^a CP¹⁷; y (3) la especial vinculación entre agresor y víctima puede conformar, según el caso, bien la relación de pareja, presente o pasada, entre autor hombre y víctima mujer (art. 180.1.4.^a CP), bien otras relaciones de parentesco, convivencia o superioridad (art. 180.1.5.^a CP).

Es más, sobre los elementos específicos de valoración concretadas en el caso de autos (las expresiones proferidas, las penetraciones repetidas por distintos orificios, la eyaculación en la boca y el fuerte golpe en la cara de la víctima): por un lado, los puñetazos constituyen uso de violencia, por lo que, de nuevo, pueden subsumirse en las agravantes, expresamente previstas, que aluden a este medio comisivo (art. 180.1.2.^a CP, si es de extrema gravedad, o artículos 178.2 y 179.3 CP, en caso que no lo sea). Y, por el otro lado, la jurisprudencia viene considerando que reiteradas penetraciones por los distintos orificios que describe el precepto dan lugar a la agravante de trato vejatorio¹⁸, así como la eyaculación en la boca¹⁹, e, incluso, los insultos o las lesiones (leves) innecesarios²⁰. Por tanto, ante todo, cabe concluir que, en el caso de autos, debería haberse aprecia-

¹⁶ En el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2025, p. 546.

¹⁷ En el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2025, p. 546.

¹⁸ Constituyen algunos ejemplos en la jurisprudencia: la multiplicidad de penetraciones por distintas vías (hasta ocho; STS 462/2003, de 26 de marzo); el haber llevado a cabo numerosas penetraciones (a lo que se añade «el alarde que hacen de las prácticas sexuales en los vídeos grabados, jactándose de su obrar»; STS 344/2019, de 4 de julio, —«Caso La Manada»—); el golpear brutalmente en la cara de la víctima, dejándola aturdida, y penetrarla vaginal y analmente (SAP-Alicante 639/2009, de 20 de noviembre); la penetración vaginal y bucal con violencia física (SAP-Alicante 44/2004, de 13 de octubre).

¹⁹ Véanse las siguientes sentencias: golpear en la cara a víctima y eyacular en el interior de su boca tras masturbarse (y, además, obligarla a practicarle dos felaciones, penetrarla vaginalmente varias veces y propinarle puñetazos; SAP-Madrid 464/2008, de 20 de octubre); eyacular en la boca de la víctima (aunque en este caso, además, se obligó a la víctima a tragar el semen; SAP-Madrid 32/2004, de 31 de marzo),

²⁰ Justifica la agravante de tratos vejatorios, tanto las múltiples lesiones leves que presentaba la víctima, que resultaban innecesarias para la consumación del atentado sexual, como el constante empleo de insultos (STS 676/2007, de 17 de julio).

do esta agravante específica por los actos vejatorios concurrentes, cuyos efectos penológicos son muy superiores²¹. Sin embargo, se observa que el rótulo «género» produce un *efecto eclipse* a cualquier otra valoración, incluso con impacto agravatorio en la pena: lo importante no es tanto el *quantum*, como el *nomen*. Así, aunque concurren circunstancias que tradicionalmente han dado lugar a una agravante específica, más gravosa, la mención a razones de género de la simple opaca la referencia a la humillación del artículo 180.1.2.^a CP.

Ahora bien, más allá de esta crítica sobre la solución del caso concreto, subsisten las siguientes dudas, que giran en torno a los dos ulteriores elementos mencionados por la jurisprudencia, que no tienen prevista una agravación autónoma *per se*, esto es: el valor que deba darse a las «expresiones proferidas», por un lado, y, por otro, a «la simbología de determinados actos». Por tanto, los interrogantes que persisten son dos: en primer lugar, si pueden imaginarse actos o expresiones degradantes para las mujeres, que no lleguen a considerarse de la suficiente entidad como para apreciar la agravante específica del artículo 180.1.2.^a CP²²; y, en segundo lugar, si, de ser así, podrían fundamentar, *de forma autónoma*, que ese atentado sexual es manifestación de un acto de subyugación machista. Por ejemplo, manifestaciones como la del caso de autos «te enteras ya cómo va esto», u otras como «aquí mando yo» o «eres solo mía»²³; simbologías como obligar a vestir a la víctima con determinados atuendos estereotipados («enfermera», «camarera», etc.); o insultos como «puta», «guarra», «calientabraguetas»²⁴, ¿pueden considerarse, *per se*, actos vejatorios? Y, de no serlo, ¿podrían implicar un plus de gravedad autónomo por razones de género? Ciertamente, la jurisprudencia da mucha relevancia, en el ámbito de los motivos relativos a la raza, la etnia o la orientación sexual, a insultos, manifestaciones verbales o expresiones proferidos antes o durante la agresión en cuestión. Sin embargo, estos constituyen el medio de prueba, no el motivo de su agravación²⁵.

²¹ Si aquellas concurren, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.4 CP, tiene que aplicarse el precepto más grave, que, en esta tesitura, es el artículo 180 CP, para el caso en que concurren distintas agravantes específicas, y no los artículos 178 o 179 CP, con una agravante genérica (mitad superior en virtud del artículo 66 CP).

²² Para más detalle sobre esta agravante, ALCÁCER GUIRAO, 2004, pp. 15 ss.

²³ Véase la STS 722/2023, de 29 de septiembre: el condenado mandó *mensajes de WhatsApp atribuyéndose* una superioridad sobre su víctima (pareja), con expresiones aludiendo a que era suya y de nadie más.

²⁴ Un ejemplo, en el ámbito de la pareja, puede verse en la STS 99/2019, de 26 de febrero: una vez consumada esta agresión, el acusado le vejó con expresiones como «guarra, come pollas, hija de puta, ...», aunque también aparecen otros indicios previos a la agresión de ese sometimiento de género.

²⁵ STS 364/2003, de 13 de marzo; ATS 2131/2005, de 20 de octubre; SAP-Madrid 82/2007, de 16 de marzo; SAP-Barcelona 1210/2004, de 16 de diciembre; SAP-Madrid 279/2001, de 21 de junio.

IV. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, COMO *RATIO DECIDENDI*

Establecido lo anterior, suponiendo, primero, que algunas conductas o expresiones vejatorias no constituyan un acto particularmente degradante²⁶, esto es, no impliquen un «cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima»²⁷; y, segundo, que puedan considerarse manifestaciones de desprecio basadas en el género del sujeto pasivo, la respuesta a este interrogante, esto es, a la compatibilidad de las agresiones sexuales con la circunstancia genérica analizada, debe encontrarse, a mi juicio, en el fundamento de la agravante. Así, a grandes rasgos, para quienes los motivos recogidos en el artículo 22.4.^a CP, y, por ende, las razones de género, fundamentan bien un mayor injusto objetivo, basado en el atentado a la igualdad²⁸ o a la dignidad²⁹ de las personas atacadas por su pertenencia a un colectivo³⁰, bien una mayor culpabilidad, al ser el móvil más abyecto o reprochable³¹ o comportar un mayor grado de implicación personal³², la agravación parece plausible. Ahora bien, si se entiende

²⁶ Como establece la jurisprudencia, se trata de una circunstancia que genera especiales dificultades de aplicación, pues la tarea de constatar la concurrencia de un grado de vejación superior al ya ínsito en un hecho de connotación sexual, parece de difícil sujeción a unos criterios claros y preestablecidos (STS 643/2017, de 2 de octubre).

²⁷ Entre otras, SSTS 643/2017; 1605/2003, de 24 de noviembre.

²⁸ Para un importante sector doctrinal (mayoritario, a juicio de DOVAL PAIS, *RV*, 2024, p. 139), el injusto añadido de la agravante se halla en la afectación al derecho a la igualdad y no discriminación. En este sentido, REBOLLO VARGAS, *RGDP*, 2015, p. 16; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *RECPC*, 2018, pp. 4-5; ALONSO ÁLAMO, 2019, pp. 108 ss. Críticos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004, pp. 158-159; DOVAL PAIS, 2023, pp. 219 ss.

²⁹ ALCÁZER GUIRAO, *RECPC*, 2016, pp. 14 ss.; WALDRON, 2012, pp. 56 ss.; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *RGDP*, 2021, pp. 1 ss. Aunque, como pone de relieve DAUNIS RODRÍGUEZ, 2021, p. 240, esta perspectiva concreta la idea del bien jurídico relativo al derecho a no ser discriminado en la dignidad de la persona, por lo que ambas posturas suelen estar muy interrelacionadas (así, LAURENZO COPELLO, 1996, pp. 236 y 239, para quien se salvaguarda no solo la dignidad personal, sino también un modelo de convivencia multicultural; o RODRÍGUEZ YAGÜE, 2007, p. 55, en opinión de la cual, además de la protección de la dignidad individual, se pretende combatir la situación de desventajosa del colectivo a causa de actos discriminatorios).

³⁰ También en el ámbito del injusto, pero con una fundamentación novedosa, PERALTA, 2012, *passim*, pp. 199 ss.: «los motivos, cuando han sido la razón del sujeto para cometer el ilícito, están indicando la falta total de justificación de la conducta» (p. 208).

³¹ Aunque esta postura se afirma superada en la doctrina, por considerarse característica de un Derecho penal de autor (cfr. DOVAL PAIS, *RV*, 2024, pp. 137 ss.; FUENTES OSORIO, *RECPC*, 2017, p. 9, con ulteriores referencias), en la actualidad se sigue manteniendo por un importante sector doctrinal, especialmente en Alemania (PERALTA, *InDret*, 2013, p. 8).

³² Cfr. PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 292-293, partiendo de un concepto de culpabilidad distinto del tradicional (sobre ello, DÍAZ LÓPEZ, *RIDPC*, 2016, pp. 36 ss., quien acoge esta postura, aunque con fuertes vínculos con la idea de igualdad; defiende otro concepto, MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, 2009, p. 63).

que esta agravante se funda, eminentemente, en el efecto amenaza a miembros de ese colectivo que conductas de esa naturaleza conllevan³³, la agravación no tiene sentido. Los insultos o las simbologías sexistas no añaden nada, en términos de seguridad a víctimas potenciales, en el ámbito de una realidad criminal que cometen hombres sobre mujeres, casi exclusivamente. Es decir, en el imaginario colectivo, las personas de sexo femenino padecen miedo a sufrir una agresión sexual no por el concreto móvil machista, sino porque las agredidas son ellas, y ese efecto amenaza a sus expectativas de indemnidad se desprende de los actos *per se*.

No corresponde aquí analizar con detalle qué postura es preferible. A mi juicio, es más convincente entender la agravante basada en determinados motivos como delito de clima que afecta a la seguridad de colectivos discriminados³⁴, por lo que las razones de género no deberían legitimar un incremento penológico en los delitos sexuales. Ahora bien, incluso considerándose que el fundamento del artículo 22.4.^a CP es cualquier otro de los apuntados, conviene valorar, con base en el principio de proporcionalidad, el hecho de que estamos ante una tipología delictiva cuyas altas penas tienen insertas el género, especialmente a raíz de las últimas reformas. En este sentido, las modificaciones legales que, en el ámbito de la libertad sexual, se han venido produciendo en el último cuarto de siglo han tenido dos ejes: la mayor protección de los menores, por un lado, y, paulatinamente, la perspectiva de género, por el otro³⁵.

Por tanto, sería necesario determinar la pena concreta partiendo de que, en la violencia sexual, la cosificación, sumisión o subyugación por razón de

³³ Esta es la postura de otro sector doctrinal: LANDA GOROSTIZA, 2001, pp. 185 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2004, pp. 167 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2012, pp. 23 ss.; SEOANE MARÍN/OLAIZOLA NOGALES, *EPC*, 2019, pp. 455 ss.; HORTAL IBARRA, 2012, p. 45 (aunque, ciertamente, con matices según lo que se adelante sea la protección de un bien jurídico personal o el propio objeto de tutela, y según como se configuren tales intereses —así, por ejemplo, para HORTAL IBARRA, 2012, p. 45, el bien jurídico-penal complementariamente menoscabado tiene una naturaleza dual, es decir, un referente individual, esto es, el derecho de toda persona a ser tratada igual, y otro supraindividual, es decir, el sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado. Sobre estas posturas, presentadas de forma muy pormenorizada, FUENTES OSORIO, *RECPC*, 2017, pp. 10 ss.; GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 117 ss.

³⁴ Por todos, JAKOBS, 1997, pp. 293 ss.

³⁵ Dan cuenta de ello, especialmente, las siguientes reformas: LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; LO 1/2015, que, centradas en una mayor protección de los menores, también van incidiendo en cuestiones vinculadas con el género de las víctimas, lo que es ya protagonista exclusivo en las dos últimas reformas, esto es, la LO 10/2022 y la LO 4/2023. Así, por ejemplo, ponen de relieve que esta última reforma implica una agravación penológica de los antiguos abusos sexuales, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, *RECPC*, 2023, pp. 39 ss.

género van de suyo al constituir manifestaciones de poder machista³⁶. Y, esto ha originado, precisamente, que, alegándose razones tanto retributivas como preventivas, las escalas penológicas puedan alcanzar muchos años y, además, que la distancia entre los límites mínimo y máximo sean especialmente amplios³⁷. Así, por ejemplo, en un supuesto del tipo básico con violencia leve del artículo 178.3 CP (un empujón o un agarrón para tocar los pechos de la víctima, por ejemplo), el proferir alguna expresión machista en el acto podría implicar, de considerarse concurrente la agravante, y no siendo posible la aplicación del subtipo atenuado del ap. 4 (habría violencia), que la pena privativa de libertad se situase entre los 3 y los 5 años (mitad superior). Por ello, la suspensión no sería procedente y el mínimo ascendería a 3 años. Ciertamente, es muy complejo determinar la proporcionalidad ideal entre una conducta y una sanción, pero no sería osado afirmar que castigar ese hecho con, al menos, 3 años de prisión –tocamiento de pechos con un ligero empujón al grito de «te enteras ya cómo va esto»–, sería considerado como desproporcionado para la mayoría³⁸.

Sobre ello, no debe olvidarse que «el principio de proporcionalidad no solamente se dirige al legislador, sino también al intérprete de la ley, dado que se deriva del valor justicia (art. 1 CE) como valor superior del ordenamiento jurídico y obliga a todos los poderes públicos» (STS de 15 de abril de 1998). En consecuencia, las razones de género bien podrían tomarse en consideración en el caso concreto como criterio final de determinación de la pena (art. 72 CP)³⁹, pero no como agravante genérica, que siempre obliga a imponer la pena dentro de la mitad superior en marcos cuyos límites míni-

³⁶ Como apunta LORENTE ACOSTA, *Meridiam*, 2004, p. 38, el agresor sexual «no parte de un deseo de satisfacer un estímulo sexual, sino que lo que en verdad hace es utilizar la relación sexual para vehicular la violencia contra las mujeres de manera que pueda conseguir lo verdaderamente trascendente para él, que es la manifestación de poder por medio del ataque y la humillación de la víctima». También en este sentido, Díez RIPOLLÉS, 2001, p. 77, cuando afirma lo siguiente: «es de lamentar que el paso a primer plano de la libertad sexual individual convierta en un mero conflicto interpersonal lo que en realidad es un conflicto social basado en el género, en el que las mujeres son las víctimas de comportamientos agresivos derivados de la asunción del tradicional papel sexual masculino».

³⁷ Sobre los problemas de proporcionalidad que ello plantea *vid.* Basso, *InDret*, 2021, pp. 196 ss.

³⁸ Cfr. VARONA GÓMEZ, *InDret*, 2008, pp. 1 ss., quien pone de relieve que sobre los llamados «casos-escenarios», las actitudes ciudadanas distan de ser punitivas.

³⁹ Es jurisprudencia de la Sala Segunda (SSTS 850/2003, de 11 de junio, y 1297/2003, de 9 de octubre) que no es necesario un mayor razonamiento sobre la imposición de la pena concreta cuando se impone en el límite mínimo previsto, pero sí resulta necesario fundamentar suficientemente dicha elección cuando se aleja de aquel. Así, aunque el artículo 72 CP no especifica los criterios a tener en cuenta para la concreta individualización de la pena, se consideran aplicables los previstos en el artículo 66.1.6.^a CP (supuestos en que no existen agravantes ni atenuantes, y ha de estarse a las circunstancias personales del sujeto y a la mayor o menor gravedad del hecho). En este sentido, como indica PERALTA, 2012, pp. 199 ss. y 311 ss., aunque para justificar la agravante, el papel del motivo es el de ser un epifenómeno de la ausencia de reducción de la gravedad objetiva del injusto. Por tanto, este elemento puede servir, también, como

mos y máximos, se insiste, se encuentran especialmente distantes. Así, en algunos casos, las consecuencias serán las mismas (la pena merecida estará situada en la mitad superior del marco), pero automatizar la respuesta puede producir, como se ha indicado, problemas de proporcionalidad en algunos casos⁴⁰. En definitiva, las necesidades de pena no pueden obviar las de merecimiento⁴¹.

V. ¿COMPATIBILIDAD DE LA AGRAVANTE CON OTROS DELITOS SEXUALES? EN ESPECIAL, BREVE REFERENCIA AL ACOSO SEXUAL (LABORAL)

Las consideraciones vertidas en relación con los delitos de agresiones sexuales pueden extenderse a otros delitos de la misma naturaleza, y, en especial, al acoso sexual (art. 184 CP)⁴². Como es sabido, este delito ha sido muy criticado desde su introducción en 1995⁴³, pues, a grandes rasgos, se le ha tachado de disfuncional e ineficaz, al existir otros preceptos que castigan –y con penas más altas– las conductas de acoso sexual⁴⁴. No obstante, pese

mero criterio de determinación de la pena más allá del límite inferior, aunque sin tener que sobrepasar el mínimo de la mitad inferior del marco, si en el caso concreto resulta desproporcionado.

⁴⁰ Automatismo que, por cierto, ya se ha producido en la interpretación de las agravantes género-especie. Como es sabido, el TS ha establecido que no es necesario constatar un abuso de poder en el caso concreto, sino que puede aplicarse de forma automática, STS 677/2018, de 20 de diciembre. Al no ser la existencia de elementos específicos de dominación parte del tipo, la acusación no tiene que demostrar dicho extremo, aunque se deja abierta la puerta a que, en algún caso concreto, se consiga demostrar, como excepción, que en el hecho no concurre tal pauta cultural (FELIP I SABORIT, 2025, pp. 91-92). Esta interpretación, no ha hecho sino incrementar las suspicacias ya levantadas con su promulgación (sobre ello, BOLDOVA PASAMAR, *InDret*, 2020, pp. 174 ss.; sobre la discusión acerca de su legitimidad, la bibliografía es muy extensa, entre otros: ACALE SÁNCHEZ, 2006, pp. 37 ss.; LA MISMA, 2008, pp. 108 ss.; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, 2006, pp. 24 ss.; BOLEA BARDÓN, *RECPC*, 2007, pp. 1 ss.; GARCÍA ARÁN, 2009, pp. 649 ss.; GÓMEZ RIVERO, 2009, pp. 91 ss.; LARRAURI PUJOAN, *InDret*, 2009, pp. 1 ss.; LA MISMA, 2018, p. 133; LAURENZO COPELLO, *RECPC*, 2005, pp. 17 ss.; LA MISMA, *EPC*, 2015, pp. 783 ss.; MAQUEDA ABREU, 2017, p. 179; MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, 2009, pp. 57 ss.; PÉREZ MANZANO, *RJUAM*, 2016, pp. 17 ss.; ROIG TORRES, *EPC*, 2012, pp. 247 ss.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, 2019, pp. 42 ss.

⁴² En la actualidad, este precepto castiga dos modalidades: por un lado, el conocido como *acoso sexual horizontal* y, por el otro, el denominado *acoso sexual jerárquico*. A su vez, este puede implicar bien chantaje sexual, expreso o tácito (acoso sexual de intercambio o *quid pro quo*), bien solicitud de favores sexuales o comentarios y exposiciones de contenido sexual, graves y objetivamente humillantes u hostiles (acoso sexual ambiental).

⁴³ Sobre su historia véase GÓMEZ RIVERO, *AJA*, 2001, pp. 1-2; y SÁNCHEZ/LARRAURI, 2000, pp. 13 ss.

⁴⁴ Cfr. CANCIO MELIÁ, 2025, p. 1126, quien considera que sus efectos son meramente simbólicos; sobre ello, véase, también, SÁNCHEZ/LARRAURI, 2000, pp. 11 y 16. Por el contrario, GÓMEZ RIVERO, *AJA*, 2001, pp. 2 ss., se opone a estas críticas y considera que tiene un ámbito autónomo de aplicación.

a su discutida autonomía⁴⁵, la legitimación del castigo está ligada con razones de género: en efecto, se trata, casi siempre, de conductas cometidas por hombres sobre mujeres⁴⁶, constituyendo una de las principales manifestaciones del patriarcado⁴⁷.

Así, por un lado, su reprochabilidad se encuentra en el uso del poder (masculino) como forma de intentar obtener acceso al sexo (femenino)⁴⁸ implícita o explícitamente no deseado, en el concreto ámbito laboral. Por tanto, lo que justifica su tipificación expresa es que tales conductas constituyen una inaceptable cosificación sexual de las mujeres por parte de los varones, es decir, niegan su autonomía sexual, en una de las esferas, la del trabajo, más esencial en las sociedades actuales para el reconocimiento general, el crecimiento individual y el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, por otro lado, también se ha puesto de relieve que, además de una manera de utilizar el poder para conseguir sexo, el acoso sexual es una forma de utilizar el sexo para mantener el poder⁴⁹.

Por tanto, dado que el fundamento de dicha figura delictiva es la violencia sexual estructural-patriarcal, agravar este delito por razones de género resultaría también ilegítimo. Ciertamente, aun no se ha presentado ningún caso en la jurisprudencia. No obstante, en un momento en que el feminismo punitivista parece estar ganando más y más terreno⁵⁰, poner la venda antes de la herida no es sino una necesidad para preservar un Derecho penal justo y proporcionado, el cual, con su obra, el profesor Peñaranda ha siempre perseguido y defendido. Sirvan las consideraciones vertidas en este trabajo como muestra de profundo afecto personal y gran respeto intelectual.

⁴⁵ CANCIO MELIÁ, 2025, p. 1126; GÓMEZ RIVERO, *AJA*, 2001, pp. 3-4; OLAIZOLA NOGALES, 2002, pp. 569 ss.

⁴⁶ Como indica CANCIO MELIÁ, 2025, p. 1126, «la progresiva conciencia social, generada en el marco de la evolución de la posición social de la mujer, de que las prácticas descritas en el tipo –cometidas casi siempre por hombres contra mujeres– son intolerables», es la que «parece haber dado lugar a la introducción de esta figura».

⁴⁷ SÁNCHEZ/LARRAURI, 2000, p. 19, destacan «el carácter sobresaliente del sexo en las relaciones sociales, al cual una se ve confrontada sin consentir ni poder sustraerse» (lo que «incomoda, distrae y degrada»). Y, en este contexto, el acoso sexual implica que el que lo realiza no se relaciona contigo como persona sino como sexo (femenino).

⁴⁸ CANCIO MELIÁ, 2025, p. 1127; SÁNCHEZ/LARRAURI, 2000, p. 19. En contra, OLAIZOLA NOGALES, 2002, p. 571, hace mayor hincapié en la dimensión de tranquilidad y dignidad en el trabajo que en la autonomía sexual de la víctima.

⁴⁹ Cfr. SCHULTZ, *YLJ*, 1998, pp. 1758-1762, quien considera que el acoso sexual también pretende alejar a las mujeres de trabajos considerados como socialmente masculinos para seguir manteniéndolos como cosa de hombres, para retener los mejores trabajos en sus manos.

⁵⁰ MAQUEDA ABREU, 2020, pp. 269 ss.; PÉREZ MACHÍO, *CPC*, 2023, pp. 39 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Madrid, 2006.
- *Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal*, en Violencia de género y sistema de justicia penal, Valencia, 2008, pp. 87-162.
- *Derecho penal y esa hidra de mil cabezas de la violencia de género*, en Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, 2020, pp. 161-171.
- ALCÁ CER GUIRAO, Rafael: Delitos contra la libertad sexual. Agravantes específicas, Barcelona, 2004.
- *Diversidad cultura, intolerancia y Derecho Penal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 18, 2016, pp. 1-55.
- ALONSO Á LAMO, Mercedes: *El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa*, en Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, Barcelona, 2019, pp. 91-129.
- *Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 95, 2008, pp. 19-52.
- ASÚA BATARRITA, Adela: *La razón de género en el marco de la agravante «de odio» del artículo 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo*, en Estudios en Homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, 2020, pp. 365-376.
- BASSO, Gonzalo: *Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena*, InDret, núm. 2, 2021, pp. 195-250.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión*, InDret, núm. 3, 2020, pp. 174-213.
- *La circunstancia agravante de género*, en Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, 2020, pp. 389-397.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/Rueda Martín, M.^a Ángeles: *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género*, en La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Barcelona, 2006, pp. 13-34.
- BOLEA BARDÓN, Carolina: *En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 9, 2007, pp. 1-19.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: *Delitos contra la libertad sexual. El acoso sexual*, en Memento Práctico Penal Francis Lefebvre, 7.^a ed., Madrid, 2025, pp. 1123-1130.
- CUERDA ARNAU, M.^a Luisa: *Los delitos de violencia sexual contra la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas*, Revista General de Derecho Penal, núm. 13, 2010, pp. 1-43.

- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *La confusión de los delitos de odio*, en Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión, Granada, 2021, pp. 223-249.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *Una agravante por motivos discriminatorios referidos al género de la víctima*, Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo, núm. 54, 2016, pp. 5-54.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/Trapero Barreales, María A.: *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología núm. 25, 2023, pp. 1-51.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, en Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal, 1999-2000, Madrid, 2001, pp. 51-82.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 57, 2004, pp. 143-176.
- *Atenuantes. Motivos racistas*, en Memento práctico Francis Lefebvre, 7.^a ed., Madrid, 2025, pp. 541-547.
- DOVAL PAÍS, Antonio: *Víctima del delito y víctima de la discriminación. La relevancia de la víctima en la circunstancia agravante del artículo 22.4.^a del Código Penal*, Revista de Victimología, núm. 18, 2024, pp. 133-162.
- *Revisión del papel de la agravante de discriminación (art. 22.4.^a CP) en la protección de la igualdad y la no discriminación*, en Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal, Madrid, 2023, pp. 219-240.
- EUROSTAT/MINISTERIO DE IGUALDAD: Encuesta europea de violencia de género, 2022.
- FARALDO CABANA, Patricia: *La circunstancia agravante de los delitos contra la libertad sexual por la condición de pareja o ex pareja*, en Libro Homenaje al Profesor Luís Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista. Volumen II, Madrid, 2021, pp. 1369-1390.
- FELIP I SABORIT, David: *De las lesiones*, en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 10.^a ed., Barcelona, 2025, pp. 79-97.
- FUENTES OSORIO, Juan L.: *El odio como delito*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 19, 2017, pp. 1-52.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Injusto individual e injusto social en la violencia machista. (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)*, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, t. I, Valencia, 2009, pp. 649-670.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Discurso del odio y principio del hecho*, en Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional, Valencia, 2012, pp. 89-120.

- GÓMEZ RIVERO, M.^a Carmen: *El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto*, Actualidad Jurídica Aranzadi, año XI, núm. 482, 2001, pp. 1-6.
- *El presunto injusto de los delitos contra la violencia de género*, en Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género, Valencia, 2009, pp. 91-115.
- GORDON BENITO, Íñigo: *La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravación del artículo 22.4 CP: ¿un salto hacia lo desconocido?*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 24, 2020, pp. 89-160.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos: *La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 108, 2012, pp. 31-66.
- JAKOBS, Günther: *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*, en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- JERICÓ OJER, Leticia: *Perspectiva de género, violencia sexual y derecho penal*, en Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, Barcelona, 2019, pp. 285-337.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Granada, 2001.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: *Control formal y el derecho penal de las mujeres*, en Mujeres, Derecho penal y Criminología, Madrid, 1994, pp. 93-108.
- *Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008*, InDret, núm. 1, 2009, pp. 1-17.
- *Criminología crítica y violencia de género*, 2.^a ed., Madrid, 2018.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en Grupos de odio y violencias sociales, Alcobendas, pp. 23-38.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *La discriminación en el Código Penal de 1995*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 19, 1996, pp. 219-288.
- *La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, Jueces para la Democracia, núm. 34, 1999, pp. 16-23.
- *La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 7, 2005, pp. 1-23.
- *¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger a las mujeres?*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 35, 2015, pp. 783-830.
- LLORIA GARCÍA, Paz: *Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 40, 2020, pp. 309-357.
- LORENTE ACOSTA, Miguel: *Como dioses en el Olimpo. Los agresores sexuales*, Meridiam, núm. 33, 2004, pp. 36-39.

- MAQUEDA ABREU, M.^a Luisa: *¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/genero del artículo 22.4 CP?*, en Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 703-714.
- *La deriva punitivista del feminismo institucional: retos pendientes*, en Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, 2020, pp. 269-278.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena: *La agravante genérica de discriminación por razones de género*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 20, 2018, pp. 1-20.
- MINISTERIO DEL INTERIOR: Informe sobre los delitos sexuales en España, 2023.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *Desigualdades penales y violencia de género*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 13, 2009, pp. 57-88.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral*, en Derecho penal de la empresa, Pamplona, 2002, pp. 565-592.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor: *La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 25, 2021, pp. 343-361.
- *Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación*, Revista General de Derecho Penal, núm. 35, 2021, pp. 1-46.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Estudios sobre el delito de asesinato, Buenos Aires/Montevideo, 2014.
- PERALTA, José M.: Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Madrid, 2012.
- *Homicidios por odio como delitos de sometimiento (Sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio)*, InDret, núm. 4, 2013, pp. 1-28.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel: *Hacia un enfoque que supere el feminismo punitivo*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 140, 2023, pp. 39-62.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 34, 2016, pp. 17-65.
- REBOLLO VARGAS, Rafael: *La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento*, Revista General de Derecho Penal, núm. 23, 2015, pp. 1-28.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 512 del Código penal), Albacete, 2007.
- ROIG TORRES, Margarita: *La delimitación de la «violencia de género»: un concepto espinoso*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 32, 2012, pp. 247-312.
- RUEDA MARTÍN, M.^a Ángeles: *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 21, 2019, pp. 1-37.

- SÁNCHEZ, Esther/LARRAURI, Elena: El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral, Valencia, 2000.
- SCHULTZ, Vicki: *Reconceptualizing sexual harassment*, The Yale Law Journal, vol. 107, núm. 4, 1998, pp. 1692-1732.
- SEOANE MARÍN, M.^a Jéssica/Olaizola Nogales, Inés: *Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 39, 2019, pp. 455-490.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal, Barcelona, 2019.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena: *Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual*, Revista General de Derecho Penal, núm. 35, 2021, pp. 1-32.
- VARONA GÓMEZ, Daniel: *¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España*, InDret, núm. 1, 2008, pp. 1-31.
- WALDRON, Jeremy: *The harm in the hate speech*, London, 2012.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo:

- STS 527/2024, de 5 de junio.
- STS 722/2023, de 29 de septiembre.
- STS 999/2021, de 16 de diciembre.
- STS 687/2021, de 15 de septiembre.
- STS 650/2021, de 20 de julio.
- STS 509/2021, de 10 de junio.
- STS300/2021, de 8 de abril.
- STS 571/2020, de 3 de noviembre.
- STS 444/2020, de 14 de septiembre.
- STS 344/2019, de 4 de julio.
- STS 99/2019, de 26 de febrero.
- STS 707/2018, de 15 de enero de 2019.
- STS 677/2018, de 20 de diciembre.
- STS 565/2018, de 19 de noviembre.
- STS 420/2018, de 25 de septiembre.
- STS 643/2017, de 2 de octubre.
- STS 676/2007, de 17 de julio.
- STS 1605/2003, de 24 de noviembre.
- STS 462/2003, de 26 de marzo.
- STS 364/2003, de 13 de marzo.
- STS de 15 de abril de 1998.
- ATS 2131/2005, de 20 de octubre.

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ-Galicia 36/2020, de 31 de julio.

Audiencias Provinciales:

SAP-Las Palmas 360/2022, de 17 de octubre.

SAP-Madrid 128/2020, de 24 de febrero.

SAP-Castellón 96/2018, de 15 de marzo.

SAP-Cuenca 4/2018, de 6 de febrero.

SAP-Valladolid 175/2017, de 29 de mayo.

SAP-Alicante 639/2009, de 20 de noviembre.

SAP-Madrid 464/2008, de 20 de octubre.

SAP-Madrid 82/2007, de 16 de marzo.

SAP-Barcelona 1210/2004, de 16 de diciembre.

SAP-Alicante 44/2004, de 13 de octubre.

SAP-Madrid 32/2004, de 31 de marzo.

SAP-Madrid 279/2001, de 21 de junio.

21. ¿INSIDER-TRADING O ABUS DE MARCHÉ? APROXIMACIÓN AL INJUSTO DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

FERNANDO LONDOÑO MARTÍNEZ*

Profesor titular

Universidad Diego Portales

I. INTRODUCCIÓN

Nutrida con savia europea, la figura del *insider trading* ha evolucionado y extendido su alcance, distanciándose del arquetipo «americano». Esta europeización –es decir, la regulación del *abuso de información privilegiada* por el derecho de la Unión Europea y su transposición en la legislación penal de los países miembros– puede caracterizarse en distintos planos:

- (i) en primer lugar, por su comprensión bajo la más amplia categoría de *abuso de mercado*;
- (ii) por el progresivo desplazamiento del presupuesto base del tipo objetivo, desde su anclaje en la *posición* del agente (*insider*) y los correlativos deberes fiduciarios, hacia la simple *posesión* de la información privilegiada; y
- (iii) por su compatibilidad con una figura de *delito común* (para el que basta el uso en posesión), alejándose así del modelo de *delito especial*².

* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación PID2022-141610OB-11, «Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI», *Proyectos de generación de Conocimiento*, Agencia Estatal de Investigación, España, dirigido por los profesores Bernardo Feijoo y Enrique Peñaranda, concurriendo el suscrito en calidad de coinvestigador. Lo anterior de ningún modo merma el único propósito afectivo del presente trabajo –homenajear al Profesor Enrique Peñaranda– sino, al contrario, añade una razón más –sobre otras muchas– para estarle siempre agradecido por su generosidad.

² Cfr. PERRONE, 2024, p. 325.

Capturando sintéticamente la esencia de esta línea evolutiva, una voz muy autorizada¹ ha caracterizado la regulación europea del *insider dealing* como expresión de un «macro enfoque», en contraste con el «micro enfoque» que se ajustaría al modelo estadounidense. Con esa distinción se busca resumir la orientación general de la racionalidad subyacente a la prohibición: y así, mientras el macro enfoque miraría al efecto del *insider dealing* sobre el mercado de valores (teoría *market-based*), el micro enfoque atendería especialmente a la *relación* entre el *insider* y los sujetos afectados por su conducta (teoría *relationship-based*). De este modo, el macro enfoque europeo se orientaría a la protección de un bien jurídico colectivo –cuya amenaza resulta imbricada en el tipo, al modo del *peligro abstracto*²– mientras que el micro enfoque se orientaría a la tutela de bienes individuales: básicamente, los intereses patrimoniales de las contrapartes en la transacción o los titulares de la información.

Esta línea de evolución no debería sorprender: el suelo europeo –su matriz regulativa– es rico en nutrientes orientados a lo público-colectivo. Más importante es preguntarse por las razones de esta evolución y, más específicamente, si acaso se justifica la apertura del círculo de obligados primarios, en el tránsito hacia una figura de delito común.

El objetivo de esta contribución –dedicada a homenajear al queridísimo Profesor Enrique Peñaranda Ramos– es ubicar la figura del abuso de información privilegiada en su contexto, en un doble sentido: 1) desde un punto de vista funcional, colocando la prohibición en el marco de la regulación primaria de los mercados de valores; y 2) en perspectiva comparada y de *lege ferenda*, procurando ilustrar las razones subyacentes a los dos grandes esquemas de regulación recién aludidos. De aquí entonces la dicotomía idiomática en el título de esta contribución: *¿Insider trading o abus de marché?*

II. UNA ANALOGÍA PARA SITUAR LA DISCUSIÓN: EL DELITO DE VIOLACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL

Para aproximarnos al problema conviene comenzar con una analogía. Ella me fue generosamente sugerida por el propio homenajead, hace ya casi una década³.

¹ MOLONEY, 2014, pp. 700 ss. Recoge también este esquema BASCUÑÁN, 2017, p. 487; BASCUÑÁN, 2024, pp. 75 ss.

² Cfr. BASCUÑÁN, 2024, 75.

³ Más precisamente en mayo de 2017, en el marco de una inolvidable estancia de investigación en el área penal de la Universidad Autónoma de Madrid. La estancia culminó con una ponencia del suscrito,

Pues bien, piénsese en la hipótesis de *violación de secreto profesional*⁴. Razonando de *lege ferenda*, ¿habrá de reconocerse injusto sólo allí donde el médico quebrante sus deberes profesionales, revelando una delicada información clínica del paciente; o *también* allí donde un tercero, receptor de la revelación del médico, explote ese conocimiento en perjuicio del paciente? La respuesta parece depender del fundamento del injusto. Tenderá a inclinarse por la primera alternativa quien ponga el énfasis en el quebrantamiento del deber fiduciario del médico. En cambio, estará más abierto a la segunda alternativa quien mire a la concreta situación del paciente; es decir, al perjuicio que le habrá irrogado la explotación de su situación clínica.

Podría quizás decirse que el primer modelo de injusto gira en torno al *desvalor de acción* (mira especialmente a la deslealtad del agente), mientras que el segundo mira más bien a la dimensión objetiva del *resultado* (es decir, a sus repercusiones para el paciente). La faz interior del injusto parece entonces mejor sintonizada con el *estatus* del *hechor*, mientras que la faz exterior sintoniza rápidamente con el impacto del *hecho* en su contexto. Si la primera no se explica sin una fuerte dosis de normatividad, la segunda es más cercana al mundo empírico.

Ahora bien, el ejemplo puede servir para afirmar que aún en un delito tan marcadamente connotado de «instituciones positivas»⁵ subyacentes como es el caso de la violación de secreto profesional, puede hallarse un terreno de *injusto común*, que tanto *intranei* como *extranei* pueden compartir⁶. Ese terreno común se capta más fácilmente atendiendo al *output* de la conducta. Y esto es así, a mi juicio, porque las denominadas «instituciones positivas» no se explican auto referencialmente, ni operan en el vacío social, sino que se hallan al servicio de bienes o realidades cuyo interés de preservación explica los esfuerzos de regulación por el derecho (primario y penal). En el espacio cubierto por esas realidades se ubica justamente el terreno común del injusto.

La analogía del delito de violación de secreto profesional puede dejarse hasta aquí, pues parece suficiente para nuestros propósitos. En efecto, posiblemente ahora se esté en mejores condiciones para apreciar el sentido de la disyuntiva que da título a esta contribución. La cuestión es, entonces, la si-

cuyo texto –inédito– sirvió de base para la presente contribución. En lo demás, bastará con decir que con ese grupo maravilloso de colegas de «la Autónoma» contraje desde entonces una feliz deuda, periódicamente sujeta a novación.

⁴ Cfr. ROXIN, 2016, § 34. I, p. 344, con referencia al § 300 StGB como delito de infracción de deber.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, 2002, *passim*.

⁶ Cfr. PEÑARANDA, 2014, p. 341, discrepando de una tesis central de la teoría de los delitos de infracción de deber. Para su reconstrucción original, a propósito de las dificultades interpretativas del artículo 65.3 CPE, cfr. PEÑARANDA, 2008.

guiente: ¿Ha de prohibirse el uso de información privilegiada sólo como forma de explotación de una *posición* determinada, propia de *insiders* (el solo injusto del médico, en la analogía), o bien el uso de información privilegiada ha de prohibirse *erga omnes*? El primer punto de vista pone el acento en la *existencia de un quiebre fiduciario* –y se despliega en el estrecho margen de una relación o vínculo, del que emanarían deberes de cooperación o abstención –mientras que el segundo punto de vista prescinde del *quiebre fiduciario* como factor constitutivo del injusto, emancipándolo y colocándolo en el amplio campo de la explotación informativa «contra el mercado», cualquiera sea la *relación* o *posición* desde la que ha llegado a *poseerse* la información⁷.

Esta disyuntiva ya ha sido colocada en un plano geográfico (EE. UU. *vs* Europa; micro enfoque *vs* macro enfoque). En lo que sigue profundizaremos en ello.

III. LAS RAZONES DEL MICRO ENFOQUE Y DEL DELITO ESPECIAL: EL CASO DE LOS EE. UU.

¿Qué explica la relativa estrechez de un enfoque y la mayor holgura del otro? ¿Qué explica que, a diferencia de Europa, en EE. UU. la responsabilidad del *outsider* sea especialmente problemática? ¿No hay quizás en el modelo de los EE. UU. una suerte de resistencia a lo que podría denominarse «igualitarismo europeo»?

Tres órdenes de razones pueden explicar el micro enfoque: razones empíricas o criminológicas, razones jurídico-culturales, razones técnico-jurídicas. Las tres pueden abordarse brevemente.

(i) En primer lugar, por la dinámica del mercado de valores es estructural que la información privilegiada provenga primeramente (aunque no solo) de la actividad de las sociedades emisoras de valores, de manera que son sus *insiders* (corporativos) quienes se encuentran en un pie «natural» para abusar de ella. Era esperable, entonces, que el foco de atención se concentrara en esa clase de *insiders*. Bien lo documenta la importancia que llegaría a tener el caso *Texas Gulf*⁸: allí, un grupo de *insiders* corporativos explotaron a su favor la

⁷ Bien vale la pena recordar que ya Rodríguez Mourullo advertía sobre la existencia de estas dos perspectivas en el seno de los grupos de trabajo legislativos, haciendo ver que un grupo de trabajo «propuso fórmulas que ponen el acento en la posesión de la información privilegiada, prescindiendo de toda cualificación subjetiva de quien la posee»: RODRÍGUEZ MOURULLO, 1988, p. 248.

⁸ *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F.2d 833 (2d. Cir. 1968).

ignorancia del mercado respecto del hallazgo y apropiación de ricos yacimientos de minerales por la empresa minera para la que trabajaban; de ese modo, compraron valores de la sociedad a un precio significativamente inferior al que habría correspondido de haberse revelado oportunamente la noticia del hallazgo. Como es obvio, sus *contrapartes* en aquellas compras fueron *accionistas de la propia sociedad*.

(ii) Un segundo orden de razones es más escurridizo, pero su plausibilidad es suficiente para una consideración aquí. Y es que las diferencias entre EE. UU. y Europa puedan explicarse, en esta materia, en una distinta sensibilidad cultural y jurídica, relativa al peso que ha de darse a la *libertad individual*, por un lado, y a la *buena fe* o a la *cooperación*, por el otro. En lo que aquí interesa, esa «sensibilidad» se vuelve operativa en materia de *deberes de veracidad precontractuales*. En ese cruce de factores, un paradigma liberal individualista tenderá a favorecer un modelo de *caveat emptor*, mientras que lo contrario (*caveat venditor*) habrá de decirse de un modelo más bien paternalista y sensible a la expectativa de paridad informativa⁹. Se comprende así una relativa mayor resistencia a una prohibición amplia del uso de información privilegiada de parte de quienes preliminarmente asuman que no existen deberes generales de cooperar informativamente con la contraparte, siendo lícito extraer todo el valor del propio conocimiento a su costa. Esa situación de competencia individual no-cooperativa sería la posición natural para aquella sensibilidad, por así decirlo. Sin embargo, la situación se revierte si existen vínculos fiduciarios previos, que impongan el correlativo deber de cooperar informativamente con la contraparte, revelando la información que se posee. En ese escenario se comprende la reprobación que mereció el caso *Texas Gulf*: usted puede competir contra quien quiera, menos contra los accionistas de su sociedad empleadora; *i.e.*, los socios de la empresa minera que, bajo ignorancia del nuevo mayor valor de aquella, vendieron sus acciones a los *insiders* corporativos. Pero también el paradigma liberal individualista explica mejor las absoluciones en los famosos casos *Chiarella*¹⁰ y *Dirks*¹¹, que tienen en común lo siguiente: quienes explotaron la información privilegiada no eran *insiders* corporativos de la empresa emisora de los respectivos valores, de manera que los perjudicados por las transacciones no podían esgrimir a su respecto un vínculo fiduciario que obligara a los poseedores de la información a *revelarla* o a *abstenerse* de operar.

⁹ Cfr. DE LA MAZA, 2010, *passim*. De especial interés es la exposición del caso *Laidlaw v. Organ*, que consagró el paradigma de *caveat emptor* en el contexto estadounidense.

¹⁰ *Chiarella v. United States*, 445 U. S. 222 (1980): <https://www.oyez.org/cases/1979/78-1202>.

¹¹ *Dirks v. SEC*, 463 U. S. 646 (1983): <https://www.oyez.org/cases/1982/82-276>.

Siempre en este plano, la concepción sobre la titularidad de la información corporativa juega también un rol en la configuración de los esquemas de regulación. Pues mientras un enfoque descansa en la noción de información como *property right*¹² –cuya explotación es primeramente debida al emisor– el otro tiende a ver en la información un *public good*, cuya explotación es debida al mercado en su conjunto. La primera concepción operó a favor de la condena en el célebre caso *O'Hagan*¹³, pues de otro modo habría debido correr la misma suerte de *Chiarella* y *Dirks*. De este modo, el vínculo fiduciario se hizo extensivo a la fuente o titular de la información, como se verá de inmediato.

(iii) El tercer orden de razones es tan concreto como decisivo para la representación del micro enfoque: y es que el estrecho cauce del *insider trading* en los EE. UU. es primeramente hijo de las limitadas posibilidades de su arquetípica base legal, anclada como está sobre la noción de *fraude* (ya por *engaño*, ya por *abuso de confianza*, según veremos)¹⁴. Con otras palabras: el esquema regulativo original de los EE. UU. resulta todo lo audaz que puede ser, considerando su feble base legal¹⁵.

Obligado es considerar aquí el lenguaje de la regla 10b-5 del derecho federal estadounidense, anclado como está en la noción de *fraude o engaño en relación con valores*¹⁶. Bajo su alero, el primer estadio jurisprudencial coincide con los casos *Cady* (1961)¹⁷ y *Texas Gulf* (1968). Con fuerte empuje de la SEC, se impuso allí una lectura amplia, a tono con una lógica de *equal access* informativo (a la europea, diríamos). El eje interpretativo cambiará, sin embargo, con los casos *Chiarella* (1980) y *Dirks* (1983). Se impuso allí la denominada *teoría clásica* como respuesta al problema de tipicidad planteado por la regla 10b-5; y es que para afirmar la existencia de un fraude por engaño *en comisión por omisión*, hubo de hallarse una *posición de garante* (para decirlo en lenguaje

¹² Cfr. BAINBRIDGE, *SMU LR*, 1999.

¹³ *United States v. O'Hagan*, 521 U. S. 642 (1997): <https://www.oyez.org/cases/1996/96-842>.

¹⁴ En palabras de DAVIES, 1991, p. 251: «It is surely clear that if one were beginning with a clean sheet of paper to design a set of rules governing insider trading, one would not necessarily, or even probably, tie oneself to the concepts of fraud and deception. These happened to be the only tools available to plaintiffs and prosecutors in the state of US law as it was in the 1960s, when concern with insider dealing began to reveal itself in litigation».

¹⁵ Célebre es la frase del Chief Justice Rehnquist para caracterizar el estatus legal del *insider trading* (al alero de la regla 10b-5): «A judicial oak which has grown from little more than a legislative acorn»: así, en *Blue Chips Stamps v. Manor Drug Stores*, 421 US. 723, 737 (1975).

¹⁶ La sección 10(b) de la Securities Exchange Act de 1934 fue complementada por la SEC en 1942. El resultado es la Regla 10b-5 (https://www.law.cornell.edu/wex/rule_10b-5).

¹⁷ *In re Cady, Roberts & Co.*, 40 S. E. C. 907 (1961)

familiar); de ahí entonces la exigencia de un deber fiduciario como presupuesto del tipo ¹⁸.

Con *Dirks* se mantiene la teoría clásica, pero surge ya la noción de los *quasi-insiders* (ajenos al gobierno del emisor, pero funcionales a su gestión, de modo que resultan también sometidos a un vínculo fiduciario de interés de los accionistas) y la posibilidad de hacer responder a los *dateados* o *tippees* (si bien bajo presupuestos estrechos, derivados de la situación del *tipper*).

Una ampliación llegaría de la mano de *O'Hagan* (1997), donde la noción de fraude es «reacomodada» para subsumir supuestos de *abuso de confianza* en perjuicio de la fuente de la información: la *misappropriation theory*. Así, de un fraude por *engaño en comisión por omisión* se pasa a un *fraude por abuso de confianza*, en la forma de una apropiación indebida.

Ahora, podría todavía objetarse que semejante micro enfoque obedece, en este punto, a razones puramente contingentes. Con otras palabras: ¿qué ha impedido que los EE. UU. se den una regulación que *directamente* sancione el uso de información privilegiada –al modo europeo– en lugar de trabajar desde adentro de una disposición oblicua, sellada por la noción de fraude? La respuesta a esa pregunta es doble: por un lado, los EE. UU. sí se han dado un set de reglas que directamente prohíben el abuso de información privilegiada, pero en ambos casos con un alcance fragmentario, muy puntual: ya únicamente para una clase específica de información privilegiada (la que se tiene sobre ofertas de compra de una empresa: la *tender-offer rule* 14e-3, de 1980 ¹⁹), ya para un limitado círculo de destinatarios (parlamentarios y funcionarios del parlamento, conforme a la Stock Act de 2012 ²⁰). El micro enfoque, una vez más.

Se comprende que este enfoque tiene dificultades para subsumir una serie de hipótesis en las que, no obstante presentarse una explotación de información privilegiada, no aparece un vínculo fiduciario claro. Tiene entonces dificultades para hacerse cargo de supuestos (1) en los que un tercero *dateado* (*tippee*) usa de la información ²¹, tanto más si su conocimiento no se debe a una indiscreción deliberada del *insider*; o bien (2) allí donde el conocimiento de la

¹⁸ Como muy claramente hace ver KIM, *UCLA LR*, 2014, p. 940: «[I]n Chiarella, the fiduciary duty element was originally offered as a solution to the act/omission problem: Even though insider trading does not involve the act of affirmative misrepresentation, an omission—the failure to disclose—could nevertheless count as fraud if the defendant was already subject to a duty to disclose».

¹⁹ 17 CFR § 240.14e-3: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/240.14e-3>.

²⁰ *Stop Trading on Congressional Knowledge Act (Stock Act)*: <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/2038>.

²¹ Para el espinoso problema de la relación *tipper-tippee* en el derecho federal estadounidense: cfr. *U. S. v. Newman*, 773 F. 3d 438 (2d Cir. 2014), cert. denied, 136 S. Ct. 242 (cfr. Loss, 2017, pp. 381-382) y *U. S. v. Salman*, 792 F. 3d 1087 (9th Cir. 2015), cert. granted, 2016 U. S. Lexis 662.

información es el fruto de una actividad ilícita o delictiva del agente (hipótesis de espionaje²², entre otras, incluyendo la explotación basada en el conocimiento de actividades delictivas en las que se participa²³). Y ya se ha visto que para cubrir casos tan clamorosos como los de uso de información privilegiada por parlamentarios, fue necesario aprobar una ley especial.

IV. LAS RAZONES DEL MACRO-ENFOQUE Y DEL DELITO COMÚN: EL CASO DE EUROPA

Como se sabe, Europa se fue dando una regulación conforme a la cual la posición desde la que se accede a la información puede añadir una dosis de desvalor al hecho, pero de ningún modo lo constituye. Y es que se llega a la prohibición desde otro punto de vista. Si la premisa –la expectativa base– es la paridad en el acceso informativo (si lo relevante es la información como bien público, de modo que debe fluir y no atascarse), entonces el mero uso constituye un injusto, venga de quien venga, se traicione o no una confianza. *Rectius*: se llega a decir aquí que se traiciona una confianza colectiva (no singularizada en una relación contractual-individual): precisamente la expectativa de confianza que los participantes en el mercado depositan sobre su integridad o paridad informativa.

En esto conviene dejar hablar a la propia regulación europea. Antes que nada, a la DAM 2003/6/CE, instrumento que por primera vez adoptó una regulación conjunta para el *abuso de mercado*²⁴. La explicación deja poco margen para dudar del macro enfoque que venía a adoptar, orientado por los efectos en el mercado y el público inversor en general. Su considerando 12 rezaba:

²² Cfr. KIM, *UCLA LR*, 2014, pp. 977 ss. La solución estándar «text-book» rechaza la subsunción –por falta de vínculo fiduciario– por más que la SEC, de modo voluntarista, se empeñe en afirmar lo contrario: cfr. SEC v. Dorozhko, No. 08-0201 (2d Cir. 2009). En lo demás, considérese la discusión entre Justice O'Connor y el Deputy Dreeben en el contexto del caso O'Hagan, reportada por KIM, op. cit., p. 978: «The following exchange between Justice O'Connor and Deputy Solicitor General Michael Dreeben during the O'Hagan oral argument makes this clear: Mr. Dreeben: The misappropriation theory... involves... an agent entrusted with information by a principal under the understanding between the parties that the agent would not use that information for any personal gain without obtaining the principal's agreement. Justice O'Connor: Well, Mr. Dreeben, then if someone stole the lawyer's briefcase and discovered the information and traded on it, no violation? Mr. Dreeben: That's correct, Justice O'Connor».

²³ Así, cfr. el caso del atentado con bomba al plantel del *Borussia Dortmund*: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-04-21/german-soccer-team-attacker-hoped-to-profit-from-share-slump>; <http://www.sport.es/es/noticias/champions/toda-verdad-sobre-motivo-del-atentado-dortmund-5986949>.

²⁴ De cualquier modo, la primera directiva comunitaria-europea en materia de *insider trading* era ya muy clara en el sentido que aquí se busca afirma: cfr. los primeros seis considerandos de la Directiva 592/89/CEE.

(12) «El abuso del mercado consiste en operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado. El objetivo de la legislación contra las operaciones con información privilegiada es el mismo que el de la legislación contra la manipulación del mercado: garantizar la integridad de los mercados financieros comunitarios y aumentar la confianza de los inversores en dichos mercados. Es por tanto aconsejable adoptar unas normas combinadas para combatir tanto las operaciones con información privilegiada como la manipulación del mercado [...]».

Por su parte, el RAM UE 596/2014 contiene dos considerandos especialmente clarificadores:

(24) «La cuestión de si una persona ha infringido la prohibición de realizar operaciones con información privilegiada [...] ha de analizarse teniendo en cuenta el objeto del presente Reglamento, que es proteger la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, lo que, a su vez, se basa en la garantía de que estos estarán en igualdad de condiciones y protegidos contra una utilización indebida de información privilegiada».

(23) «La característica esencial de la operación con información privilegiada consiste en obtener una ventaja injusta a partir de información privilegiada en detrimento de terceros que desconocen la información y, por tanto, en el menoscabo de la integridad de los mercados financieros y la confianza de los inversores».

Dejemos por ahora en suspenso la valoración de esta clase de fundamentaciones. Bastará con advertir que, así formulado, el macro enfoque se apoya —en parte— en lo que no pasa de ser una ficción o un mito: y es que no existe una auténtica *par conditio* informativa, desde ya por la importante brecha informativa existente entre los operadores expertos y el público inversor, a causa de los elevados costos de procesamiento y verificación informativa, sumados a inherentes limitaciones cognitivas²⁵.

Ahora bien, una adecuada ponderación del asunto debe atender al reverso de la medalla: no a la utópica paridad informativa, sino a la más realista *paridad en la incertidumbre*.

V. EL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO ABUSO DE MERCADO: FUNDAMENTOS JURÍDICO-ECONÓMICOS

Un breve rodeo es necesario en este punto, para explicar cómo surge la preocupación por el uso de la información privilegiada desde un punto de vis-

²⁵ Cfr. PERRONE, Andrea, inédito, presentación en seminario Fondecyt, UDP, 10 de enero de 2019.

ta económico-jurídico. Se trata de mostrar qué función desempeña la prohibición del uso de información privilegiada en un cuadro más amplio: el de la regulación de los mercados de oferta pública de valores. Ello sirve para poner las cosas en un contexto funcional, al mismo tiempo que asomarnos a la cuestión de la lesividad.

¿Qué clase de problema o desafío explica la necesidad de regular un mercado de valores?²⁶

La asimetría informativa es el problema central de los mercados de oferta pública de valores: ¿Pues cómo captar capitales si quienes son invitados a participar en el riesgo de empresa o de crédito (los que están «afuera») pueden razonablemente sospechar que serán siempre «postergados» por los solicitantes, por quienes están «adentro»?

Los de afuera –los amenazados por la asimetría informativa– tienen, con todo, una poderosa arma: el poder de la desconfianza. Pero como toda arma, no es inofensiva. Advertir los peligros sistémicos de esa arma le valió el Nobel de Economía a George Akerlof, por un célebre *paper* publicado en 1970²⁷, en el que estudiaba el comportamiento de los agentes en el mercado de los automóviles usados (*lemons*). La idea se sigue con facilidad²⁸: Akerlof predijo que los mercados entregados a la asimetría informativa presentaban condiciones para lo que denominó «selección inversa» o «adversa». En un escenario semejante, los peores oferentes permanecían en pie: chapuceros vendedores de chatarra.

Ahora bien, el paso crucial radica en las razones de aquel escenario de pesadilla: el anticipado poder de la desconfianza. Y es que en un escenario de opacidad (y de sospecha de fraude), el agente racional se defiende regateando a la baja. Ese regateo daña antes que a nadie a quien ha internalizado mayores costos para ofrecer sus productos en mejores condiciones. El chapucero, en cambio, que poco o nada ha invertido para añadir valor a sus productos, puede soportar el regateo hasta niveles intolerables para el buen oferente. De aquí entonces el éxodo de los buenos oferentes y el asentamiento de los malos. Los buenos oferentes procurarán «distinguirse», esclarecer la asimetría, dar confianza o transparentar las condiciones reales de sus productos²⁹, pero si no logran superar la desconfianza de los demandantes, sucumbirán ante el regateo a la baja.

Pues bien, el corazón de la institucionalidad de las regulaciones de mercado de valores tiene como sentido la generación y reforzamiento de mecanis-

²⁶ Para detalles, cfr. LONDOÑO, 2013, pp. 72-83.

²⁷ AKERLOF, 1970.

²⁸ Cfr. para una explicación sintética, ARMOUR et al., 2016, pp. 55-57.

²⁹ Este esfuerzo es especialmente arduo tratándose de *productos financieros*, a diferencia de otros bienes cuya verificación puede resultar más a la mano para los adquirentes: cfr. ARMOUR et al, 2016, pp. 56-57.

mos para evitar aquella *selección adversa*: para paliar los problemas de la asimetría informativa y transmitir confianza a los inversionistas. Se trata de herramientas jurídicas y económicas, que van desde la regla de *mandatory disclosure* para los emisores, a la función señalética del *precio de mercado*.

El diseño de un mercado regulado de valores supone entonces transitar desde un paradigma liberal de *caveat emptor* (como el que conocen los códigos civiles liberales del siglo XIX) hacia un escenario en el que los emisores (*caveat venditor*) queden obligados a entregar oportuna, continua y verazmente toda la información relativa a sus asuntos y que pueda ser relevante para la toma de decisiones de inversión. A esta «regla dorada» se agrega un sistema de auditorías y certificadoras, todos prestadores de reputación, quienes –bajo un presupuesto de imparcialidad– emiten su opinión con la finalidad de reforzar la expectativa de confianza en la validez de la información entregada por los emisores. Se añade a ello un mecanismo de formación de precios de mercado –y su protección– de manera que ellos puedan desempeñar una función informativa sintética, eficazmente señalética del más plausible valor de inversión de los instrumentos transados en el mercado.

El moderno derecho de la transparencia informativa de los mercados de valores se explica a partir de esas premisas. ¿Y en dónde se ubica en ese contexto la prohibición de uso de información privilegiada?

Una analogía puede valer más que una explicación: quien usa información privilegiada se parece a aquel que juega al póquer con el mazo marcado, de modo que mientras cada jugador cuenta con su destreza en el juego y el conocimiento de su propia mano, el *insider* cuenta con su destreza y con el conocimiento de todas las cartas de la partida³⁰. Y bien: ¿quién estaría dispuesto a jugar a ese juego? El volumen de jugadores caería considerablemente. La prohibición de la trampa, entonces, parece necesaria para alentar la confianza de los jugadores.

El ejemplo no se aparta de la realidad. De hecho, la explicación estándar apunta aquí a un riesgo de éxodo de inversionistas (pérdida de liquidez o de profundidad del mercado) y, en cualquier caso, a un encarecimiento del capital a causa de la desconfianza instalada (precisamente el escenario advertido por Akerlof). Una aplicación del «regateo a la baja» puede apreciarse justamente en el encarecimiento transaccional transmitido por los intermediarios de valores hacedores-de-mercado (*market makers*), ampliando el rango del *spread* al que compran y venden, allí donde tengan sospechas de

³⁰ La analogía se ha vuelto casi un lugar común. Que me conste, se encuentra ya en la canónica obra de LOSS & SELIGMAN.

estar en presencia de *traders* con información privilegiada³¹. Otra tanto se ha dicho con respecto al encarecimiento del equity a raíz de la desconfianza de los shareholders, quienes exigirían a los managers mayor retorno³². La autorización del uso de información privilegiada, en fin, desincentivaría la búsqueda y el análisis profesional de información y, en general, afectaría a la industria del análisis³³. Sobre esto último, que es fundamental, se volverá en breve.

VI. LA PARIDAD EN LA INCERTIDUMBRE Y EL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO PSEUDO ESPECULACIÓN. LA TUTELA DEL MERCADO DEL ANÁLISIS PROFESIONAL

Con esto, sin embargo, no se ha cerrado el punto. Todavía cabe ofrecer una última imagen para caracterizar el contenido de injusto al que el macro enfoque busca responder. El uso de la imagen resulta algo paradójico, porque está tomada de las tipologías de fraude por engaño, con lo cual parecen sugerir una noción más acorde al micro enfoque. Pero para nuestros propósitos aquello no interesa, ya se verá la razón.

Pues bien, el abuso de información privilegiada se puede describir como una hipótesis de *pseudo especulación*, connotada por una muy considerable reducción del riesgo de inversión, cuanto menos en el corto plazo³⁴. Así, quien usa información privilegiada no participa de la paridad en la incertidumbre, de aquella dosis de aleatoriedad que, en mayor o menor medida, resulta inherente a la inversión en valores (y a todo asunto humano, por lo demás). Si acaso no una

³¹ Cfr. ARMOUR et al, 2016, p. 113 y p. 184, haciendo ver las consecuencias en términos de encarecimiento y consecuente pérdida de liquidez o volumen del mercado. La referencia canónica es al trabajo de BHATTACHARYA & DAOUK, 2002, pp. 75 ss, 76. Véase igualmente HOPT, 2010, pp. 43 y 460.

³² KRAAKMAN, 1991, p. 48.

³³ KRAAKMAN, 1991, pp. 48-49.

³⁴ Así, fundamental, KOSLOWSKI, 2011, p. 53: «The problem of insider trading on the stock exchange is that insider traders make a profit from a situation in which no real uncertainty exists, since the facts of the insider information are already known. This being the case, the legitimization for speculation –i.e. exposure to uncertainty and risk– is patently not in evidence. [...] Of course, the insider still bears a certain degree of risk because the takeover might not take place after all, whatever the insider has been told. Or a recommendation by a business journalist to buy a particular share may have a far less spectacular effect than the insider perhaps anticipated, and consequently the gains from the insider's speculation may amount to nothing. Nevertheless, the insider's risk is always very much lower than that of other speculators operating in the same market». El citado autor caracteriza el *insider trading* como una *pseudo speculation* (sin aporte de valor, por tanto, a diferencia del *arbitraje* de precios y objetos que la auténtica especulación hace posible), a su juicio en línea con el *agio* clásico. En el mismo trabajo se da cuenta de la reprobación del agio por la escolástica, desde Duns Scoto hasta Molina: cfr. *op. cit.* p. 54 ss.

«apuesta sobre seguro»³⁵, se le acerca mucho. La imagen del juego del póquer con el mazo marcado puede servir también aquí. Pero también podría pensarse en una hipótesis de celebración de un *contrato aleatorio*, sin advertirle a la contraparte que la incertidumbre es meramente aparente, pues gracias a antecedentes que aquella ignora, se ha tenido un privilegiado acceso al «futuro».

Estas fórmulas de *aleatoriedad aparente* o *aseguramiento de la suerte* no son un hallazgo contemporáneo ni resultan especialmente novedosas (por más que su asociación al *insider trading* lo sea³⁶). Eran ya bien conocidas por los codificadores del s. XIX. El Código Penal español de 1850 sancionaba «a los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte» (art. 452 núm. 4.º). De aquella fuente sería recogida por el codificador chileno de 1874, incorporándola en iguales términos como numeral 7.º del artículo 470 CP, vigente hasta hoy. El codificador chileno innovó, por otra parte, sancionando adicionalmente una hipótesis de celebración fraudulenta de contrato aleatorio³⁷, del siguiente tenor: «A los que con datos falsos u ocultando antecedentes que les son conocidos celebren dolosamente contratos aleatorios basados en dichos datos o antecedentes» (art. 470 núm. 6.º CP, también vigente hasta hoy).

El injusto del uso de información privilegiada comparte el mismo núcleo de desvalor de aquellas figuras clásicas de fraude. Una equivalencia puede trazarse en el *input*, en la base del *desvalor de acción*, si se quiere. La diferencia radica más bien en el contexto en el que se insertan las conductas y, correlativamente, en la clase de interés protegido que es posible afirmar, cuanto menos directamente³⁸: ya no una contratación bilateral *ad hoc* y cara a cara, como en aquellos fraudes clásicos, sino bajo condiciones de multilateralidad, anonimato y estandarización, propias de un sistema de mercado de valores. Esa diferencia de contexto no es trivial, por cierto: condiciona la forma de las conductas, una diversa clase de lesividad³⁹ y las correlativas resistencias de subsunción⁴⁰. Pero el punto aquí no es ese: de ningún modo se trata de afirmar

³⁵ Cfr. el artículo 2261 del Código Civil chileno: «Hay dolo en el que hace la apuesta, si sabe de cierto que se ha de verificar o se ha verificado el hecho de que se trata»; igualmente el original artículo 566 del Código de Comercio chileno en materia de contrato de seguro: «si alguno de [los contratantes] hubiere obrado con conocimiento de la pérdida o salvación de la cosa, será obligado a indemnizar competentemente al otro, sin perjuicio de la aplicación de la pena que le imponga la ley».

³⁶ Cfr. en esta línea, GREEN, 2006, pp. 240 ss. y su concepción del *insider trading* como *cheating*.

³⁷ Es interesante advertir que la propuesta original del comisionado Gandarillas comprendía todo contrato y no sólo los aleatorios. Fue la comisión redactora la que así lo redujo, por razones que bien pueden resumirse en la fórmula liberal del *caveat emptor*.

³⁸ En un plano extra típico, fenomenológico si se quiere, se trata siempre de unidades de valor patrimonial.

³⁹ Correspondiente a los potenciales efectos en el mercado, en línea con el macro enfoque, según ya se ha informado aquí: riesgo de pérdida de liquidez y encarecimiento del costo del capital, por de pronto.

⁴⁰ Algo equivalente sucede en el campo de las manipulaciones informativas de mercado, cuyo núcleo de acción guarda similitudes con el fraude por engaño. El contexto en el que se inserta el engaño o

un concurso de leyes entre las tipologías de uso de información privilegiada y las figuras decimonónicas de fraude en la suerte o en el juego.

El punto es, como se ha dicho, el de una equivalencia en un aspecto central del *desvalor de acción* entre una y otras figuras: la no revelada exclusión de la aleatoriedad (o cuanto menos su relevante disminución). Quien usa información privilegiada se sustrae de las condiciones basales de incertidumbre, disminuyendo el riesgo de inversión en márgenes no tolerables.

Aunque esta fórmula abre interrogantes sobre las que de inmediato se volverá, tiene la virtud de ofrecer un marco para calibrar el estándar de *concreción y relevancia*⁴¹ que ha de exigirse a la información usada, de modo que pueda contar como «privilegiada»: lo será sólo si su uso reduce la exposición del agente al riesgo, hasta un punto en el que pueda decirse que se ha sustraído de las condiciones basales de incertidumbre. Fuera de los extremos —desde meros rumores a situaciones consolidadas, desde eventos nimios a eventos centrales para la configuración del mercado o los negocios del emisor— no es una calibración fácil, se comprende, pero aquella comprensión del injusto puede aportar una perspectiva adicional para ello. Por lo demás, en base a esta perspectiva hace sentido que la información no se limite a la referida al emisor o sus valores (*corporate information*), sino que se refiera a toda clase de información no revelada al público y que conceda una ventaja a su poseedor (información de mercado, relativa a entes públicos, etc.).

En este punto toca volver sobre la interrogante en suspenso: si el *desvalor de acción* del uso de información privilegiada coincide con una intolerable reducción de la aleatoriedad, ¿qué es lo que la hace *intolerable*? No ha de ser una cuestión meramente *cuantitativa* o de magnitud de probabilidades, pues de otro modo se llegaría al absurdo de criminalizar al operador experto, que adopta sus decisiones con apoyo en sesudos y trabajosos análisis⁴². Por lo demás, la contención del riesgo constituye un objetivo central para todo inversionista juicioso, no hace falta decirlo.

Es claro, entonces, que el carácter *intolerable* del uso de información privilegiada no se deja captar por el alcance meramente cuantitativo de la fórmula

la falsedad informativa hace, sin embargo, una diferencia decisiva, de tal modo que la subsunción de esta moderna forma bajo las figuras clásicas resulta problemática a la luz del principio de tipicidad. Repara en ello la defensa en el famoso caso *Rex v. De Berenger* (1814) 3 M & S 67, pp. 67-77 (pp. 536-540), sentencia del King's Bench a la que puede accederse desde <http://www.worldlii.org/int/cases/EngR/1814/480.pdf>.

⁴¹ Cfr. artículo 7.1 RAM 2014.

⁴² Aunque el ejemplo es algo extremo, viene a la mente el caso del analista Michael Burry, sobre el que se basa el fantástico film *The Big Short*: ¿acaso puede reprochársele que explotara con *ventas cortas* su anticipación de la burbuja inmobiliaria *subprime*?

de exclusión de la incertidumbre. Su fundamento ha de hallarse en una circunstancia de relevancia *cualitativa*. Se llega así a «la madre del cordero» y, con ello, a la intersección entre los dos grandes enfoques regulativos, a aquello que tienen en común, por más que no sea explícito en ninguno de ellos: la prohibición del uso de información privilegiada se basa en una decisión regulativa para proteger el mercado del *análisis profesional*, en tanto mecanismo más eficiente y más justo de transmisión de información hacia el público inversor, con el correlativo impacto en la integridad de los precios de mercado. Dicho con otras palabras: la prohibición del uso de información privilegiada es una opción a favor de aquello que hay de eficiente y de meritocrático (de trabajo, de esfuerzo) en el aludido mecanismo informativo, por oposición al vehículo informativo representado por las transacciones del *insider*⁴³. A partir de una base común de información pública compartida, la trabajosa lectura de la realidad económica y financiera (el análisis profesional) es el camino válido para sustraerse de la incertidumbre. Si aquella es la dimensión positiva de la explicación, el polo negativo está representado por una intuición de justicia: la idea de que no es justo lucrar mediante la mera *explotación* —es decir, sin mediar trabajo específico— de una determinada posición profesional o laboral⁴⁴.

Aquí es donde convergen los dos enfoques de regulación que nos han ocupado y emerge el terreno común de injusto al que pueden acceder *intranei* y *extranei* (para retomar la analogía que me fuera sugerida por nuestro homenajeado: cfr. *supra* II). Por ello hace sentido que las regulaciones dispongan una figura base de *delito común* (basta la *posesión en uso*, como expresión de sustracción de la incertidumbre, cuya sanción se justifica para tutelar la liquidez y profundidad del mercado de valores), acompañada de una hipótesis *calificada*⁴⁵ que, junto con retribuir el mayor desvalor que supone la explotación desde una determinada *posición (insider)*, cumpla una función señalética so-

⁴³ Sobre lo cual, por todos, el icónico artículo de GILSON & KRAAKMAN, 1984.

⁴⁴ A esa intuición pueden añadirse razones de eficiencia, por lo demás, relacionadas con el conflicto de interés y el riesgo de desviación de destino que supone el desdoblamiento del *insider*: que por un lado ha de ocuparse de los asuntos del emisor o del ente, mientras por el otro dedica su atención a lucrar en base a aquello que le toca gestionar.

⁴⁵ La nueva regulación del derecho chileno responde a este esquema de delito común y figura calificada (art. 60 LMV, N.ºs 2 y 1, respectivamente). La regulación europea mantiene un esquema de señalamiento de *insiders* primarios y secundarios, como hipótesis especial (art. 3.3. a-c DAM 2014), abriéndose a la figura común en un apartado residual (art. 3.3. apartado final DAM 2104). Sin perjuicio de las importantes limitaciones o condiciones del apartado 1.º del artículo 285 CPE, el tipo penal español hace suyo el esquema europeo; y, tras la reforma operada por la L. O. 14/2022, abraza más intensamente el macro enfoque —si acaso puede decirse así— equiparando las penas para *insiders* y *outsiders*.

bre los medios no tolerados para sustraerse de la incertidumbre (en oposición al vehículo meritocrático avalado por el modelo)⁴⁶.

De este modo, si en un extremo (ilícito) ha de ubicarse el *uso* como explotación de la *posición* propia (*insider*), derivada (*tippee*) o delictiva (art. 3.3.d] DAM), en el extremo opuesto (lícito) se ubican las decisiones de (des)inversión adoptadas en base al mejor conocimiento públicamente disponible (directa o indirectamente basadas en el análisis informativo)⁴⁷.

Con ello cierro mi contribución en homenaje al Profesor Enrique Peñaranda Ramos, con quien estaré permanentemente en deuda, por su magisterio, delicadeza y generosidad incomparables.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, GEORGE: *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, Quarterly Journal of Economics, 84, 1970, pp. 488 ss.
- ARMOUR, JOHN, et al.: *Principles of Financial Regulation*, Oxford-New York, 2016.
- BAINBRIDGE, STEPHEN: *Insider Trading Regulation: The Pathdependent Choice Between Property Rights and Securities Fraud*, Southern Methodist University Law Review, 52, 1999, pp. 1589 ss.
- BASCUÑÁN, ANTONIO: *Poseción, uso y explotación de la información privilegiada como elementos del insider trading en el derecho comparado del mercado de valores*, Política Criminal, vol. 12, núm. 23, Julio, 2017, pp. 453-532.

⁴⁶ Debe notarse que aún bajo el modelo de delito común, subsiste el carácter especial del delito de *insider trading* (*opération d'initié*) en la cualidad del *objeto* de la conducta (*insider information*; información privilegiada; *informations privilégiées*). Es decir, aunque ya no se trata de denominar un delito por la cualidad del sujeto agente (operación del iniciado o *insider trading*), aquella cualidad especial subsiste en la caracterización del objeto de la conducta. El macro enfoque traslada «lo especial» desde el *sujeto* al *objeto* de la conducta.

⁴⁷ Entre esos extremos se ubica el supuesto de uso de información poseída por circunstancias meramente azarosas. Es una hipótesis difícil. Cfr. GREEN, 2006, p. 240 ss., con referencia al caso de Barry Switzer (SEC v Switzer, 590 F Supp 756 (WD Okla 1984), en el que Switzer, ubicado en las graderías de una competencia escolar, escuchó a un alto ejecutivo de una sociedad emisora hablar con su esposa sobre la inminente fusión de una sociedad relacionada. Green propone excluir de la prohibición esta clase de casos. Es algo que merece discutirse. En la especie, en todo caso, habrá que decir que mientras la escucha puede haber sido genuinamente azarosa, su procesamiento cognitivo lo es menos, en cuanto necesariamente demanda atención deliberada. Con otras palabras: puede discutirse el carácter genuinamente azaroso de la *posesión* misma. Más allá de este caso, desde el punto de vista de la operación (como supuesto de exclusión de la incertidumbre), en nada se distinguen estas hipótesis de cualquier otra de *uso en posesión*. La circunstancia del hallazgo azaroso es la que hace dudar, pues tendemos a ser tolerantes con el azar. Razones de índole probatoria y de reducción de la complejidad habrían podido aconsejar la inclusión de semejante hipótesis en la regulación europea (DAM 2014, por lo que aquí interesa) y chilena (art. 60 núm. 2.º LMV). Si acaso ello es sintomático de una administrativización del derecho penal, es algo que bien puede discutirse. La discusión debería considerar el *estatus* de la revelación imprudente de información privilegiada, como contra cara.

- *Delitos de manejo indebido de información privilegiada en el mercado de valores*, en Derecho Penal Económico. Parte especial, Valencia, 2024, cap. III, pp. 73-125.
- BHATTACHARYA, Utpal & DAOUK, Hazem: *The World Price of Insider Trading*, Journal of Finance, 57, 2002, pp. 75 ss.
- DAVIES, Paul L.: *The Take-over Bidder Exemption and the Policy of Disclosure*, en European Insider Dealing. Law and Practice, London-Kent, 1991.
- DE LA MAZA: Los límites del deber precontractual de información, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- GILSON, Ronald J. & KRAAKMAN, Reinier H.: *The Mechanisms of Market Efficiency*, Virginia Law Review, 1984, pp. 549 ss.
- GREEN, Stuart P.: *Lying, Cheating, and Stealing. A moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, 2006.
- HOPT, Klaus J.: *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores*, Madrid, 2010.
- KIM, Sung Hui: *Insider trading as private corruption*, UCLA Law Review, 2014, pp. 928 ss.
- KOSLOWSKI, Peter: *The Ethics of Banking. Conclusions from the Financial Crisis*, Heidelberg London New York, 2011.
- KRAAKMAN, Reinier H.: *The Legal Theory of Insider Trading Regulation in the United States*, en European Insider Dealing, London, 199, pp. 48 ss.
- LONDOÑO, Fernando, *Ilícito de manipulación bursátil: fenómeno y lesividad. Aspectos de política sancionatoria*, Política criminal, vol. 8, núm. 15, Artículo 3, 2013, pp. 64 ss.
- MOLONEY, Niamh: *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford, 3d. ed., 2014.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica a la teoría de los delitos de infracción de deber*, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, Madrid, 2008, tomo II, pp. 1419 ss. [también en La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad, Buenos Aires - Montevideo, 2014, pp. 1 ss.].
- *Réplica*, en La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad, Buenos Aires - Montevideo, 2014, pp. 317 ss.
- PERRONE, Andrea: *Insider Trading and the Integrity of Mandatory Disclosure*. A European Comment, inédito, presentación en seminario Fondecyt, UDP, 10 de enero de 2019.
- *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 4a. ed, 2024.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho Penal*, en Poder Judicial, núm. especial IX (Jornadas de estudio sobre nuevas formas de delincuencia, Centro de Estudios Judiciales, Madrid), 1988, pp. 236 ss.
- ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* [traducción de la 9.ª edición alemana], Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ-VERA, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, 2002.

22. LAS LLAVES FALSAS

BORJA MAPELLI CAFFARENA
Catedrático emérito de derecho Penal
Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El uso de las llaves falsas es una de las circunstancias que convierte el hurto en robo. Una primera y errónea impresión nos llevaría a considerar que las llaves falsas son un elemento objetivo del tipo; sin embargo, no es así. Se trata de un elemento normativo cuyo alcance ni siquiera se puede comprender mediante la interpretación de la definición autentica y abierta que nos proporciona el artículo 239¹. La mención expresa a *llave falsa* no solo es una huella residual de un código para una España rural y de una trasnochada criminología lombrosiana, sino también un ejemplo paradigmático de las tesis positivistas empeñadas en la errónea propuesta de alcanzar la mayor seguridad jurídica mediante un normativismo casuístico. La consecuencia inevitable es que seguimos expandiendo esta circunstancia cualificante de forma desordenada e injustificada. Dentro de ella se incluyen tantos instrumentos y tan diversos supuestos, que gracias a la llave falsa el robo fagocita en la práctica muchos de los casos de sustracción ilegal que debieron castigarse como simples hurtos. Podemos decir que el hurto ha pasado de ser el tipo básico al tipo residual.

¹ En el mismo sentido, PÉREZ MANZANO, 1998, p. 384. Con todo, no deja de ser contradictorio que, a pesar del reconocimiento de que se trata de un concepto normativo, creado para esta ocasión por el Derecho penal, la doctrina ase espuee en anclarlo a su significado literal.

Todo apunta a que este expansionismo supone una especie de ruptura del dique impulsado por las nuevas tecnologías. Códigos, tarjetas, contraseñas, llaves electrónicas y digitales, cerraduras inteligentes, identificación facial o de retina, huellas dactilares o biométricas y otras modalidades siguen y seguirán sumándose en una deriva injustificada que ha obligado al legislador a acudir por tres veces a la técnica de la analogía contraria al reo, ante la imposibilidad de incluir una mención actualizada de la misma².

Para actualizar esta agravante se ha caído en una redacción casuística desesperante y desordenada, que no tiene parangón dentro de otros grupos de delitos, ni siquiera en los atentados contra la vida o la integridad. Tanto casuismo amalgamado impide entrar a valorar matices sustantivos. Si el núcleo que da sentido a esta agravación, el que constituye su eje, resulta ser la llave falsa, tendremos que convenir que no merece el mismo tratamiento la fabricación predeterminada de unos códigos para acceder a un recinto, que tomar las llaves, que, el dueño olvidadizo, dejó en el mostrador del bar, para entrar en su casa. Mientras no nos pongamos de acuerdo en superar el casuismo literal y tengamos claro cuál es el objetivo de la cualificación, nos veremos inevitablemente ciegos y sin argumentos para aceptar o excluir el robo en espacios tan dispares como las máquinas expendedoras, el coche o los programas de ordenador. Una llave, en sentido estricto, un código numérico, un dispositivo, una huella o una retina manipulada y tantos otros instrumentos seguirán siendo tratados de igual forma. La concurrencia de tantas y tan variadas circunstancias, mantenidas históricamente, no permite resolver la crucial cuestión del fundamento común a todas ellas.

La protección de la propiedad en vía penal no ha podido evitar ir a la saga del Derecho civil en su regulación. Esto no tendría que sorprender en la medida que la propiedad, que se defiende como bien jurídico por el Derecho penal, es idéntica a la civil. El principio *ultima ratio* obliga a reservar la sanción penal para los ataques más relevantes. Sin embargo, es inevitable que, con autonomía, el sistema penal haya ido cambiando los criterios de gravedad del injusto a lo largo de la historia. En los textos legales anteriores al siglo XIX e, incluso, en algunos Códigos penales actuales, por influencia del Derecho canónico, vemos considerado con frecuencia la gravedad del delito en función a la presencia o no de voluntad de apropiación o vindicativa. Mas tarde los criterios

² En efecto, en el párrafo primero del artículo 239 se dice «ganzúas u otros instrumentos análogos», más adelante se extiende el concepto de llaves falsas a «cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo» (art. 239. 1. 3) y, en el mismo precepto, en el último párrafo, se termina incluyendo dentro de las llaves falsas «cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar».

civilísticos desplazaron estas referencias culpabilísticas en favor de una regulación dominada por la facticidad, que, en ocasiones, resulta extrema y alejada de los fundamentos sobre los que gira la propia responsabilidad penal. La referencia, por ejemplo, al valor de lo sustraído para determinar el injusto, sin considerar ni siquiera una representación eventual del mismo, casa mal con el principio de culpabilidad y nos acerca al *versari in re illicita*, pues, en definitiva, no debe olvidarse que nos encontramos ante un elemento objetivo del tipo que debe ser abarcado por el dolo.

En nuestro país se diseñó y defendió un modelo político criminal de protección del patrimonio en base a la gravedad del injusto y no de circunstancias personales³, conforme al cual aquel se incrementa atendiendo a la resistencia que sujeto pasivo hubiere interpuesto entre el bien deseado y el infractor, hasta tal punto que este criterio provoca un cambio en la valoración penal, no solo cuantitativo, sino también cualitativo, que afecta al propio *nomen iuris* de las infracciones. De esta forma, el sujeto pasivo asume un rol de sujeto activo en la medida que de él depende la naturaleza y la mayor o menor gravedad del delito. Cuando esa resistencia no existe, porque el acceso no ha exigido superar ninguna barrera, nos encontramos en el ámbito del hurto. Se incrementa la pena un peldaño cuando la sustracción requiere del fraude o engaño, entrando en el terreno de las estafas. Consecuente con un injusto más grave, se reserva la denominación de robo para los casos en los que el autor se ve obligado a emplear fuerza en las cosas y/o violencia en las personas. Por más que nos refiramos a ellas denominándolas agravantes, no se trata de figuras agravadas, sino de nuevos delitos que elevan sus correspondientes circunstancias –engaño, fuerza o violencia– a elementos del tipo y no a circunstancias agravantes específicas.

Por otra parte, más allá del incremento de penas otros expedientes se hacen depender de estas cualificaciones. Así, por ejemplo, no son punibles los actos preparatorios en el hurto y sí, en cambio, en los robos (art. 269); o es uno de los supuestos castigados en caso de realización arbitraria del propio derecho (art. 455); o solo en el hurto se tiene en cuenta la cantidad sustraída para pasar de delito leve a grave o la eficacia de la excusa absolutoria que declara impune las sustracciones entre ciertos parientes (art. 268) o la agravante de casa habitada, edificios o locales abiertos al público solo prevista para los robos (art. 241) o, por último, merecen un tratamiento diferenciado las sustracciones para uso de vehículos de motor (art. 244).

³ La regla general recogida en el artículo 242.4 deja claro que solo «circunstancias del hecho» –y no, de la persona– podrían dar lugar a una atenuación de la pena.

En el tema que nos ocupa, esta propuesta legislativa ha merecido reiteradas críticas por entender que la sustantividad del, llamado por la doctrina clásica alemana, *furta periculosa* (robo con fuerza) no justifica su equiparación con el robo con violencia en las personas. Ya nuestra doctrina clásica valoró críticamente este modelo porque, en palabras de Groizard⁴, si nuestro Código hubiera optado por ubicar bajo un mismo nombre todas las infracciones básicas contra la propiedad hubiéramos alcanzado «una claridad que no es fácil conseguir». La distorsión semántica a la que se ven sometidas las palabras que afecta especialmente a la llave falsa no hubiera sido necesaria o, al menos, no alcanzaría tanta gravedad. Tampoco se puede afirmar que sea este modelo el que domina en nuestro entorno. Ni Francia, ni Alemania ni Italia varían el nombre del delito por el hecho de que el autor haya empleado llaves falsas para la sustracción⁵. El único elemento que justifica cualificar el hurto y convertirlo en robo es el ejercicio de la violencia, las demás circunstancias no debieron de pasar de agravar la figura básica del hurto⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior era inevitable que la idea del uso de llave falsa entrara en crisis y pronto iniciara un proceso de *volatización* que, con la última reforma del 2015, se ha acentuado al incorporar, como tal, «cualquier instrumento tecnológico de eficacia similar»⁷. La respuesta de la doctrina y la jurisprudencia ha sido soslayar la violencia, acuñando la expresión *violencia normativa* e ignorar la llave y atender a su función⁸. Inevitablemente se ha

⁴ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1896, p. 10; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, EPyC, 1987, p. 142.

⁵ En Francia las sustracciones de bienes son robos –vol– (art. 311.3) y se acompañan de una larga relación de circunstancias agravantes (art. 311.4), entre las que no se hace expresa mención a las llaves falsas, aunque podrían encontrarse implícitas en la agravante de penetración por medios fraudulentos («en pénétrant dans les lieux par ruse»). La misma fórmula encontramos en Alemania y en Italia. En Alemania se cuenta con un tipo básico de sustracción –Diebstahl– (Par. 242), agravado por distintos tipos de circunstancias (Par. 243), entre las que están expresamente mencionadas las llaves falsas u otros instrumentos pensados para una entrada no adecuada («mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug»). Y en Italia, la sustracción básica –furto– (art. 624) se ve agravada por un conjunto de circunstancias entre las que se encuentra la fuerza en las cosas (art. 625), pero no se hace mención específica al uso de llaves falsas.

⁶ MUÑOZ CONDE, 1976, p. 181. También, GÓMEZ BENÍTEZ, 1980, pp. 236-237. Atendiendo a las críticas generalizadas de la doctrina el Proyecto de 1980 trató de resolver el problema creando una figura intermedia entre el robo y el hurto, dentro de la cual estaría la sustracción con llave falsa. Sin embargo, la propuesta no lograba una pena también intermedia, sino todo lo contrario, vaciando de sentido la misma. Vid. HUERTA TOCILDO, CPC, 1981, p. 481.

⁷ Esta cláusula ha sido añadida al artículo 239 con la Reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio (BOE núm. 152 de 23 de junio). La imposibilidad de limitar conceptualmente el significado de llave falsa se manifiesta en el esfuerzo del legislador de hacerlo, empleando el adjetivo *tecnológico*. Sin embargo, como señala la RAE, tecnología es un «Conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto».

⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1987, p. 148.

caído en un juego casuístico, que aumenta la inseguridad jurídica debido a una jurisprudencia fluctuante y contradictoria escasamente fundamentadas⁹.

Si fuéramos coherentes con aquel modelo político criminal y con la propia evolución tecnológica de las cerraduras, no tiene sentido mantener la expresión «llaves falsas» y seguir degradando semánticamente el concepto, porque hoy todas las llaves son auténticas, reproducidas o no en una ferretería. La llave falsa no soporta por mas tiempo jugar el papel de referencia central para interpretar que debe ser o que no debe ser agravado.

En el tema que nos ocupa lo verdaderamente importante es que entre la cosa deseada y el infractor haya una barrera física, puesta o autorizada por el sujeto pasivo, con el objetivo de protegerla de la sustracción no deseada por terceras personas. En otras palabras y de forma más plástica, para calificar los hechos como robo con fuerza en las cosas, es irrelevante el instrumento con el que se consiguió, si se prueba que hubo que burlar un perímetro protegido.

Un ejemplo elocuente de la situación a la que nos ha llevado la actual regulación son los debates en los que se ha visto inmerso nuestra jurisprudencia a la hora de interpretar el alcance de la palabra *lugar* y el uso de las *llaves de salida*, que resulta aún más chocante en contraste con la decidida y generosa voluntad del legislador de mantener todo dentro del concepto llave. Se plantea por nuestra jurisprudencia, especialmente, a partir de una sentencia de 2024, si abrir con llave falsa una caja de caudales debe ser considerado o no robo. Es razonable pensar que puesto que estos delitos no tienen como objetivo asegurar un hábitat, como sucede con los ataques a la intimidad, no debe haber inconveniente en considerar que un lugar puede ser una casa, un armario, un baúl o una caja de caudales. En todos esos casos la conducta delictiva neutraliza el esfuerzo del titular por proteger su patrimonio. No obstante, nuestra jurisprudencia ha entendido que dicho perímetro envuelve un espacio más amplio que un baúl o una caja de caudales («Una caja no es un lugar»¹⁰), supuestos que quedaría excluidos del artículo 237 en base a la interpretación literal del término «lugar» que emplea el legislador para definir el delito de robo con fuerza en las cosas¹¹. Para nuestra jurisprudencia las claves que informan sobre el alcance del delito de robo con fuerza no están en los artículos 238 y 239, sino en la

⁹ Vid. Como ejemplo, la STS de 18 de marzo de 2024 (núm. 266/2024). Consulta núm. 13/1997 de Fiscalía General del Estado, 14 de noviembre de 1997

¹⁰ Voto particular que formulan los magistrados Antonio del Moral García, Andrés Palomo Del Arco, Leopoldo Puente Segura y Javier Hernández García a la Sentencia de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 266/2024, de 18 de marzo. En el mismo sentido, STS 569/24 de 6 de junio.

¹¹ Basados en este criterio restrictivo de que un lugar es un espacio que se puede ocupar por una persona, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, 1999, p. 389, entiende que el fundamento de esta agravante es el eventual ataque a la intimidad que lleva consigo la ocupación temporal de dicho espacio. Pero para

definición genérica del artículo 237, en el que se dice «empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar», sin tener en cuenta la regla de la interpretación de las leyes que establece que lo específico desplaza a lo genérico. Señalan estas resoluciones del Alto Tribunal que «lugar» solo puede interpretarse literalmente, es decir, como espacio. Al excluir del robo con fuerza todo lo que no sea entrar en un habitáculo se llega a soluciones difíciles de explicar, como es el caso de castigar como hurto solo cuando la fuerza es *ad rem*, es decir, para acceder a ella, y no. cuando la llave falsa se empleó *in re*, sobre la misma cosa –ej. candado de la moto–. Este criterio jurisprudencial lleva soluciones tan extrañas que nos pone ante la difícil cuestión de pronunciarse sobre que volumen debe tener un espacio para considerarse lugar o castigar por hurto, si se sustrae una moto abriendo el candado con llave ajena, y robo, si se trata de un coche ¹².

Semejante interpretación ni está justificada, ni es la única posible, ni siquiera es la que se desprende del texto legal ya que cuando el legislador ha querido destacar esa limitación lo ha dejado expresamente dicho; además, extiende el robo a las sustracciones de los cajeros automáticos (239. *In finis*). La primera de las acepciones que da la RAE de lugar es «porción de espacio», sin hacer ninguna mención a las dimensiones de este. Por otra parte, tampoco estaría justificada esa exclusión por razones materiales ya que merecen idéntica protección a través de la modalidad de los hurtos agravados las víctimas de quienes emplean la llave falsa para acceder a un lugar o al interior de un armario. En ambos casos se observa en el sujeto pasivo ese plus de colaboración con la defensa de los bienes jurídicos. Es para darle coherencia a la propuesta jurisprudencial en su argumentación que el Tribunal se ve obligado a reconocer que también la fuerza debe entenderse en sentido normativo («fuerza normativa»), es decir, «esfuerzo para llegar a la cosa», en coherencia con el fundamento en la mayor resistencia presentada por el sujeto pasivo. Con la expresión *fuerza normativa* se busca eludir las incoherencias de moverse en el escenario de robo con fuerza en las cosas en supuestos en los que tal fuerza, sencillamente, no se ha producido.

En relación con las llaves de salida, se ha tomado la decisión de mencionarlas expresamente para eludir otras interpretaciones más ajustadas al sentido

ello el legislador debiera haber acotado el lugar revirtiéndose solo a aquellos en los que se practica la intimidad y, sin embargo, no lo hace.

¹² La STS 08/09/1993 justifica este trato diferente porque, «aunque dicha cadena constituye un objeto cerrado en el sentido del 504.3, sin embargo, el apoderamiento del ciclomotor en esas condiciones no ha requerido al autor el empleo de una energía criminal especial suficiente para calificarlo de robo». En el mismo sentido, SSTS 22/05/1988; 30/11/1990; 21/05/1992. La misma argumentación se emplea para excluir del robo el uso de llaves falsas para arrancar el coche (STS 03/03/1987).

común y la coherencia. La Reforma de 2015 introduce un nuevo cambio y añade el hecho de que las mismas se utilicen, no para entrar, sino para salir del lugar del robo, es decir, en la huida ¹³.

1.2 El mantenimiento de las sustracciones con llave dentro de los delitos de robo transmite la inevitable imagen de hiperprotección de la propiedad. Debiera ser un principio infranqueable que en el vértice de la pirámide de la escala de valores protegidos por el derecho penal estuvieran los de carácter personal. Entre nosotros esto no ha sucedido siempre con la propiedad. Su protección históricamente desproporcionada, en no pocas ocasiones, ha dado lugar a que los delitos patrimoniales terminaran con penas iguales o superiores a los atentados contra bienes jurídicos personalísimos. Incluso, en la actualidad y sin ánimo de agotar los ejemplos, las lesiones que requieren para su curación tratamiento médico o quirúrgico pueden eludir las penas privativas de libertad (art. 147), mientras que el simple hurto de más de 400 euros (art. 234) o el robo con fuerza en las cosas (art. 240), sea cual sea el valor de los sustraído, merecerán siempre una pena de prisión.

Nuestro Código se aleja del modelo más común en el tratamiento de los delitos contra el patrimonio en el contexto europeo ¹⁴ y esto merece ser criticado por dos razones; la primera, porque castiga estos casos con una pena desproporcionada y, segunda, porque se crea en torno a ellos una suerte de Derecho penal excepcional, con medidas como la eliminación de un tope mínimo en atención a la insignificancia de los sustraído. Sorprendentemente la sustracción de un solo euro constituye delito, cuando se usa violencia, fuerza en las cosas o llaves, y pone de relieve la confluencia de intereses difíciles de conjugar que afectan a la vida, la integridad, la libertad y a los meramente crematístico.

En conclusión y *lege lata* se alcanzaría un mejor control de las penas en relación con el injusto y una mayor coherencia con la lógica del sistema penal que sitúa el interés de proteger los bienes personalísimos por encima de cualquier otro grupo de intereses, si los denominados robos «con fuerza en las

¹³ A pesar de la claridad del texto legal derogado por la Reforma de 2015, que se refería solo a los casos de fuerza empleada para entrar en el espacio donde se sustrae, algunas sentencias venían haciendo una interpretación extensiva, utilizando como argumento el criterio de la consumación, que no se produciría hasta que no lograrse la disponibilidad sobre la cosa sustraída. Por lo tanto, razona el Alto Tribunal «que si bien es preciso reconocer que, siendo prevalente la doctrina de la “illatio”, conforme a la cual no se consuma la infracción sino cuando, el infractor o infractores, tienen la disponibilidad de lo sustraído siquiera sea durante breve espacio de tiempo, es lo cierto que, el delito de robo, no se consuma sino cuando se produce esa disponibilidad, lo cual implica que, la salida del lugar de autos por vía insólita, pueda implicar que, para la perfección delictiva, haya sido indispensable ese denominado escalamiento de salida, el cual quedaría totalmente inmerso dentro de la dinámica comisiva». (STS 23/05/1987).

¹⁴ En el mismo sentido con una referencia más amplia *vid.* SORIANO SORIANO, CPC, 1989, p. 773.

cosas» se integraran en el grupo de los hurtos con la correspondiente agravante específica del empleo de la fuerza.

1.3 Mas allá de la influencia jurídica napoleónica, la resistencia de mención, expresa y concreta, a la llave falsa –tan común en el derecho comparado– para referirse a una modalidad de acceso a un recinto, en lugar de emplear un lenguaje jurídico más abstracto, depurado y conceptual, se encuentra probablemente en el sentido que ha tenido este instrumento para las culturas y las religiones desde la antigüedad. El legislador quiso partir como eje central de la agravación a la llave, de entre los muchos que son imaginables para burlar un recinto¹⁵. La llave ha sido símbolo, ideograma y atributo de prosperidad y de poder en la heráldica, los exvotos, los amuletos u otros innumerables objetos de transmisión de la cultura y las creencias. Aunque no fueron los únicos son especialmente conocidos los casos de Jano¹⁶ y de San Pedro, en ambos, la llave representaba el poder que en la mitología y en catolicismo detentaba quien, gracias a ella, podía abrir las puertas del cielo o del olimpo para permitir su paso al interior, pero también como símbolo de la apertura y la revelación, del tránsito entre lo humano y divino. De forma permanente la llave y su tenencia se ha asociado con el poder material, porque con ella se abrían palacios, castillos, arcones, cofres y tesoros y con ello se lograba el acceso al objeto deseado y, por encima de todo, permite la entrada en el hogar, donde se instalan los dioses de la familia. En Grecia y Roma el recinto que rodea al hogar poco importa de que esté formado, pero sea como sea marca el límite que separa el dominio de lo sagrado¹⁷. En la iconografía las llaves –más allá de su concepto material– simbolizan el poder de controlar ese tránsito hacia lo deseado¹⁸. Si las llaves representaban todas estas ideas su pérdida dejaba a los legítimos poseedores desamparados de ellas. Los legisladores penales –también, en nuestro país– se han dejado influir por esta simbología, apartándose desde los orígenes del concepto material. Incluso alguna jurisprudencia clásica reflexiona sobre la violencia

¹⁵ La referencia a las llaves falsas e instrumentos análogos aparece ya en nuestro primer Código penal, pero no la hemos encontrado, en cambio, en la legislación precodificadora. La Novísima Recopilación (Ley XXIX, Título XIX, Libro III) recoge un Bando publicado en Madrid en 1802 que perseguía a todos aquellos que introducían en el mercado de Madrid llaves o utensilios similares, sin haber obtenido los permisos correspondientes. Y, como veremos más adelante, la fabricación de estos instrumentos por cerrajeros hacía que se incrementase la pena, ya que estos profesionales tenían prohibido fabricar llaves sin la autorización de sus dueños. Probablemente de entonces surge el adjetivo de «falso» que acompaña a las llaves criminalizadas, y que hoy ha perdido todo su sentido.

¹⁶ A Jano se le dedica el primer mes del año –enero (ianuarius)– porque con él comienza un nuevo año.

¹⁷ DE COULANGES, 1996, pp 40-41.

¹⁸ Un aprueba bastante ilustrativa de como la llave ha influido más allá de su sentido material en un sentido metafórico, como control sobre el poder de transitar, son las numerosas palabras castellanas que tiene su raíz etimológica en la palabra griega *klios* –llave–. Proceden de ella palabras como clave, clavícula, claves o clitoris.

personal que ejerce quien posee la llave ajena. También es interesante ver como el sentido icónico explica que solo se considere la agravante de llave falsa en los delitos patrimoniales, cuando estaría, igualmente justificado, que se incrementara para el agresor, en los delitos de violación, homicidio o de cualquier otro delito contra las personas. Si la fractura o manipulación del obstáculo físico, para sustraer, justifica un mayor injusto –porque representa burlar la voluntad de autoprotección de aquellas–, el argumento no perdería vigencia –sino, todo lo contrario–, en los delitos contra las personas¹⁹.

II. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE DE USO DE LLAVES FALSAS

Con lo que hemos visto hasta ahora parece evidente que se ha construido un concepto jurídico-penal de llave falsa poliédrico y desordenado del que ni siquiera puede afirmarse que debe ser funcional.

Este desorden y esta permanente huida hacia el casuismo solo podrá evitarse si reflexionamos de nuevo sobre su fundamento y sometemos esta circunstancia a una relectura crítica, tomando como referencia el contenido material del injusto. En muchas ocasiones en las que se aplica automáticamente la cualificación y la, consiguiente, calificación de los hechos como robo y no como hurto, es imposible sustentarlo con razones que vayan más allá del empleo de un concepto radicalmente formal del injusto. Con toda seguridad si la jurisprudencia se hubiera interesado más en esto que Ferrajoli²⁰ denomina la «tendencia cognitiva» o aplicación sustancial, en la argumentación sobre los fundamentos de la norma infringida se hubiera podido consolidar un criterio de interpretación restrictiva más acorde con el sistema penal.

¿Por qué castigamos con una pena, con efectos agravatorios y sustantivos, superiores a una circunstancia agravante cualificada, a quien emplea una llave falsa, en cualquiera de sus modalidades, para sustraer cosa ajena? ¿Por qué, a pesar de lo anterior, el legislador y la jurisprudencia andan empeñados en una interpretación extensiva de semejante instrumento? Para alcanzar esa potente agravación ha sido preciso forzar el lenguaje, confundiendo lo falso con lo ilícito o incluyendo en fuerza en las cosas supuestos que a todas luces no lo son.

En un esfuerzo sintético por descubrir cual es la razón y, consecuentemente, la naturaleza jurídica de esta cualificación, podemos convenir que la

¹⁹ Así lo vio también GROIZARD Y GOMÉZ DE LA SERNA, 1896, p. 466, quien proponía que el uso de llaves falsas se incorporase al catálogo de las circunstancias genéricas agravantes.

²⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 30.

responsabilidad penal de los tipos básicos puede verse alterada a la baja o al alza por circunstancias que responden a una de estas tres razones. En primer lugar, por razones de política criminal, por conveniencias metajurídicas, como ocurre, por lo general y, por ejemplo, con las excusas absolutorias. En segundo lugar, por razones, de orden culpabilístico, determinado por circunstancias personales, que reflejan por lo general perfiles criminológicos graves, como son la reincidencia, los fines abyectos o la premeditación. Por último, el cambio puede deberse a un incremento o reducción del injusto, a una mayor o menor gravedad del hecho, cuando la conducta compromete otro bien jurídico o lo hace de forma más o menos grave a como sucede en el tipo básico.

No hemos encontrado de forma explícita autores que defiendan razones de política criminal, como pudieran ser la alarma social²¹ o el interés de que esta agravación estimule a los ciudadanos a la autoprotección, reduciendo las sustracciones ilegales y/o favoreciendo la potente industria de la seguridad. Esta última tesis, mantenida desde la victimodogmática, invocaría una suerte de principio general, que informa el sistema penal, según el cual la defensa penal del Estado tiene un carácter subsidiario. La persona asumiría una obligación de autotutela de sus bienes jurídicos y solo, en la medida de que esta falle, entra en funcionamiento aquel. Podría verse reflejado ese principio en este agravamiento de la pena cuando se constata que si hubo autoprotección «cerrando la puerta». Aunque estos argumentos son ciertos y existe interés de la sociedad en ellos, no hasta el extremo de convertirlos en bienes jurídicos penalmente protegidos²².

En segundo lugar, la mayor culpabilidad la vemos en autores influidos por el positivismo; de hecho los pronunciamientos a favor de estas tesis se encuentran sobre todo en la doctrina clásica. Tratadistas, como Groizard y Viada, entienden que la cualificación se debe a que «el que utiliza el medio reprobado de una llave falsa para abrir puertas, ventanas, etc. con el fin de cometer un delito, demuestra, como el que escala, rompe o fractura, más resolución, más perseverancia y mayor perversidad, mayor premeditación que aquel que aprovecha un descuido y realiza el hecho sin el empleo de aquellos recursos»²³. Tras la acción de sustraer por este medio hay una personalidad especialmente abyecta, agresiva o con mayor resolución criminal. Incluso, aunque el Código no requiere que se lleven armas o instrumentos peligrosos, se entiende que este *modus operandi* refleja mayor peligrosidad criminal. También Quintero Olivares entiende que en estos casos los autores «muestran

²¹ Vid. Notas 17 y 18.

²² Vid. Con detalle, ROXIN, 1997, pp. 562 ss.

²³ GROIZARD Y GOMÉZ DE LA SERNA, 1896, p. 466. En el mismo sentido, entiende VIADA y VILASECA, 1890, p. 387, que el uso de esos instrumentos denota «mayor perversidad, mayor premeditación».

una determinación mayor y mas peligrosa en el ataque a la propiedad»²⁴. Algunos autores se inclinan por una respuesta hibrida según la cual la razón de la agravante es superar el obstáculo puesto por el sujeto pasivo «correlativamente con una mayor maldad, o si se prefiere peligrosidad, en el culpable que no vacile en vencer las máximas dificultades para lograr la cosa apreciada»²⁵.

Bien asentados, los argumentos culpabilísticos, los vemos invocados por nuestra jurisprudencia, aun en la década de los ochenta del pasado siglo («manifiestan en el agente una mayor agresividad y peligrosidad merecedora de mayor sanción, se sustituye en el caso de uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes por la astucia habilidad o destreza, con lo que se manifiesta también ese plus de culpabilidad y antijuridicidad», STS de 5 de mayo de 1983).

Todas estas referencias a las circunstancias personales son meramente presuntivas y sin rigor y, mucho más, teniendo en cuenta la generosidad con que ley y justicia tratan la sustracción con llave falsa²⁶. La facticidad con la que se describe en el tipo los instrumentos agravatorios no permite justificarlos en una personalidad criminal particularmente abyecta; ni siquiera podría sustentarse en la premeditación porque tampoco está presente en los supuestos en los que el sujeto activo se encuentra inopinadamente las llaves. Como el propio Quintano señala son consideraciones de «muy relativo tenor» y están faltos de rigor. A partir de unos *modus operandi* muy diversos se pretende conocer aspectos de la personalidad del autor.

Por otra parte, si considerásemos que el fundamento del uso de llaves falsas denota una personalidad criminoso habría que, o romper el título de imputación en los partícipes, o hacerles extensivos elementos de imputación personal.

En tercer lugar, se vincula la cualificación a un mayor injusto. Ya entre los clásicos encontramos partidarios de la tesis de un mayor injusto, como es el caso de Carrara²⁷ que, refiriéndose a las fracturas, entiende que la mayor gravedad busca castigar el plus que representa la angustia o temor sufrido por el sujeto pasivo al comprobar que el autor no se para ante los obstáculos que protegen su propiedad, sino que los destruye o los burla de cualquier forma. De esta opinión es Quintano, que ve la razón de la mayor gravedad en «la dificultad mayor del obstáculo puesto por el propietario en defensa de su propiedad»²⁸.

²⁴ QUINTERO OLIVARES, 2008, p. 669.

²⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, 1977, p. 466.

²⁶ En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, 1977, p. 498.

²⁷ Señala CARRARA, 1946, p. 191 que «cuando han sido derribadas las puertas, o perforados los muros, o forzadas las cajas fuertes el individuo ya no encuentra en sus propios medios una tutela que valga para proteger la cosa, y el temor más intenso y difundido de la repetición exige de la defensa pública una energía más potente».

²⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, 1977, p. 465.

Así lo entiende también nuestra jurisprudencia más actual²⁹, que destaca para sustentar el carácter funcional de llave el argumento de la lesión a la mayor protección y cuidado con el que la víctima defiende su propiedad. De forma reiterada exige nuestra jurisprudencia que la acción del robo evite la barrera con las que se «pretendía excluir a terceros»³⁰. Aun sin manifestarse expresamente sobre la cuestión, la reiteración en defender un concepto funcional («instrumento en la práctica sea apto para accionar un mecanismo de cierre de una puerta dejando abierto y expedito lo que previamente estaba cerrado»³¹) sintoniza mejor con el fundamento de mayor injusto.

Una mayor gravedad de los hechos no justifica crear una nueva figura y llevar esta modalidad de hurto al ámbito de los robos ya que la conducta afecta a un bien jurídico relacionado con la sustracción y, en cierta forma, medial. La sustracción con cualquiera de las modalidades del actual robo con fuerza en las cosas es solo cuantitativamente más grave que el hurto y, en consecuencia, no merece otra cosa que formar parte de las modalidades agravatorias.

Desde esta perspectiva se hace innecesario entrar en el actual casuismo legal, incapaz de abarcar todos aquellos casos en los que el sujeto elude el perímetro de protección de los bienes con los que el propietario protege su patrimonio. Se agravará la sustracción cuando el autor franquea un perímetro eficaz que ha dispuesto el titular de los bienes deseados con el objetivo de reforzar su protección. Hay una voluntad de resistencia del titular independiente de la sustracción que merece ser atendida por el Derecho penal cuando la acción la lesiona traspasando el perímetro de protección. Este plus de injusto responde a la lógica empleada por el sistema penal, a la que hacíamos referencia al comienzo de este trabajo, de forma que a mayor resistencia por parte del sujeto pasivo se corresponde mayor protección penal.

²⁹ STS Sentencia núm. 276/2025 Fecha de sentencia: 26/03/2025. En el mismo sentido, las SSTs 28 de enero de 2020 (ROJ: STS 201/2020) y 257/2000, de 18 de febrero, destacan la necesidad de verificar «que el instrumento en la práctica sea apto para accionar un mecanismo de cierre de una puerta dejando abierto y expedito lo que previamente estaba cerrado». También, la STS (18 de noviembre de 2021 (ROJ: STS 4245/2021) («el término forzar o el de fuerza, equivalen a vencer los obstáculos que los propietarios ponen en sus propiedades, frente a eventuales ataques a su patrimonio, de modo que el rompimiento y la fractura, existe en todo esfuerzo material y físico empleado sobre los elementos o instrumentos de seguridad o cerramiento colocados por su propietario para proteger sus bienes, esfuerzo, directamente aplicado por el intruso o ayudado por medios y procedimientos técnicos, aunque sea débil o mínimo, para sortear la protección o cierre que el propietario adopta en defensa de su patrimonio»).

³⁰ «Lo esencial para considerar ilegítima una llave es su obtención burlando el mecanismo u obstáculo que el propietario o titular de la misma ha puesto para que únicamente él y no un tercero pueda acceder a ella» (STS de 18 de mayo de 1993). En el mismo sentido, SSTs 27 de mayo de 1985; 14 de diciembre de 1992; 18 de mayo de 1993 y 12 de noviembre de 2014, entre otras muchas.

³¹ SSTs de 28 de enero de 2020 (ROJ: STS 201/2020 - ECLI:ES:TS:2020:201 y de 18 de noviembre de 2021 (ROJ: STS 4245/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4245).

Es indiferente que dicho perímetro sea físico, electrónico o digital, como también es irrelevante el modo que se emplea para burlarlo o sus dimensiones.

Nuestra propuesta pretende dotar de coherencia esta cualificación y es incompatible con el casuismo actual. *Lege ferenda* habría que eliminar el contenido de los artículos 238.4 y 239, en donde se menciona las llaves falsas y análogas y, en su lugar, agravar el hurto cuando el autor ha vencido la resistencia del titular de los bienes sustraídos, invadiendo el perímetro que este había proyectado para la defensa de sus bienes. Esta actualización es compatible con las limitaciones que se quieran incorporar, en base al principio de *ultima ratio* o de intención mínima, para delimitar el alcance de la agravante. Como sucede cuando se exige que –en los casos que se hayan empleado las mismas llaves del propietario– estas hayan sido la sustraídas mediante la comisión de un delito (art. 239.2).

Esta circunstancia agravante guarda relación con los objetivos socio-pedagógicos de la prevención general positiva. Tratándose de un bien jurídico disponible para su titular, es plausible que el legislador quiera recabar la colaboración del propietario y la estimule incrementando la responsabilidad penal en la misma medida que el propietario se interesa por sus bienes.

A nuestro juicio una formulación en los términos propuestos permite una plausible y coherente interpretación restrictiva de la circunstancia cualificante³². No solo se aleja cualquier pretensión de fundamentarla en razones culpabilísticas, sino que la dota de un sentido sustantivo, sin necesidad de describir todos los instrumentos que pueden abrir una cerradura³³. Merece una mayor responsabilidad penal quien ejecuta una conducta con el objetivo de eludir la resuelta voluntad de la víctima de proteger sus bienes. Dicha funcionalidad instrumental es en gran medida un denominador común de las cuatro agravantes recogidas en el artículo 238. Para la responsabilidad penal no es especialmente relevante que el autor burle el perímetro de protección mediante una llave falsa, un escalamiento o una fractura. En todo caso las circunstancias más graves podrán ser tenidas en cuenta considerando los marcos penales.

³² La STS de 2 de febrero de 1982 muestra las posibilidades de restringir la agravante de llaves falsas cuando se tiene en cuenta su fundamento. En esta ocasión, como acertadamente señala el Tribunal, «el hecho de penetrar en una finca cortando la cerca de alambre de espinos que la cerraba y cogiendo los animales de raza mular y una cerda que en la misma se encontraban, es constitutivo de un delito de hurto, ya que la finalidad de las alambradas de espinos es primordialmente evitar la fuga de los propios animales y no el de que éstos sean sustraídos». No obstante, al dotar de coherencia la cualificación también se ampliaría a nuevos casos, como, por ejemplo, los casos de neutralización de sistemas de radares, que en la actualidad tienen difícil encaje.

³³ En este mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, 2008, p. 668.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRARA, Francesco: Programa del Curso de Derecho Penal, vol. IV, Buenos Aires, 1946.
- DE COULANGES, Fustel: La ciudad antigua. Estudios sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma, México, 1996.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, María Dolores: *Llaves falsas y delincuencia patrimonial*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. X, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi: Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción, México, 2010.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal, Títulos VIII y V, ADPCP, 1980.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: El Código penal de 1870, tomo VI, Salamanca, 1896.
- HUERTA TOCILDO, Susana: *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de C. P. de 1980*, Cuadernos de Política Criminal, n. 15, 1981.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte especial, 2.^a edic., 1976.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: Compendio de Derecho penal (Parte especial), vol. II, Madrid, 1998.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Comentarios al Código penal. Parte especial, tomo II, 5.^a edic., Pamplona, 2008.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: Tratado de la parte especial del Derecho penal, tomo II, Madrid, 1977.
- ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte General, tomo I, 1997.
- SORIANO SORIANO, José Ramón: *Llaves falsas las legítimas sustraídas al propietario*, Cuadernos de Política Criminal, n. 39, 1989.
- VIADA Y VILASECA, Salvador: Código penal reformado de 1870, tomo 3, Madrid, 1890.
- VIVES ANTÓN, Tomás/González Cussac, José Luis: Derecho penal. Parte especial, 3.^a edic., Valencia, 1999.

23. PROTECCIÓN PENAL DEL ACCESO A NEURODATOS: ALGUNOS APUNTES SOBRE SU NECESARIA RECONFIGURACIÓN

MARINA MÍNGUEZ ROSIQUE
Profesora Permanente Laboral
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la protección penal de la intimidad se enfrenta a un enorme desafío: el acceso a la información más personal a través de la observación del cerebro. La mente humana, que hasta ahora se consideraba un territorio inexpugnable, se ha vuelto, en cierta medida, accesible o susceptible de conocimiento. Para abordar esta cuestión, resulta imprescindible comenzar esta breve aportación precisando de qué estamos hablando: qué son los neurodatos, cómo se obtienen y qué revelan de nosotros mismos. Tras ello, se procederá a analizar si la protección penal que brindan los tipos penales actuales es suficiente para su salvaguarda o si, por el contrario, es necesaria una reconfiguración del Código Penal a la luz de la particularidad de estos datos.

II. NEURODATOS Y NEUROTECNOLOGÍAS

1. Definición y alcance

Con carácter general, se denomina neurodato a toda información obtenida del cerebro y/o del sistema nervioso¹. Esta definición comprende, evidentemente, las mediciones y observaciones primarias o brutas relativas a la estructura, la actividad y la función del sistema nervioso obtenidas a través de las neurotecnologías². Precisamente estos datos directos son los únicos que incluye la reciente Recomendación de la UNESCO sobre la Ética de la Neurotecnología bajo el concepto de «neurodatos»³, pero no son pocas las voces que consideran que esta categoría debe incluir, junto a estos datos brutos, las inferencias que pueden extraerse de estos datos brutos (datos derivados)⁴. A la luz de la enorme, variada y, en ocasiones, profundamente sensible información personal que puede obtenerse a partir del tratamiento de estos datos brutos, un concepto (al menos) penal de «neurodatos» que incluya también estos datos derivados se presenta como especialmente idónea, de cara a su protección.

Tal y como se señalaba, la forma a través de la cual se obtienen estos datos constituye otra de sus particularidades, pues requiere la utilización de neurotecnologías, esto es, el uso de determinados dispositivos y/o procedimientos para acceder a esta información acerca de la estructura y función del sistema neuronal⁵. Antes de continuar, debe señalarse que el cerebro genera la mente, que no es sino aquello que nos define o, en otras palabras, lo que somos⁶. Nuestra personalidad, ideas, imaginación, intelecto o memoria emergen del cerebro: son el producto de sus 86.000 millones de neuronas y de las conexiones entre ellas; de las complejas secuencias de activación neuronal. Aún no contamos con una cartografía completa ni con un conocimiento en neurofisiología capaz de explicar plenamente cómo funciona el cerebro y, por ende, cómo se forma la mente. Sin embargo, y tal y como se expondrá a continuación, el estado actual

¹ Esta es la definición proporcionada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS) en su informe sobre neurodatos (EDPS, 2024, p. 4).

² UNESCO, 2025 (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), pp. 4-5.

³ *Ibid.*

⁴ Por todos, EKE/BERNARD *et al.*, *Neuron*, 2022, p. 602; EDPS, 2024, p. 4; OEA, 2023, pp. 7-8.

⁵ La definición completa de neurotecnologías es cualquier dispositivo y procedimiento utilizado para acceder, supervisar, investigar, evaluar, manipular y/o emular la estructura y función de los sistemas neuronales de personas físicas (UNESCO, 2025 [SHS/BIO/REC-NEURO/2025], p. 5). La presente contribución se centra en aquellas que no implican ninguna intervención sobre el cerebro o su funcionamiento, sino que únicamente miden, monitorizan o registran su estructura y actividad (sobre la triple categorización entre neurotecnologías que miden, intervienen o ambas, cfr. LIGTHART/IENCA *et al.*, CQHE, 2023, pp. 463-464).

⁶ Por todos, YUSTE/DE LA QUADRA-SALCEDO, *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2023.

de la neurotecnología sí nos permite acceder al cerebro y, en cierta medida, descifrarlo o interpretarlo, obteniendo así información de manera directa, esto es, saltándose los filtros y/o controles existentes en el organismo⁷.

Para lograr este fin, las neurotecnologías utilizan técnicas basadas en la electrofisiología⁸, el electromagnetismo⁹, la óptica¹⁰ o la física nuclear¹¹. Asimismo, pueden requerir (o no) la participación o cooperación del sujeto objeto de estudio. En este sentido, algunas de ellas —especialmente las que implican un análisis funcional del cerebro— requieren que este coopere de alguna manera, ya sea realizando alguna tarea durante la observación (participación activa) o manteniéndose inmóvil (participación pasiva), mientras que otras no requieren ningún tipo de colaboración¹², e, incluso, pueden ejecutarse sin que el sujeto pasivo sea consciente de que se está accediendo a su cerebro.

El empleo de estas tecnologías como técnicas de neuroimagen o de registro de actividad proporciona una valiosa información acerca de nuestro cerebro y de lo que sucede en él, siendo claves para aportar información sobre nuestra salud o nuestra fisiología, pero también acerca de rasgos o estados mentales. Es cierto que este tipo de tecnologías, por sí mismas, no proporcionan esta información de manera directa, sino que proporcionan datos brutos sobre características y actividad cerebral, pero precisamente el tratamiento y/o interpretación de estos datos son los que ya permiten realizar determinadas inferencias sobre estas cuestiones¹³. En otras palabras, hoy por hoy, los neurodatos no sólo proporcionan información sobre el cerebro, sino también infor-

⁷ En este sentido, Yuste en la entrevista publicada por CNIC Pulse, 19.12.2023.

⁸ Siendo las más populares, de menor a mayor invasividad, la electroencefalografía (EEG), la electrocorticografía (ECOG) o los microelectrodos intracorticales (MEAs) (cfr. MILLER/HERMES/STAFF, *Neurosurg. Focus*, 2020, pp. 1-2).

⁹ Es el caso de la magnetoencefalografía (MEG), que mide los campos magnéticos generados por corrientes eléctricas neuronales, esto es, no la actividad eléctrica, sino la actividad magnética del cerebro (por todos, SINGH, AIAN, 2014, pp. 107-112). El electromagnetismo también es la base de otras técnicas que utilizan otros parámetros, como las propiedades de la hemoglobina, cuya susceptibilidad magnética cambia en función de si está o no oxigenada, y esta técnica, denominada BOLD (*blood-oxygen-level dependent contrast imaging*), es la más usada en la resonancia magnética funcional (fMRI), que permite generar imágenes de la actividad cerebral, mostrando qué estructuras cerebrales se activan (y cómo) frente a determinadas actividades, estímulos, o en reposo (sobre esto, por todos —por ser el descubridor de la técnica—, OGAWA *et al.*, PNAS, 1990, pp. 9868-9872).

¹⁰ Así, la espectroscopía funcional de infrarrojo cercano (fNIRS), también basada en las propiedades de la hemoglobina, pero cuyo fundamento radica en la diferente absorción de esta luz por parte de la hemoglobina oxigenada y la no oxigenada (cfr. PINTI/TACHTSIDIS *et al.*, *Ann. NY Acad. Sci.*, 2020, p. 7).

¹¹ Es el caso de la tomografía por emisión de positrones (PET), en la que se utilizan radiofármacos: compuestos formados por un isótopo radiactivo y una molécula cuyo comportamiento se desea seguir o trazar —en función del «trazador» que se utilice, será posible estudiar distintos procesos biológicos— (GISPERT/REIG *et al.*, XVIII CASEIB, 2000, p. 45).

¹² Sobre esta cuestión, LIGTHART, 2023, pp. 9-10; 22-23.

¹³ En el mismo sentido, LIGTHART, 2023, p. 52.

mación que está en el cerebro. Aún estamos lejos de poder «leer la mente» en sentido estricto, algo que, sin duda, remite al ámbito de la ciencia ficción. No obstante, conviene realizar una precisión: «leer la mente» no es algo ajeno a nuestra experiencia cotidiana, en la medida en que constantemente inferimos (o al menos lo intentamos) creencias, intenciones, emociones o capacidades de los demás; la novedad reside en que tales inferencias ahora pueden realizarse a partir de la observación de la actividad cerebral¹⁴. Así, y hasta cierto punto, leer el cerebro permite leer la mente¹⁵. En este sentido, por un lado, los datos sobre la estructura y la actividad cerebral permiten obtener información acerca de los rasgos del sujeto¹⁶, como, por ejemplo, su capacidad intelectual¹⁷, su orientación sexual¹⁸, o su nivel de apertura¹⁹, amabilidad o extroversión²⁰. Por otro lado, los estados mentales pueden inferirse a través de información sobre la actividad cerebral (y no de su estructura)²¹, siendo posible obtener información acerca de percepciones²², recuerdos²³, sueños²⁴, emociones²⁵ (como alegría o felicidad²⁶ o miedo²⁷), etc. Es importante señalar que estas neurotecno-

¹⁴ HASELAGER/MECACI, 2018, pp. 183-184.

¹⁵ Sobre las diferencias entre leer el cerebro y leer la mente, MECACI/HASELAGER, *Sci. Eng. Ethics*, 2017, p. 444.

¹⁶ MECACI/HASELAGER, *Sci. Eng. Ethics*, 2017, pp. 448-449.

¹⁷ Sobre hallazgos recientes en el marco de la investigación sobre el sustrato neurobiológico de la inteligencia humana a través de estas técnicas., cfr. HILGER/SPINATH *et al.*, *Intelligence*, 2022.

¹⁸ Cfr., por todos, los estudios de VOTINOV/GOERLICH *et al.*, *Sci. Rep.*, 2021, que demostró que la orientación sexual está vinculada a modificaciones específicas en la estructura cerebral y que estas diferencias dependen del sexo biológico; y CLEMENS/LEFORT-BESNARD *et al.*, *Cereb. Cortex*, 2023, en el que se puso de manifiesto que los patrones específicos de conectividad funcional en estado de reposo pueden, por sí mismos, ser suficientes para determinar la orientación sexual del sujeto.

¹⁹ Sobre el estado actual del conocimiento acerca de las bases neurobiológicas de la apertura, cfr. ABU RAYA/OGUNYEMI *et al.*, *Front. Neurol.*, 2023.

²⁰ En este sentido, el estudio de LI/YAN *et al.*, *Front. Neurosci.*, 2017, puso de manifiesto que las personas con alta amabilidad presentan áreas más grandes en el giro temporal superior izquierdo y menor profundidad del surco en el lóbulo parietal superior izquierdo, además de una mayor homogeneidad funcional en esta región. Por su parte, la extroversión se relaciona con un menor volumen en el giro occipito-temporal lateral izquierdo y con un aumento de la homogeneidad funcional en esa misma área.

²¹ MECACI/HASELAGER, *Sci. Eng. Ethics*, 2017, pp. 448-449.

²² El trabajo de HUTH/LEE *et al.*, *Front. Syst. Neurosci.*, 2016, refirió la posibilidad de descodificar información acerca de lo que una persona está viendo, o, incluso, la categoría a la que pertenece, a través de fMRI. Más recientemente, el estudio de TAKAGI/YASHIMOTO, *IEEE/CVF*, 2023, permitió generar representaciones visuales de imágenes que estaban viendo los participantes.

²³ Sobre la diferente activación neuronal ante estímulos recordados y nuevos, cfr. KIM, *Hum. Brain Mapp.*, 2013.

²⁴ El trabajo de HORIKAWA/TAMAKI *et al.*, *Science*, 2013, mostró que la actividad cerebral durante el sueño activa los mismos circuitos neuronales que la percepción visual en vigilia, concluyendo que el cerebro conserva representaciones visuales muy específicas que pueden ser descodificadas.

²⁵ Sobre la base cerebral de las emociones, cfr. LINDQUIST/WAGER *et al.*, *BBS*, 2015.

²⁶ Concluyendo que las emociones positivas, como la felicidad, activan regiones cerebrales específicas, MACHADO/CANTILINO, *BJP*, 2017.

²⁷ Ofreciendo un meta-análisis sobre la evidencia neurobiológica del condicionamiento del miedo, FULLANA/HARRISON *et al.*, *Mol. Psychiatry*, 2018.

logías permiten acceder no sólo a información de la que los sujetos son conscientes, sino también a aquella información que, aunque suene contradictorio, desconocen conocer²⁸.

Debe destacarse que el acceso a los neurodatos no se encuentra restringido al ámbito de la investigación científica, pues, en la actualidad, numerosos dispositivos capaces de captar este tipo de información se encuentran ampliamente disponibles en el mercado y al alcance del público general, particularmente orientados a los ámbitos del entretenimiento (videojuegos) y la salud (monitorización de la actividad)²⁹, siendo su precio de mercado el principal –y, en muchos casos, único– obstáculo para su adquisición.

Por último, en términos de legitimidad, el acceso a los neurodatos requiere del consentimiento de su titular, lo que convierte en nuclear su carácter informado, esto es, que el afectado conozca con precisión el alcance y las consecuencias de aquello a lo que está prestando el consentimiento. A la vista del tipo de información de la que estamos hablando y de sus implicaciones, debe quedar claramente delimitado qué datos pueden ser recabados y para qué fin³⁰, y con qué técnicas de procesamiento e interpretación pueden ser tratados, ya sea ahora o en el futuro.

2. Otras características de los neurodatos: personales, privados, íntimos y sensibles

Según el EDPS, los neurodatos son datos personales, pues ofrecen información acerca de personas físicas identificadas o identificables, apoyándose para ello en la existencia de estudios que indican que los neurodatos permiten identificar de manera única a las personas³¹. Sin negar la veracidad de esta

²⁸ Es el caso, por ejemplo, de los sesgos inconscientes o implícitos (cfr. AGARWAL, SciAm, 2020), pero también de información, como pone de manifiesto el reciente estudio de GAMBAROTA/LURIA *et al.*, J. COGN. NEUROSCI., 2026, en el que, a través de EEG, se demostró que los participantes mantenían información visual en la memoria de trabajo aunque afirmaran no haberla visto, demostrando que la consciencia no es un requisito para que la información sea «almacenada» en el cerebro.

²⁹ Sobre este particular, cfr. IENCA/HASELAGER/EMANUEL, Nat. Biotechnol., 2018.

³⁰ A este respecto, por ejemplo, el estudio de MARTINOVIC/DAVIES *et al.*, 2012, mostró que, mediante dispositivos accesibles al público general –como los utilizados para videojuegos basados en EEG–, es posible extraer información sensible de los usuarios a partir de estímulos visuales, incluyendo datos como el número de su tarjeta de crédito, su PIN o su lugar de residencia. Estudios posteriores han puesto de manifiesto cómo ni siquiera es necesario que el sujeto sea consciente de la existencia de dichos estímulos visuales, pues estos dispositivos pueden detectar respuestas cerebrales también ante estimulación subliminal, no detectable en modo alguno por el sujeto (cfr. FRANK/HWU *et al.*, 2017).

³¹ EDPS, 2024, p. 4

afirmación, pues existen numerosos estudios al respecto³², quizás sí sería necesaria su matización, pues no cualquier tipo de neurodato (ni por sí solo) permite esta identificación. En cualquier caso, dado que el objetivo de esta aseveración es, precisamente, ofrecer una protección mayor a cualquier neurodato al ampararlo bajo la categoría de «dato personal», considero que esta imprecisión o generalización es, en este sentido, excusable.

Por otro lado, y a la luz de lo ya expuesto en el apartado anterior, resulta evidente que las neurotecnologías representan una seria amenaza para la privacidad, ya que, como se ha visto, permiten extraer información directamente del cerebro de un sujeto³³. En este punto, debo detenerme brevemente en una cuestión terminológica: el uso del término «privacidad» o del más tradicional en España «intimidad». Se trata de dos términos relacionados, pero no sinónimos: mientras que «lo privado» abarca todos los aspectos de la vida personal (en contraposición con «lo público»), «lo íntimo» constituye solo una parte de lo privado, conformada por aquellos aspectos personales más profundos; así, la intimidad puede mantenerse oculta incluso para quienes nos son más cercanos, mientras que la vida privada se comparte con nuestro entorno y se protege de quienes no forman parte de él³⁴. En este sentido, desde la perspectiva de la información concreta que se ha obtenido gracias a los neurodatos «brutos», podría sostenerse que todo neurodato es privado, aunque no todos superarían necesariamente el umbral de lo íntimo (por ejemplo, sí sería íntima la información sobre preferencias sexuales, pero no la preferencia por un color). Sin embargo, a mi juicio, el foco no debe colocarse en la información concreta o última obtenida, sino en el hecho de que todos estos datos se han obtenido directamente del sistema nervioso de una persona y revelan aspectos tanto de este como de su actividad, lo que justificaría su inclusión, de manera natural, en la categoría de datos íntimos.

Cabe preguntarse también si los neurodatos podrían encuadrarse dentro de la categoría de datos sensibles; una categoría presente en numerosos textos normativos que confiere una protección reforzada a aquellos datos cuyo tratamiento

³² Cfr., por todos, el importantísimo estudio de FINN/SHEN *et al.*, *Nat. Neurosci.*, 2015, en el que se demostró que los patrones de conectividad funcional del cerebro son únicos para cada persona, detectables con fMRI y que permiten la identificación de las personas. En la misma línea, BYRGE/KENNEDY, NETN, 2019, demostraron que la identidad individual puede predecirse con gran precisión a partir de una pequeña fracción del conectoma funcional (cuarenta conexiones funcionales), y que estas firmas únicas están ampliamente distribuidas por todo el cerebro.

³³ En el mismo sentido, por todos, IENCA, BF, 2015, p. 52, quien remarca la especial seriedad de la amenaza dado que en estos casos se elimina la protección que, en otros ámbitos, ofrecen las decisiones conscientes del sujeto, al ser el cerebro el propio atacado.

³⁴ En este sentido, y desde una perspectiva lingüística, cfr. la interesante contribución de DÍAZ ROJO, Espéculo, 2002. También, desde el punto de vista jurídico, VILLAYERDE MENÉNDEZ, EJJL, 2013, pp. 59 ss., reiterando esta relación de especialidad y que son términos «distintos, pero no distantes».

puede implicar riesgos significativos para los derechos y libertades de las personas³⁵. A la vista de esta definición y de las características de los neurodatos, la respuesta a esta cuestión debería ser afirmativa, teniendo en cuenta su capacidad predictiva, su potencial estigmatizante³⁶ y su posible impacto sobre la autonomía y la identidad personal. Estas características, junto con las demás particularidades anteriormente referidas acerca de los neurodatos, han dado lugar al concepto de «neuroexcepcionalismo», un planteamiento según el cual los neurodatos constituyen una categoría de datos cualitativamente distintos y excepcionales que justifican un tratamiento jurídico específico o reforzado, de manera análoga a lo que ocurrió con el denominado «excepcionalismo genético»³⁷.

3. ¿Qué debe protegerse?

Tal y como se ha señalado, los neurodatos inciden de plano en la intimidad personal, esto es, en palabras del Tribunal Constitucional, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana»³⁸. En este sentido, debe recordarse que la protección de la intimidad cuenta con una dimensión negativa –derecho a no sufrir intromisiones ilegítimas– y una dimensión positiva –derecho a controlar la propia información personal–³⁹.

Sin embargo, la relevancia de los neurodatos trasciende la intimidad, puesto que estos datos también afectan de manera directa a la identidad del sujeto, entendida esta en un sentido relacional: los seres humanos construimos nuestra identidad a través de narrativas personales (al interpretar nuestra propia historia y guiar nuestras acciones) y a través de nuestras relaciones sociales (al decidir de manera consciente qué información sobre nosotros queremos compartir, cuándo y con quién), por lo que el acceso a información mental sin el control deliberado del sujeto puede comprometer la construcción y preservación de su identidad⁴⁰.

Por otro lado, y vinculado tanto a la cuestión de la intimidad como a la de la identidad, debe señalarse que los neurodatos plantean la singularidad de

³⁵ Cfr., por todos, los considerandos 51 ss. y el artículo 9 RGDP.

³⁶ En el mismo sentido, FARANO, DETEP, 2014.

³⁷ Apuntando esta posibilidad, FARANO, DETEP, 2014; estructurando conceptualmente el debate y desarrollando el concepto, HALLINAN/AKINTOYE *et al.*, EJLT, 2023.

³⁸ STC 231/1988, de 2 de diciembre.

³⁹ MÍNGUEZ ROSIQUE, 2025, p. 1171.

⁴⁰ WAJNERMAN PAZ, *Front. Hum. Neurosci.*, 2021.

que la información que debe protegerse no es fácilmente distinguible de la fuente, pues en ambos casos hablamos de la actividad neuronal del sujeto («*inception problem*»), lo que implica la necesidad de un modelo de protección que abarque no sólo a la información obtenida, sino también su origen (en ocasiones, inseparable)⁴¹.

III. ACCESO A NEURODATOS Y REGULACIÓN PENAL ACTUAL

El Código Penal actual recoge en el Capítulo I del Título X de su Libro II los delitos contra la intimidad referidos al descubrimiento y revelación de secretos. Como se ha expuesto en líneas anteriores, los neurodatos encajarían perfectamente en el objeto de protección de estos delitos, en tanto en cuanto suponen información de carácter íntimo; no obstante, y como se acaba de referir, la intimidad no es el único bien jurídico afectado, pues no abarca íntegramente las implicaciones que comportan este tipo de datos. En cualquier caso, resulta necesario analizar cuáles de las conductas actualmente tipificadas podrían aplicarse a los distintos escenarios que plantea el acceso no consentido a neurodatos.

Antes de abordar esta cuestión, resulta preciso señalar que el artículo 197.5 CP establece una agravación de las conductas tipificadas en los artículos 197.1 a 197.4 CP cuando estas afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, la religión, las creencias, la salud, el origen racial o la vida sexual de la víctima. Tal y como puede apreciarse, se trata de una cláusula orientada a conferir una protección reforzada a determinados datos considerados sensibles. En este sentido, y como he señalado con anterioridad, existen fundamentos suficientes para sostener que los neurodatos deberían ser incorporados dentro de esta categoría de protección reforzada. Sin embargo, dado que el tenor literal del artículo lo impide, sería necesaria una modificación legislativa que incluyera expresamente a los neurodatos en el artículo 197.5 CP.

1. Acceso directo y no consentido

El acceso directo y no consentido a neurodatos consiste en el empleo de neurotecnologías para obtener información del cerebro o del sistema nervioso central de una persona sin su autorización, mediante tecnologías capaces de captar actividad neuronal o estados mentales.

⁴¹ IENCA/ANDORNO, LSSP, 2017, p. 14.

A priori, las conductas de descubrimiento (arts. 197.1 y 2 CP), cuyo punto de partida es el acceso ilícito o no consentido a la información íntima, parecerían idóneas para castigar este tipo de conductas, pero es necesario acudir a su redacción para comprobar esta posibilidad. Todas ellas llevan aparejada una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses.

La primera de estas conductas es la que castiga el apoderamiento de cualquier documento o efecto personal susceptible de recoger aspectos íntimos (art. 197.1 CP, inciso primero). Pese a que el término «apoderamiento» lleva a pensar en la aprehensión física de la cosa, doctrina y jurisprudencia mayoritaria han optado por reconfigurar este concepto de apoderamiento, más propio de los delitos patrimoniales, e incluir conductas que no implican la traslación del bien al propio ámbito de dominio, como pueden ser los casos de supuestos de mera lectura u observación (siempre y cuando, señala la jurisprudencia, se haya vencido algún tipo de resistencia)⁴². Superado el «escollo» de la aprehensión física y admitiendo la mera observación, debe, en todo caso, plantearse la cuestión de si un ser humano puede ser considerado un soporte susceptible de recoger aspectos íntimos de una persona (en este caso, él o ella mismo/a) a los efectos de este precepto. El tenor literal del artículo alude a «papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales», lo cual parece hacer referencia únicamente a documentos u objetos, y no al propio sujeto, lo cual descarta la posibilidad de aplicar este precepto en los casos de acceso no consentido a (y observación de) la actividad neuronal de un sujeto.

Por otro lado, el segundo inciso del artículo 197.1 CP castiga el control audiovisual clandestino, refiriendo expresamente aquellas conductas que impliquen: i) la interceptación de las comunicaciones; o ii) la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o imagen o de cualquier otra señal de comunicación. Tal y como puede comprobarse fácilmente, ninguna de estas conductas permite subsumir el acceso no consentido a neurodatos.

Por último, el artículo 197.2 CP, castiga a quien, sin autorización, acceda, modifique o utilice datos reservados registrados en archivos o ficheros en perjuicio del titular o de un tercero. Al circunscribir esta conducta a datos obrantes en bases de datos, resulta también imposible subsumir aquí la conducta de acceder a neurodatos (de la propia fuente) sin consentimiento.

Al margen de las conductas de descubrimiento, podría plantearse el encaje del delito de interceptación de transmisiones recogido en el artículo

⁴² Cfr. MÍNGUEZ ROSIQUE, 2025, p. 1176.

lo 197bis CP, que castiga con una pena de prisión de tres meses a dos años y multa de tres a doce meses a quien, mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluyéndose también las emisiones electromagnéticas de los mismos. Atendiendo al tenor literal, la captación de información que no provenga de un sistema de información, sino de la actividad cerebral, quedaría automáticamente excluida del ámbito de aplicación de este precepto.

Todo ello lleva a concluir que, en la actualidad, el Código Penal español no contiene disposiciones que castiguen el acceso directo y no consentido a la información procedente del cerebro o del sistema nervioso; una circunstancia que, atendiendo al desarrollo y a la creciente accesibilidad de las neurotecnologías, resulta especialmente preocupante.

2. Acceso no directo y no consentido

A diferencia de lo que sucede en el caso del acceso directo, en los que la información se obtiene del propio sujeto, en los supuestos de acceso no directo la injerencia no recae sobre la captación primaria de los datos, sino sobre la información ya generada, registrada, almacenada o tratada en diversos soportes o sistemas. Se trata, por tanto, de supuestos en los que el acceso a dicha información se produce sin interacción alguna con su titular.

Tal y como se ha señalado en el apartado anterior, cualquier conducta de apoderamiento de un soporte documental en el que conste información íntima se encuentra castigada con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 197.1 CP), y, a la vista del carácter íntimo de esta información, este precepto podría aplicarse si un sujeto se apoderara de un documento o efecto personal que reflejara información obtenida del cerebro y/o del sistema nervioso.

Por otro lado, si esta información obrara en bases de datos o ficheros, el acceso no autorizado en perjuicio del titular o de un tercero también integraría el tipo penal del artículo 197.2 CP. Debe señalarse que, en relación con esta modalidad de mero acceso, el Tribunal Supremo ha establecido que, cuando se trate de datos sensibles, el perjuicio exigido en el tipo consistirá, simplemente, en el conocimiento derivado del acceso, de manera que se actúa «en perjuicio» de otro cuando se accede a datos que merezcan esta calificación sin que sea

necesario acreditar un perjuicio adicional⁴³. De esta manera, y en virtud de la modificación propuesta al principio de este apartado, consistente en la inclusión expresa de todo neurodato como dato sensible (art. 197.5 CP), el mero acceso a estos datos recogidos en ficheros o archivos satisfaría los elementos del tipo. A este respecto, carecería de sentido plantearse la posible aplicación del delito de intrusión o hacking del artículo 197bis.1 CP, pues, al tratarse de datos íntimos, este mayor desvalor quedaría recogido por el art 197.2 CP.

Por último, tampoco supondría problema alguno la aplicación del tipo de interceptación de transmisiones cuando estos datos sean enviados entre sistemas de información (art. 197bis.2 CP).

Aun cuando estas conductas puedan subsumirse en los tipos penales existentes (en alguno de los casos, reforma del artículo 197.5 CP mediante), cabe plantear si el marco penal vigente resulta el más adecuado o si, por el contrario, este no es acorde a la lesividad de estas conductas; una lesividad –y una relevancia para el modelo de sociedad actual– que excede, con mucho, la generada por los supuestos tradicionales de acceso a datos personales.

3. Esbozo de una propuesta

Con el fin de sancionar adecuadamente este tipo de conductas, y considerando las particularidades propias de los neurodatos, así como el notable avance de las neurotecnologías, resultaría recomendable la creación de un nuevo Título dentro del Código Penal. Este Título no debería estructurarse en torno al bien jurídico protegido, sino en función de la especificidad de las neurotecnologías, siguiendo el precedente establecido por la regulación penal de la manipulación genética. Debe recordarse aquí que, como se señalaba al principio de esta contribución, las neurotecnologías no sólo permiten acceder y monitorizar la actividad de nuestro cerebro y nuestro sistema nervioso, sino también modificarlo o manipularlo.

La creación de este Título independiente permitiría regular de manera coherente y sistemática todas aquellas conductas que, como consecuencia de estos avances tecnológicos, puedan afectar diversos bienes jurídicos –tales como la intimidad, la identidad, la integridad física, la libertad o la salud–, evitando contradicciones con los tipos penales tradicionales, concebidos para conductas ajenas a este ámbito, y evitando así la necesidad de recurrir a soluciones fragmentarias o «parches» legales.

⁴³ SSTs 221/2019, de 29 de abril; 744/2022, de 21 de julio.

Una regulación de este tipo permitiría delimitar con precisión las conductas prohibidas y establecer penas más acordes a lo que está en juego, ofreciendo así una respuesta normativa más adecuada a los desafíos que plantean las neurotecnologías emergentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ABU RAYA, Maison/OGUNYEMI, Adedoyin, *et al.*: *The neurobiology of openness as a personality trait*, *Frontiers in Neurology*, vol. 14, 2023, pp. 1-10.
- AGARWAL, Pragya: *What Neuroimaging Can Tell Us about Our Unconscious Biases*, *Scientific American*, vol. 31 núm. 4, 2020, pp. 33-34.
- BYRGE, Lisa/KENNEDY, Daniel P.: *High-accuracy individual identification using a «thin slice» of the functional connectome*, *Network Neuroscience*, vol. 3 núm. 2, 2019, pp. 363-383.
- CLEMENS, Benjamin/LEFORT-BESNARD, Jeremy, *et al.*: *Accurate machine learning prediction of sexual orientation based on brain morphology and intrinsic functional connectivity*, *Cerebral Cortex*, vol. 23, 2023, pp. 4013-4025.
- DÍAZ ROJO, José A.: *Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?*, *Espéculo: Revista de Estudios Literarios*, núm. 21, 2002, pp. 1-12.
- EKE, Damian O./BERNARD, Amy, *et al.*: *International data governance for neuroscience*, *Neuron*, vol. 110 núm. 4, 2022, pp. 600-612.
- FARANO, Alessia: *Mind detection e protezione dei dati neurogenetici. Alcune riflessioni sulla privacy mentale*, *Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy*, anno V, núm. 3, 2014, pp. 433-447.
- FINN, Emily S./SHEN, Xilin, *et al.*: *Functional connectome fingerprinting: identifying individuals using patterns of brain connectivity*, *Nature Neuroscience*, vol. 18, 2015, pp. 1664-1674.
- FRANK, Mario/HWU, Tiffany, *et al.*: *Using EEG-Based BCI Devices to Subliminally Probe for Private Information*, en *WPES '17: Proceedings of the 2017 on Workshop on Privacy in the Electronic Society*, Nueva York, 2017, pp. 133-136.
- FULLANA, Miquel À./HARRISON, Ben J., *et al.*: *Neural signatures of human fear conditioning: an updated and extended meta-analysis of fMRI studies*, *Molecular Psychiatry*, vol. 21, 2016, pp. 500-508.
- GAMBAROTTA, Filippo/LURIA, Roy, *et al.*: *Tracking the Unconscious: Neural Evidence for the Retention of Unaware Information in Visual Working Memory*, *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 38 núm. 3, 2026, pp. 1-12.
- GISPERT, Juan D./REIG, Santiago, *et al.*: *Técnicas de cuantificación de imágenes PET (Tomografía por Emisión de Positrones): aplicación al estudio de la esquizofrenia*, XVIII Congreso Anual de la Sociedad Española de Ingeniería Biomédica, 2000, p. 45-48.

- HALLINAN, Dara/AKINTOYE, Simisola, *et al.*: *Legal Neuroexceptionalism: Framing a Concept*, European Journal of Law and Technology, vol. 14, núm. 2, 2023, pp. 1-21.
- HASELAGER, Pim/MECACCI, Giulio: *Is brain reading mind reading?*, en *Neurolaw and responsibility for action: Concepts, crimes and courts*, Cambridge, 2018, pp. 182-191.
- HILGER, Kirsten/SPINATH, Frank M., *et al.*: *The biological basis of intelligence: Benchmark findings*, Intelligence, vol. 93, 2022, pp. 1-14.
- HORIKAWA, Tomoyasu/TAMAKI, Masako, *et al.*: *Neural decoding of visual imagery during sleep*, vol. 340, Science, 2013, pp. 639-642.
- HUTH, Alexander G./LEE, Tyler, *et al.*: *Decoding the Semantic Content of Natural Movies from Human Brain Activity*, Frontiers in Systems Neuroscience, vol. 10, 2016, pp. 1-16.
- IENCA, Marcello: *Neuroprivacy, neurosecurity and brain-hacking: Emerging issues in neural engineering* Bioethical Forum, vol. 8, núm. 2, 2015, pp. 51-53.
- IENCA, Marcello/ANDORNO, Roberto: *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, Life Sciences, Society and Policy, vol. 13, núm. 5, 2017, pp. 1-27.
- IENCA, Marcello/HASELAGER, Pim/EMANUEL, Ezekiel J.: *Brain leaks and consumer neurotechnology*, Nature Biotechnology, vol. 36, núm. 9, 2018, pp. 805-810.
- KIM, Hongkeun: *Differential neural activity in the recognition of old versus new events: an activation likelihood estimation meta-analysis*, Human Brain Mapping, vol. 34, núm. 4, 2013, pp. 814-836.
- LIGTHART, Sjors: *Coercive Brain-Reading in Criminal Justice. An Analysis of European Human Rights Law*, Cambridge, 2022.
- LIGTHART, Sjors/IENCA, Marcello, *et al.*: *Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of «Neurorights»*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, vol. 32, núm. 4, 2023, pp. 461-481.
- LINDQUIST, Kristen A./WAGER, Tor D., *et al.*: *The brain basis of emotion: A meta-analytic review*, Behavioral and Brain Sciences, vol. 35, núm. 3, 2015, pp. 121-202.
- MACHADO, Leonardo/CANTILINO, Amaury: *A systematic review of the neural correlates of positive emotions*, Brazilian Journal of Psychiatry, vol. 39, núm. 2, 2017, pp. 172-179.
- MARTINOVIC, Ivan/DAVIES, Doug, *et al.*: *On the Feasibility of Side-Channel Attacks with Brain-Computer Interfaces*, en *Proceedings of the 21st USENIX Conference on Security Symposium*, Berkeley, 2012, pp. 1-16.
- MECACCI, Giulio/HASELAGER, Pim: *Identifying Criteria for the Evaluation of the Implications of Brain Reading for Mental Privacy*, Science and Engineering Ethics, vol. 25, núm. 2, 2017, pp. 443-461.

- MILLER, Kai J./HERMES, Dora/STAFF, Nathan P.: *The current state of electrocortical-
graphy-based brain-computer interfaces*, Neurosurgical Focus, vol. 49,
núm. 1, 2020, pp. 1-8.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina: *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia ima-
gen y la inviolabilidad del domicilio: descubrimiento y revelación de secretos*,
en Memento Práctico Penal, Madrid, 2025.
- OGAWA, Seiji, *et al.*: *Brain magnetic resonance imaging with contrast dependent on
blood oxygenation*, Proceedings of the National Academy of Sciences USA,
vol. 87, 1990, pp. 9868-9872.
- PINTI, Paola/TACHTSIDIS, Ilias, *et al.*: *The present and future use of functional near-
infrared spectroscopy (fNIRS) for cognitive neuroscience*, Annals of the New
York Academy of Sciences, vol. 1464, 2020, pp. 5-29.
- SINGH, Sanjay P.: *Magnetoencephalography: Basic principles*, Annals of Indian Aca-
demy of Neurology, vol. 17, 2014, pp. 107-112.
- TAKAGI, Yu/YASHIMOTO, Shinji: *High-resolution image reconstruction with latent
diffusion models from human brain activity*, 2023 IEEE/CVF Conference on
Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR), 2023, pp. 14453-14463.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio: *La intimidad, ese «terrible derecho» en la era de
la confusa publicidad virtual*, Espaço Jurídico: Journal of Law, vol. 14, núm. 3,
pp. 57-72.
- VOTINOV, Mikhail/GOERLICH, Katharina, *et al.*: *Brain structure changes associated
with sexual orientation*, Scientific Reports, vol. 11, 2021, pp. 1-10.
- WAJNERMAN Paz, Abel: *Is Mental Privacy a Component of Personal Identity?*, Fron-
tiers in Human Neuroscience, vol. 15, núm. 773441, 2021, pp. 1-4.

JURISPRUDENCIA

STC 231/1988, de 2 de diciembre.
STS 221/2019, de 29 de abril.
STS 744/2022, de 21 de julio.

INFORMES

EDPS, TechDispatch sobre neurodatos, 2024.
OEA, Declaración de principios interamericanos en materia de neurociencias, neuro-
tecnologías y derechos humanos, 2023.
UNESCO, Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology (SHS/BIO/
REC-NEURO/2025), 2025.

24. EL DELITO DE ODIO EN EVENTOS DEPORTIVOS

ALFONSO MORALES CAMPRUBÍ
Abogado

I. LOS INSULTOS RACISTAS EN PARTIDOS DE COMPETICIONES OFICIALES DE FÚTBOL

1. El que futbolistas negros sean insultados por su raza, desde la grada, mientras disputan partidos oficiales no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Se trata de un fenómeno que asoma, intermitentemente, con cierta recurrencia, y que los últimos años se ha intensificado. La trascendencia social del fútbol en España –alrededor de ese deporte se movilizan los sentimientos de millones de personas– y la cobertura en los medios de comunicación y en las redes sociales de todo cuanto le rodea amplifica el efecto y la proyección de estos actos.

Los aficionados más veteranos recordarán cómo desde la llegada de jugadores negros a las competiciones españolas se comenzaron a registrar este tipo de acciones. Las sufrieron en los años 80, por ejemplo, el jugador inglés del Real Madrid, CF Laurence Cunningham –verdadero icono antirracista en el Reino Unido– y el portero del RCD. Español Thomas N’Kono. En noviembre de 2004, los insultos racistas dirigidos a Ashley Cole y a otros jugadores negros en un España-Inglaterra disputado en Madrid generaron el malestar públicamente expresado de la Federación Inglesa de Fútbol y del Gobierno de Tony Blair. En febrero de 2006, el camerunés Samuel Eto’o amagó con abandonar La Romareda tras ser increpado reiteradamente al grito de «mono», en un episodio que espoleó relevantes reformas legislativas en el ámbito administrativo

y deportivo. Con el paso de los años, y a pesar de la promulgación de la legislación antiviolencia y de la creación de órganos administrativos con competencias sancionadoras, el fenómeno ha estado lejos de mitigarse, sufriendo insultos racistas en múltiples estadios españoles, entre otros muchos, los jugadores Roberto Carlos, Marcelo Vieira, Dani Alves –que reaccionó dando un mordisco al plátano que le lanzó un espectador–, Pierre Webbó, Wilfred Agnonavbare, Carlos Kameni, Samuel Umtiti y Mouctar Diakhaby¹.

Desgraciadamente, no son acciones exclusivas del fútbol ni de las competiciones oficiales que propician la asistencia masiva de espectadores².

2. Los últimos años, han marcado un antes y un después los insultos racistas recibidos reiteradamente, dentro y fuera de los estadios, por el jugador brasileño del Real Madrid, CF Vinicius Junior. Tales acciones se convirtieron en habituales en múltiples estadios a partir de septiembre de 2022, tras disputarse un partido que a su vez había venido precedido de determinadas manifestaciones públicas que sembraron la peligrosa idea de que las actitudes de animadversión hacia éste podían venir excusadas o justificadas por su estilo de juego, su comportamiento en el campo o sus bailes al celebrar los goles³. En la previa del partido celebrado en la competición de Copa del Rey entre el Real Madrid, CF y el Atlético de Madrid en enero de 2023, varios integrantes de un grupo ultra colgaron de un puente cerca de las instalaciones deportivas del Real Madrid, CF en Valdebebas una muñeca hinchable de color negro simbolizando a Vinicius Junior ahorcado. Tras los insultos racistas producidos en el Estadio de Mestalla, en Valencia, en mayo de 2023, en un partido en el que el jugador abandonó el campo entre lágrimas, se produjo a nivel nacional e internacional un fuerte y generalizado movimiento de indignación y repulsa hacia el racismo dentro de los estadios, desde ámbitos institucionales, políticos y deportivos. A pesar de eso, los insultos no cesaron e incluso, en septiembre de 2024, a propósito de un partido disputado en el Estadio Metropolitano de Madrid, Vinicius Junior fue víctima de una campaña a través de la que varios

¹ RÍOS CORBACHO, RECPC, 2014 y Revista Inclusiones, 2016; VIÑAS, Revista Panorama Social, 2024.

² Algunas muestras con mayor repercusión del fenómeno han tenido lugar fuera de los terrenos de juego. Así, puede recordarse la impetuosa charla motivacional que el carismático D. Luis Aragonés mantuvo en febrero de 2004 durante un entrenamiento de la Selección con el jugador José Antonio Reyes, cuando le animaba a considerarse mejor futbolista que su compañero de equipo en el Arsenal Thierry Henry («mándeles y dígame de mi parte a ese negro de mierda que no es mejor que usted»). O las declaraciones públicas del polémico D. Jesús Gil y Gil, refiriéndose a un jugador del equipo que presidía y con el que mantenía ciertas desavenencias, Adolfo Tren Valencia, como un «negro de mierda».

³ En concreto, el Presidente de la Asociación Española de Agentes de Futbolistas manifestó en un programa de televisión, refiriéndose al jugador, que «si quieres bailar samba te vas al sambódromo en Brasil. Aquí lo que tienes que hacer es respetar a tus compañeros de profesión y dejar de hacer el mono».

aficionados incitaron públicamente por redes sociales a acudir con el rostro parcialmente cubierto con mascarillas para insultarle sin ser identificados.

3. No es claro que haya en nuestro país consenso acerca de la dimensión real del problema. Éste generalmente se percibe como una concatenación de actos puntuales que no representan ni son ilustrativos del sentir ni del comportamiento general de los aficionados que acuden a los estadios. Es un hecho que los insultos racistas no siempre provienen de aficionados integrados en grupos ultra y que sus autores son personas cada vez más jóvenes. Aunque la tradicional tolerancia y permisividad social hacia los insultos en el fútbol sea decreciente, no es extraño que se niegue el componente racista y discriminatorio de estos insultos, banalizándolos, alegando que no son más que una mera expresión impulsiva de la rivalidad deportiva. Es cierto que tras este tipo de ataques verbales no parece subyacer una verdadera carga ideológica de carácter supremacista, sino cierta tendencia a cosificar a los jugadores profesionales de fútbol, como si el pago de la entrada diese derecho a los aficionados, protegidos por el anonimato y mezclados en la masa, a insultar a los protagonistas del espectáculo, a los que se considera privilegiados por su estatus y notoriedad pública. Haciéndolo, no necesariamente por creencias racistas, sino para desestabilizarles, para desahogarse, para divertirse, para mostrar su desagrado hacia ellos o simplemente en mecánica réplica por contagio de lo que hacen otros.

Al mismo tiempo, es difícil negar que la repetición impune de insultos racistas en los estadios contribuye a consolidar un estereotipo –que los negros son inferiores a los blancos– de efectos perniciosos para la convivencia en una sociedad cada vez más caracterizada por su diversidad.

4. El Derecho Penal se ha visto empujado a tomar partido como consecuencia de las posibilidades probatorias, hace unos años impensables, que ofrecen los sistemas de grabación videográfica de los estadios y la generalización de los teléfonos móviles y de las redes sociales. Y, también, por la multiplicación de estas acciones y la iniciativa de algunos jugadores, clubes y asociaciones de clubes en su denuncia. No se debe perder de vista que estas acciones tienen lugar en un contexto en el que en nuestra sociedad, al margen de la escena deportiva, se incrementan las conductas de intolerancia excluyente hacia el diferente –negros, homosexuales, discapacitados, desfavorecidos y ancianos, entre otros–, que cada vez más proceden de los sectores más jóvenes de la población⁴.

⁴ La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025 y el Informe del Ministerio del Interior sobre la evolución de los delitos e incidentes de odio en España correspondientes al 2024 arrojan datos de interés. En el 2024 se registraron por las autoridades policiales un total de 1.955 delitos e incidentes de odio, correspondiendo el 43,73 % de los mismos a motivaciones racistas o xenófobas. Un porcentaje muy

II. ¿INSULTAR POR SU RAZA A UN FUTBOLISTA, DESDE LA GRADA, CONSTITUYE UN DELITO DE ODIO?

1. La pregunta así formulada tiene ya una respuesta afirmativa, si atendemos a las cinco sentencias condenatorias dictadas entre 2024 y 2025 en España por Juzgados y Tribunales penales⁵. Todas parten de hechos muy similares: uno o varios aficionados, de forma no organizada ni coral, increparon durante partidos de competición liguera y desde su lugar en la grada a un futbolista negro, llamándole «mono» y/o imitando los sonidos y gestos característicos de los primates. A esas cinco condenas penales, dictadas en conformidad y que incluyeron siempre penas de prisión –de extensión de hasta un año–, deben sumarse al menos tres expedientes de reforma, tramitados en la jurisdicción de menores debido a la edad de los infractores, finalizados por la vía del resarcimiento con la imposición de medidas de reeducación y resocialización, previa asunción de responsabilidades por la comisión, por tales menores, de hechos constitutivos de delito⁶.

elevado de los autores eran personas de entre 18 y 25 años (19,78%) o menores de edad (16,13%). En el 2024 se registraron, en primera y segunda instancia, un total de 129 sentencias condenatorias por este tipo de delitos, con especial predominancia del tipo de lesión de la dignidad de las personas por motivos discriminatorios (insultos discriminatorios con un componente de humillación pública) y del racismo y la xenofobia como motivo de exclusión. El año pasado, el Ministerio Fiscal formuló 129 denuncias o querellas por delitos de odio, el 42% de las mismas por hechos cometidos en redes sociales. El sistema FARO de monitorización del odio en redes sociales detectó entre julio y septiembre de 2025 un total de 331.817 contenidos ilustrativos de un discurso de odio, casi el doble que el registrado el trimestre anterior.

⁵ La Sentencia 173/2024, de 10 de junio del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Valencia condenó por delitos contra la integridad moral agravados por motivaciones racistas a los tres aficionados que insultaron a Vinicius Junior en el partido que jugaron en Mestalla el Valencia, CF y el Real Madrid, CF el 21 de mayo de 2023. La Sentencia 384/2024, de 26 de septiembre del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Palma de Mallorca condenó por el mismo delito a un aficionado que, en partidos consecutivos, insultó por su raza los días 5 y 18 de febrero de 2023 a los jugadores Vinicius Junior y Samu Chukwueze en el Estadio de Son Moix, en Palma de Mallorca. También fue condenado por un delito contra la integridad moral, por la Sentencia 68/2025, de 11 de febrero del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Granada, el espectador que desde la grada del Estadio de Los Cármenes, en Granada, insultó por su raza al jugador del Cádiz, CF Carlos Akapo el día 28 de febrero de 2022. La primera condena por delitos de odio la impuso la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, en Sentencia 117/2025, de 22 de mayo, por la que se condenó a los cinco aficionados que el 30 de diciembre de 2022 increparon en el Estadio José Zorrilla de Valladolid, con insultos racistas, a Vinicius Junior. Finalmente, por Sentencia 596/2025, de 3 de septiembre, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó por un delito de odio al aficionado que en el Estadio de Cornellá de Barcelona, el 25 de enero de 2020, dirigió insultos racistas hacia el jugador del Athletic de Bilbao Iñaki Williams.

⁶ En tales expedientes de reforma se impusieron medidas educativas y de resarcimiento sobre el menor, de dieciséis años de edad, que en el Estadio de Vallecas insultó a Vinicius Junior el 18 de febrero de 2024 gritándole «mono». Sobre el menor, esta vez de quince años en el momento de los hechos, que increpó por su raza a Aurelien Tchouameni el 13 de abril de 2024 en el Estadio de Son Moix. Y sobre el menor que desde la grada del Estadio Santiago Bernabéu insultó a Lamine Yamal gritándole «puto moro» en el partido disputado el 26 de octubre de 2024.

Tales hechos se han considerado, en dichas resoluciones judiciales, como constitutivos, bien de un delito contra la integridad moral agravado por haberse cometido con motivaciones racistas (arts. 173.1 y 22. 4.^a CP), bien de una de las modalidades del delito de odio [art. 510.2 a) CP]. Entre ambos, según es pacífico, existe una relación de concurso de normas en el que el delito de odio del artículo 510.2 a) CP tiene prevalencia en virtud del principio de especialidad, por su más específico y amplio ámbito de protección.

2. El que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no se haya pronunciado aún sobre esta tipología de acciones, el que determinadas resoluciones judiciales –minoritarias– se hayan mostrado reacias a la incardinación de las mismas como delito de odio⁷, y el que algunos de los criterios orientativos establecidos por la Unidad de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía en torno a esta figura delictiva apunten a ciertas restricciones en su aplicación, aconsejan profundizar en la interpretación del artículo 510.2 a) CP.

3. El delito del artículo 510.2 a) CP castiga a quien lesiona la dignidad de una persona determinada perteneciente a uno de los colectivos de los protegidos por el tipo penal («grupos diana»), mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito, por razón de su pertenencia al mismo y por motivos discriminatorios que pueden estar basados, entre otros, en la raza de la víctima.

Se trata de una figura penal introducida con la reforma de los delitos de odio operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Este delito supuso introducir en el catálogo de los delitos del Capítulo IV del Título XXI del Código Penal («Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas»), añadiéndolo al tipo delictivo básico de peligro abstracto y mera actividad que castiga conductas de incitación al odio, un tipo atenuado de menor gravedad y que, paradójicamente, se configura como un delito de resultado. Así lo conceptúa, de hecho, la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio.

No se pretende con el delito del artículo 510.2 a) CP castigar la emisión de un mensaje de odio, transmitido de forma genérica, de los que forman parte del llamado «discurso del odio» que sea apto para crear, directa o indirectamente, un clima de violencia u hostilidad sobre un colectivo de los específicamente protegidos por el tipo penal, poniendo potencialmente en riesgo con ello

⁷ Auto 1077/2025, de 29 de octubre, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla (referido a los insultos racistas recibidos por Vinicius Junior en el Estadio Benito Villamarín de Sevilla en el partido celebrado el 5 de marzo de 2023), y Auto de 29 de marzo de 2025, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Barcelona (en relación a los insultos discriminatorios producidos en el Estadio Olímpico de Montjuic, también sobre Vinicius Junior, en el partido disputado el 28 de octubre de 2023).

la convivencia en sociedad. Se trata de un «tipo de recogida» de objetivos más modestos que no exige someter la acción acometida a un test de idoneidad que mida su potencial erosivo de la armonía en las relaciones humanas que engrasa las sociedades democráticas. Ni siquiera la publicidad de la acción lesiva es elemento típico, como tampoco lo es la gravedad de la lesión a la dignidad del sujeto pasivo. El tipo precisa únicamente la constatación de que como consecuencia de una acción desplegada con una motivación discriminatoria se haya producido una lesión objetiva de la dignidad de una persona determinada perteneciente a un colectivo protegido. De hecho, el segundo párrafo del artículo 510.2 CP prevé la agravación con mayor pena de aquellas acciones lesivas de la dignidad de una persona o grupo que, además, promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra el mismo.

Entre los detractores de la reforma que comportó la Ley Orgánica 1/2015 se ha esgrimido que, en cuanto a la creación de este delito de resultado, la reforma fuera más allá de lo que exigía la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, del Consejo de Europa de la que trajo causa y de lo que establece el parágrafo 130 del Código Penal alemán que inspiró el actual artículo 510 CP. Se ha criticado también que el artículo 510.2 a) CP, aunque en la práctica rellena parte de la laguna de punibilidad que generó la destipificación de buena parte de los insultos y vejaciones leves –las ajenas al ámbito doméstico– invada parcialmente ámbitos protegidos a través de los delitos que amparan la integridad moral, extendiendo indebidamente su aplicación de forma analógica⁸.

Hay unanimidad en cuanto a algunas imperfecciones técnicas que lastran el precepto, de relevancia más práctica que dogmática, y que surgen precisamente con su contraste con el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP. Así, en primer lugar, el artículo 510.2 a) CP, al no formar parte de los tipos penales mencionados en el artículo 57 CP, no permite la imposición al amparo del artículo 48 CP de penas de prohibición de comunicarse con la víctima, aproximarse o acudir durante un determinado período de tiempo a determinados lugares (por ejemplo, a estadios de fútbol en competiciones oficiales). Tales limitaciones a la libertad ambulatoria, en todo caso, pueden establecerse como condición para suspender la ejecución de la pena privativa de libertad que se imponga. En segundo lugar, la severidad del alcance de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos (art. 510.5 CP), de justificación político-criminal a nuestro entender dudosa, además de comportar la competencia para el enjuiciamiento de las Audiencias Provinciales (STS 743/2024, de 16 de julio), impide la activación de la fórmula de la conformidad privilegiada en

⁸ MIRAS ESTÉVEZ, Diario La Ley, 2025.

el propio órgano instructor a través de la conversión en diligencias urgentes, previo reconocimiento de los hechos por el autor del delito⁹.

4. Quizás la mayor dificultad a que se viene enfrentando la aplicación del artículo 510.2 a) CP es consecuencia de su parentesco directo con el tipo básico de incitación, fomento y promoción públicas del odio, la violencia, la discriminación o la hostilidad del artículo 510.1 a) CP, con el que comparte ubicación sistemática. Es casi la norma que las resoluciones judiciales que se refieren al artículo 510.2 a) CP –incluso cuando lo aplican– enmarquen su análisis en las exigencias propias de la categoría, más grave y de diferente naturaleza, de incitación, fomento y promoción del odio.

El actual tipo básico de incitación al odio, heredero del antiguo artículo 165 bis CP y del artículo 510 CP resultante de la reforma de 1995 –el delito de provocación al odio– es una figura delictiva controvertida y de nada sencilla interpretación, que ha ejercido un influjo distorsionante en la aplicación de la figura típica del artículo 510.2 a) CP.

Los delitos de odio se han cuestionado tradicionalmente por la inconveniencia de que el Derecho Penal castigue un sentimiento consustancial a la naturaleza humana, pues castigar formas abyectas de ser o de pensar es propio de un indeseado Derecho Penal de autor. También, por su recurrente colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión en una democracia, como la nuestra, que no tiene carácter militante y protege la opinión aunque ésta sea perversa. En su actual configuración, tal como viene interpretado por el Tribunal Supremo¹⁰, el delito de incitación del odio castiga acciones que, además de expresar genuinamente animadversión, desbordan la reflexión o la emoción personal, exceden por sus características de lo amparado por la libertad de expresión, y tienen aptitud para poner en peligro, en una valoración *ex ante*, las bases de una convivencia pacífica generando hostilidad hacia determinados colectivos. La propia Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha hecho eco de la dificultad de determinar en estos supuestos el alcance de lo intolerable, trazar líneas rojas caso

⁹ Ese cauce procesal, ciertamente, permite dotar de una deseada agilidad a los procedimientos penales que se siguen por insultos racistas en estadios de fútbol, en los que se antoja especialmente relevante el efecto preventivo general de la asunción de culpa de quien comete hechos de esta naturaleza. Se incentiva el arrepentimiento temprano de quien a cambio obtiene una rebaja punitiva y se salvaguarda, al mismo tiempo, el lógico interés de las víctimas en que la reacción penal no se distancie sensiblemente del momento de los hechos. Esta fórmula procesal (factible con calificaciones jurídicas basadas en los artículos 173.1 y 22. 4.ª CP), en nuestra opinión, ha sido y debería seguir siendo un instrumento óptimo y eficaz para cercenar una equívoca sensación de impunidad que acaso sea más nociva cuando los tipos penales de que se trata forman parte del denominado Derecho Penal simbólico, orientado al reforzamiento y preservación de normas y valores sociales.

¹⁰ SSTs núm. 72/2018, de 9 de febrero, núm. 646/2018, de 14 de diciembre, núm. 185/2019, de 2 de abril y núm. 488/2022, de 19 de mayo, entre las más significativas.

por caso y discernir lo delictivo de lo simplemente reprochable. No es fácil identificar con cierta previsibilidad y seguridad jurídica qué manifestaciones del llamado «discurso del odio», además de no verse amparadas por la libertad de expresión, son idóneas para sembrar la semilla del enfrentamiento y erosionar valores básicos de convivencia, con la gravedad suficiente como para que esté justificado desencadenar, como *ultima ratio*, la respuesta penal.

Para auxiliar en esa labor, la Recomendación de Política General núm. 15, de 8 de diciembre de 2015, relativa a la lucha contra el discurso del odio, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, estableció seis parámetros valorativos previamente esbozados en el Plan de Acción de Rabat desarrollado por la Organización de las Naciones Unidas (contexto del discurso, capacidad de influencia del emisor del mismo, naturaleza y contundencia del lenguaje, conjunto del mensaje emitido, medio utilizado, naturaleza de la audiencia).

Aumenta la dificultad valorativa en supuestos en los que una misma acción puede ser una agresión humillante hacia la dignidad de una única persona, y al mismo tiempo tener entidad como para fomentar, colmando las exigencias del artículo 510.1 a) CP, el odio, la violencia, la hostilidad o la discriminación¹¹.

La distorsión a la que nos referimos se ha producido por exigirse en numerosas ocasiones a acciones de mera denigración de personas determinadas, realizadas con trasfondo discriminatorio, el mismo grado de peligrosidad hacia bienes jurídicos colectivos que es propio del delito de incitación al odio.

A esta indeseada disfunción se ha referido la Fiscalía General del Estado en sus Memorias de 2024 y de 2025, llegándose a plantear un cambio en la ubicación sistemática del artículo 510.2 a) CP. Recientemente, en una elogiable acotación, la STS 820/2025, de 8 de octubre, ha aclarado que el tipo del artículo 510.2 a) CP es un delito de resultado, de menor gravedad, que no exige que la acción enjuiciada sea apta para generar en terceros sentimientos de odio, violencia, hostilidad y discriminación.

5. La reivindicación del espacio propio del artículo 510.2 a) CP se reafirma, además, si tenemos en cuenta que las acciones que lo suelen encarnar –insultos– no se ven abarcadas por el radio de acción que protege la libertad de expresión. Así, cuando se increpa a un futbolista llamándole «mono» no se está transmitiendo una opinión personal ni poniendo sobre la mesa de debate una opción ideológica.

¹¹ TUR AUSINA, Diario La Ley, 2023, realiza un sugerente análisis explicando cómo los insultos racistas recibidos por el jugador Vinicius Junior en diferentes estadios de fútbol superarían los indicadores previstos en el test de Rabat para considerarlos una forma de «discurso de odio».

Tal y como nos recuerda la STS 89/2025, de 5 de febrero, las expresiones formalmente injuriosas o absolutamente vejatorias, que por las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas, no están amparadas por la libertad de expresión, al no existir un derecho al insulto (STC 41/2011, de 11 de abril). En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional [STC 214/1991 (caso *Violeta Friedman*) y STC 176/1995 (caso *Makoki*)] tiene dicho que ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o compañías de carácter racista o xenófobo, primando en tales casos la dignidad y los derechos al honor y la igualdad.

6. Particularmente el último año, el delito de lesión de la dignidad del artículo 510.2 a) CP ha adquirido especial protagonismo entre los delitos de odio, tal y como refleja la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el año 2025, ha dictado cinco sentencias, todas ellas confirmatorias de condenas previas, por delitos del artículo 510.2 a) CP, referidas a acciones aisladas de menosprecio y humillación realizadas en público contra personas determinadas, en tales casos por razón de su raza o de su orientación sexual¹². Son resoluciones que siguen la estela de la primera dictada por el Alto Tribunal que analizó esta figura delictiva (STS 437/2022, de 4 de mayo), en un supuesto de animadversión por razones ideológicas. En ellas no se encuentran apreciaciones particularmente orientadas al establecimiento de pautas restrictivas en la interpretación de los elementos del delito del artículo 510.2 a) CP.

Más limitativas se han mostrado algunas Audiencias Provinciales al interpretar el tipo¹³. Así, se ha exigido la emisión de expresiones objetivamente idóneas para humillar y menoscabar la dignidad, proferidas con la intención de denigrar y mostrar desprecio hacia la víctima por su pertenencia a un colectivo. Pero también se ha requerido que, al mismo tiempo, la acción de menosprecio, aunque vaya dirigida contra una sola persona, trascienda por sus circunstancias y gravedad al colectivo de que se trate, construyendo o presentando una imagen del mismo y de sus miembros como seres inferiores carentes de dignidad. Se ha criticado la subsunción típica, con impronta de automatismo, de cualquier ataque discriminatorio contra una persona concre-

¹² SSTs núm. 77/2025, de 31 de enero, núm. 89/2025, de 5 de febrero, núm. 820/2025, de 8 de octubre, núm. 872/2025 de 23 de octubre, núm. 911/2025 de 4 de noviembre.

¹³ Muestras expresivas de ello son la Sentencia 58/2022, de 11 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife; la Sentencia 82/2024, de 5 de marzo, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria; la Sentencia 144/2023, de 21 de marzo, de la Sección Vigésimo Novena de la Audiencia Provincial de Madrid; la Sentencia 249/2021, de 19 de julio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Asturias; y la Sentencia 641/2022, de 2 de noviembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona.

ta, propugnándose el castigo de sólo aquellas concretas que, por su naturaleza, generen o fomenten un clima de hostilidad, odio o discriminación contra el colectivo protegido. Como elementos diferenciadores, se ha enfatizado la necesidad de que los insultos tengan gravedad objetiva suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos de referencia y de que sean conductas presididas por el ánimo de menospreciar a una persona en cuanto integrante de un colectivo protegido, no sólo a título particular. La motivación discriminatoria —el odio como elemento nuclear del tipo— se ha de focalizar según esta tendencia jurisprudencial, no sobre la persona concreta, sino trascendiendo al conjunto del colectivo o sus componentes. Se impone, en esta línea, analizar cuidadosamente el contexto de los insultos, desechando como típicas los que son proferidos en el fragor de un incidente puntual. No toda agresión verbal despreciativa a una persona negra u homosexual es delito de odio.

Para guiar esa contextualización, la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado propuso algunos parámetros o indicadores generales orientados a valorar la presencia o no de un delito de odio. Se trata de indicadores de odio, o de «polarización radical», de traducción nada sencilla en el análisis caso por caso, que vienen referidos a la víctima, al autor y al contexto en que se desarrolla la acción¹⁴.

7 El alcance del artículo 510.2 a) CP depende de cómo se interprete el tipo objetivo y el elemento subjetivo tendencial (la «motivación discriminatoria») que lo caracterizan.

La gravedad objetiva que caracteriza la acción (el insulto) debe ser, a nuestro juicio, la exigida por la literalidad del tipo penal, no superior. La acción debe ser suficiente o idónea para lesionar la dignidad de la persona a la que vayan dirigidos los insultos, en la medida que «entrañe» (verbo que evoca el efecto indirecto resultante de la misma) humillación, menosprecio o descrédito, nociones todas ellas definidas en la STS 656/2007, de 17 de julio. La penalidad asociada al artículo 510.2 a) CP, superior a la del delito de injurias cometidas con publicidad y a la del delito contra la integridad moral, eso sí,

¹⁴ Indicadores referidos a la víctima: percepción de la víctima sobre el origen o motivo de la conducta, pertenencia a un colectivo de los descritos en el tipo penal, relaciones personales, familiares, laborales o de amistad con personas relacionadas con esos colectivos. Indicadores referidos al autor del hecho: antecedentes penales o policiales por conductas similares, sanciones administrativas por hechos parecidos, comunicaciones en redes sociales anteriores y posteriores a los hechos, frases o gestos que haya expresado en el momento de los hechos, integración en grupos caracterizados por su odio o por la promoción de la violencia, posición de relevancia pública o liderazgo en los mismos, instrumentos utilizados o que se porten. Indicadores referidos al contexto en que se desarrolla la acción: aparente irracionalidad, falta de justificación o gratuidad de los actos, ausencia de relación previa entre agresor y agredido, presencia de una relación de enemistad manifiesta o histórica entre los colectivos a los que pertenecen, fecha o lugar de los hechos, si es simbólica para un colectivo.

sugiere una gravedad objetiva un escalón por encima de la propia de la antigua falta de vejaciones injustas (una conducta «relevante», como indica la STS 437/2022, de 4 de mayo), que generalmente será consecuencia de que sean acciones desarrolladas en público o ante varias personas¹⁵. Al mismo tiempo, en la medida en que el artículo 510.2 a) CP no exige una lesión grave a la dignidad, no creemos que quepa exigir el «menoscabo grave a la integridad moral» que es propio del artículo 173.1 CP. No se castiga un «trato degradante» (es decir, una conducta persistente o única pero de especial intensidad), sino solamente una acción apta para humillar a su destinatario. No creemos que sea necesaria una pluralidad de acciones, una especial prolongación en el tiempo, ni la reiteración de la acción ultrajante. Desde luego, el hecho de que el jugador insultado no se percate durante el partido de la acción de menosprecio hacia él no elimina la ofensividad objetiva de la conducta humillante ni impide que la misma lesione su dignidad.

Respecto del tipo subjetivo, es jurisprudencialmente pacífico que el dolo propio del delito no es más que el genérico, que debe ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. No es necesario sino conocer el significado denigrante de la expresión que se realice y, aun así, lanzarla a la plaza pública desdeñando sus efectos y repercusiones. Basta, como ha recalcado el Tribunal Supremo, que el acto sea voluntario y de que no se trate de una situación incontrolada ni una reacción emocional indoblegable por sus circunstancias por su autor.

Lo anterior no es incompatible con que una de las notas esenciales y características del tipo sea el odio, la animadversión o la motivación discriminatoria que debe presidir la acción. El elemento subjetivo tendencial del tipo no equivale a que con la acción lesiva de la dignidad se busque específicamente la discriminación de un colectivo desprotegido, ni que el sujeto activo –descendiendo al tipo de conductas que analizamos– sea racista o pretenda defender públicamente la supremacía de unas razas frente a otras. Tal y como acertadamente explica Peñaranda Ramos¹⁶, el artículo 510.2 a) CP sigue el «modelo de la selección discriminatoria» y no el «modelo del ánimo» propio del artículo 22. 4.ª CP. El paradigma es la aptitud o idoneidad de la conducta para provocar efectos discriminatorios sobre un colectivo, perteneciendo los motivos últimos que el infractor tenga para cometer la acción a un segundo

¹⁵ De hecho, GOYENA HUERTA, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2018, sostiene que, aunque el artículo 510.2 a) CP omite cualquier referencia a la difusión pública, una interpretación armónica del precepto aconseja exigir en dicho tipo penal que la acción lesiva de la dignidad no sea privada o reservada, sino que se realice ante terceros o públicamente.

¹⁶ DÍAZ LÓPEZ, 2021.

plano. La censura moral de la actitud interna del autor importa poco en el Derecho Penal liberal. En este sentido, Cadena Serrano¹⁷ asevera que nos hallamos ante una motivación de tendencia interna intensificada (igual a la que exigen, por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual), que se halla presente en la acción misma siempre que ésta sea apta para vulnerar el bien jurídico protegido por el delito. Terminológicamente, quizás sería más adecuado hablar de «trascendencia o proyección discriminatoria» de la acción, más que de «motivación discriminatoria» de la misma. Así, es irrelevante que quienes insultan en los estadios lo hagan sobre todo por rivalidad deportiva o por un sentimiento de animadversión hacia un jugador, y no a por odio a una raza. Lo importante es que la acción, por su contexto y circunstancias, sea apta para proyectarse como una lluvia fina y trascender al derecho del colectivo protegido a no ser discriminado, de forma que el insulto no sólo lesione la dignidad de la persona a la que va dirigido.

8 Hemos de convenir que el delito del artículo 510.2 a) CP, a nuestro entender, no debe castigar cualquier acto de menosprecio o vejación calificada por la pertenencia del sujeto pasivo a un colectivo protegido y haberse manifestado con un exabrupto referido a su particular condición. Requiere un *plus* de ofensividad que, en nuestra opinión, deriva del hecho de que no sólo se castigan ataques a la dignidad de personas determinadas, sino que su desvalor ha de alcanzar el bien jurídico protegido por los delitos de odio. Es decir, el derecho a la no discriminación del colectivo en que éstas se integran y hacia el que la acción de humillación, menosprecio o descrédito, si es suficientemente grave, se proyecta. Desde ese punto de vista, el artículo 510.2 a) CP tendría una naturaleza mixta de delito de resultado (lesiona la dignidad de una persona) y de delito de peligro abstracto (impacta genéricamente sobre un colectivo creando un caldo de cultivo favorable a su discriminación). Así, cobra sentido tanto su ubicación sistemática como la contextualización que del mismo se suele hacer jurisprudencialmente como parte de los delitos de odio.

Uno y otro desvalor se aúnan y complementan, justificando conjuntamente la tipicidad de estas acciones. Así, una acción denigratoria típica conforme al artículo 510.2 a) CP no requiere de un menoscabo en la integridad moral tan grave como el propio del delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP. Tampoco precisa que el riesgo que proyecta sobre el derecho de un colectivo a ser tratado de forma no discriminatorio sea medido tan estrictamente en cuanto a su suficiencia o idoneidad como ocurre cuando se valora si una determinada acción es constitutiva de un delito de incitación al

¹⁷ CADENA SERRANO, Diario La Ley, 2022.

odio del artículo 510.1 a) CP. Pero ambos focos de ofensividad, de proyección en parte individual y en parte colectiva, conjuntamente dan pleno sentido a este tipo penal.

En nuestra opinión, los insultos racistas que se producen en estadios de fútbol reúnen rasgos que casi por definición les dotan de ese *plus* de ofensividad que permite su calificación como delitos de odio. Primero, por la extraordinaria publicidad con que los profieren los aficionados que los realizan, en presencia generalmente de otros miles de espectadores presentes, muchos de ellos jóvenes o niños. Segundo, por la potencial proyección masiva que llevan aparejada y de la que sus autores deben ser conscientes, que supone que las expresiones humillantes puedan trascender –y muchas veces trascienden– al ámbito televisivo y reproducirse en redes sociales. Tercero, por su gratuidad, en la medida que no responden ni son consecuencia de un conflicto o desencuentro particular entre dos personas, sino de la reacción agresiva u hostil de quien los profiere a partir de los lances o circunstancias que son propios del juego y de la competición. Y, por último, por producirse no en cualquier lugar, sino en el ámbito de una competición deportiva, espacio concebido para encarnar valores de convivencia, respeto al competidor, juego limpio y superación personal y en el que los espectadores son titulares de deberes legales específicos orientados a su respeto.

III LA DIFERENCIACIÓN DEL DELITO DE ODIO DEL ARTÍCULO 510.2 A) CP DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN ANTIVIOLENCIA. LAS PAUTAS ORIENTADORAS DE LA UNIDAD DE DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

1. La intervención del Derecho Penal en estos casos se asienta sobre un terreno ya abonado desde una perspectiva deportiva, institucional y administrativa. La erradicación de la violencia y el racismo en los estadios ha sido siempre una preocupación y una prioridad de los clubes y las autoridades públicas. Ello tiene reflejo en diversas previsiones legales de importante calado.

La Orden de 22 de diciembre de 1998 reguló las Unidades de Control Organizativo para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, acordando la creación de la antigua Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos y la figura del Coordinador de Seguridad de la Policía Nacional. El 18 de marzo de 2005 todos los estamentos del fútbol es-

pañol suscribieron el Protocolo de Actuaciones contra el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Fútbol, con un amplio elenco de medidas de prevención, control y sanción de este tipo de comportamientos. Un hito decisivo lo marcó la promulgación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, que establece un régimen disciplinario deportivo y administrativo sancionador que abarca la sanción de aquellos espectadores que durante encuentros deportivos, o previamente a los mismos, realicen cánticos, expresiones, sonidos o actitudes que pretendan vejear a alguna persona por razón, entre otros motivos previstos, de su raza¹⁸. A ella la siguieron y desarrollaron el Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte y el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte.

2 La Unidad de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía General del Estado, en las Conclusiones de la Jornadas de Especialistas celebradas en Madrid los días 11 y 12 de abril de 2024 avaló el encaje penal de los insultos racistas en estadios de fútbol en el artículo 510.2 a) CP. La Memoria de la Fiscalía de 2025 destaca la persecución penal de los insultos racistas en el ámbito deportivo, citando varias de las condenas antes mencionadas como un avance relevante. Otros varios autores defienden que la respuesta a los mismos, en efecto, al menos en buena parte de los casos está en el Derecho Penal¹⁹.

Al mismo tiempo, eso sí, en tales Jornadas la Fiscalía propugnó manejar ciertas pautas para deslindar los radios de acción penal y administrativo, partiendo de la premisa de que el orden jurisdiccional penal debe reservarse para los supuestos más graves. Ciertamente es loable que una Fiscalía especializada introduzca criterios de restricción para la más correcta aplicación de los tipos penales que le dan sentido. Algunos de los criterios orientadores confluyen con los aspectos característicos, antes mencionados, que en nuestra opinión determinan la tipicidad penal (publicidad de los insultos, difusión masiva de los mismos, ausencia de enfrentamiento o discusión previa entre el agresor y la víctima) de estas conductas. Otras de las pautas sugeridas, sin embargo, introducen en la aplicación del tipo penal restricciones que el mismo no contiene,

¹⁸ Véanse los artículos 2.1 c) y 2.2 c) y d) de la Ley 19/2007. La Memoria de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte correspondiente a la temporada 2022/2023 (última de las publicadas) refleja un total de 1.032 propuestas de sanción respecto a espectadores, por infracciones de la Ley 19/2007, de 11 de julio, de las cuales 44 tuvieron por causa actos racistas y/o xenófobos (33 dentro de los estadios y 11 fuera de los mismos).

¹⁹ MAGRO SERVET, Diario La Ley, 2024; MÉNDEZ GALLO, La Ley Penal, 2023.

corriendo el riesgo de desnaturalizarlo y hacer depender la tipicidad de una multiplicidad de matices excesivamente dependientes de la subjetividad del intérprete o basados en razones ajenas al principio de responsabilidad penal por el hecho. Y que, ante supuestos sustancialmente idénticos, los Tribunales penales ofrezcan respuestas diversas.

Así, no consideramos decisivo, ni debería condicionar la tipicidad, que los insultos provengan de una persona vinculada a grupos radicales, que concurran con otras infracciones penales (daños, desórdenes públicos), que los insultos sean corales, se extiendan masivamente en el estadio o tengan seguimiento por parte del público con nuevos insultos o gestos discriminatorios (en el mismo o en diferentes partidos), o que ocasionen la interrupción o suspensión del partido.

3 Por otro lado, no creemos que sea factible –tampoco adecuado– trazar una línea divisoria basada sólo en la gravedad entre aquellas acciones de menosprecio racista castigables en el orden penal de las que pueden tener un encaje más adecuado en el ámbito administrativo sancionador. Establecer criterios de diferenciación entre uno y otro orden no es sencillo si tenemos en cuenta que la gravedad de estas acciones objetivamente ultrajantes que se cometen de forma pública y tienen difusión masiva es en todos los casos muy similar. La enunciación de la conducta objeto de sanción es idéntica en ambos ámbitos. Está fuera de toda duda que el efecto preventivo general de la respuesta penal es muy superior. El mensaje que las condenas judiciales pronunciadas han lanzado a la sociedad –precedido además del arrepentimiento y petición de disculpas expresada por los autores de la infracción– ha sido inequívoco. La experiencia dice que las previsiones y la acción del derecho administrativo sancionador han resultado insuficientes para contener el fenómeno. El ámbito administrativo no siempre funciona en la práctica como subsidiario del penal, de forma que la consecuencia de la falta de castigo por los Tribunales penales haya sido en ocasiones la impunidad, no la sanción administrativa. Paradójicamente, cuando no ha sido así, la gravedad que pueden alcanzar las multas previstas en la Ley 19/2007, de 11 de julio por la difusión de mensajes racistas en el ámbito deportivo, ha llegado dotar a las posibles sanciones administrativas de una severidad de efectos más traumáticos que el castigo aparejado al artículo 510.2 a) CP²⁰.

²⁰ A título de ejemplo puede citarse una propuesta de la Comisión Permanente de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte de septiembre de 2024, por la que se planteó a la autoridad gubernativa competente, por insultos racistas hacia un futbolista en la red social «X» la imposición a un aficionado de una multa por importe de 60.001 euros y la prohibición de acceder a recintos deportivos durante un período de cinco años.

A nuestro entender, el artículo 510.2 a) CP protege la dignidad de los deportistas insultados públicamente por su raza y, además, el derecho a la no discriminación del colectivo a que pertenecen, indirectamente lesionado por la proyección masiva de estos insultos, cuya ofensividad aumenta cuando es en un evento deportivo donde se producen. La infracción administrativa, sin embargo, no otorga protección a los derechos individuales del deportista humillado, sino que tutela la seguridad ciudadana, el orden público en los espectáculos deportivos, y la promoción y vigencia de los valores propios del deporte en los espectáculos de esa naturaleza²¹. El fundamento de la sanción penal es, por tanto, más amplio que el que guía la sanción administrativa, de forma que el Ordenamiento Jurídico penal debe primar frente al administrativo, especialmente cuando el deportista agraviado en su dignidad se reivindica como víctima.

BIBLIOGRAFÍA

- CADENA SERRANO, Fidel Ángel: *Delito de odio del artículo 510.2.a) CP. Ataques ideológicos por motivos políticos y ser españoles las víctimas. Integridad moral*, Diario La Ley, n. 10140, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de septiembre de 2022.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *Delitos de odio y Derecho Penal de la Culpabilidad*, en Reflexiones académicas sobre delitos de odio. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, mayo de 2021.
- GOYENA HUERTA, Jaime: *Algunas cuestiones penales sobre el discurso del odio*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, n. 49, 2018.
- MAGRO SERVET, Vicente: *La violencia en los recintos deportivos de fútbol. ¿Qué está pasando? ¿Cómo actuar? 20 Conclusiones*, Diario La Ley, n. 10589, Sección Doctrina, 16 de octubre de 2024.
- MÉNDEZ GALLO, Daniel: *El cáncer del odio en el fútbol: ¿es el derecho penal un tratamiento aplicable?*, La Ley Penal, n. 163, Sección Legislación aplicada a la práctica, julio-agosto 2023.
- PALMA HERRERA, José Manuel: *Responsabilidad penal de las entidades deportivas por delitos relacionados con el discurso del odio*, Anuario Andaluz de derecho deportivo, n. 12, 2018.
- MIRAS ESTÉVEZ, David: *El delito de odio analógico contra reo*, Diario La Ley, n. 10840, Sección Tribuna, 3 de diciembre de 2025.

²¹ A la diferencia en el fundamento de la sanción penal por delitos de odio y las sanciones administrativas contenidas en la legislación antiviolencia se refiere PALMA HERRERA, Anuario Andaluz de Derecho Deportivo, 2018, páginas 3-50.

RÍOS CORBACHO, José Manuel: *Incitación al odio, derecho penal y deporte*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 16, 24 de diciembre de 20214.

— *Las sombras del deporte: de la violencia exógena a la incitación al odio*, Revista Inclusiones, Volumen 3, n. 2, Abril-Junio de 2016.

TUR AUSINA, Rosario: *El Caso Vinicius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo?*, Diario La Ley, n. 10266, Sección Tribuna, 13 de abril de 2023.

VIÑAS, Carles: *El racismo en el fútbol español. Una aproximación histórica*, Revista Panorama Social, n. 40, diciembre de 2024.

25. CORRUPCIÓN Y REGALOS: COHECHO EN CONSIDERACIÓN AL CARGO O FUNCIÓN¹

INÉS OLAIZOLA NOGALES
Catedrática de Derecho penal
Universidad Pública de Navarra

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción puede definirse como el abuso del poder para beneficio privado. Sus efectos son profundos: deteriora la economía, debilita las instituciones, genera desconfianza y restringe el desarrollo social. La corrupción no solo daña los recursos de una comunidad; destruye su confianza. Y la confianza, una vez perdida, es difícil de recuperar. Es obvio que la sociedad va tomando conciencia de que determinadas conductas son inadmisibles en nuestro Estado de Derecho, por constituir conductas corruptas. Así, se ha visto como supuestos de grandes escándalos relacionados con el urbanismo, la contratación pública, la financiación de partidos políticos, etc. son rechazados de forma contundente. Me atrevería incluso a afirmar que algunas conductas son consideradas corruptas, aunque no lo sean estrictamente (delitos de blanqueo, delitos contra la Hacienda Pública), cuando son realizadas por representantes políticos.

Sin embargo, todavía se mantiene en la Administración Pública «la cultura del regalo» como una costumbre arraigada. Así, sigue siendo costumbre,

¹ El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación *Corrupción, Fraude Fiscal y Economía Sumergida con perspectiva de género (COEPE)*, PID 2023-1516NB-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyos investigadores principales son Inés Olaizola Nogales y Hugo López López.

por ejemplo, las invitaciones a comidas por parte de empresario a altos cargos de la Administración, simplemente por el hecho de que «lo hacen todos»; u obsequios en determinadas épocas del año; invitaciones a viajes, etc. Es por lo que la normativa administrativa, aun permitiendo que los empleados públicos acepten determinados regalos, considera que es preciso implantar cautelas adicionales y mecanismos de control.

A mi modo de ver resulta criticable que se mantenga la idea de que un empleado público pueda recibir regalos de un ciudadano simplemente por hacer bien su trabajo, pero es obvio que la propia normativa así lo reconoce. En este sentido, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su Título II, referido al buen gobierno, y concretamente en su artículo 26.2.b), impone como principio de actuación para los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General lo siguiente:

«6.º No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente. 9.º No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales».

Por lo que respecta a los empleados públicos, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en su artículo 54.6 regula, dentro de ese Código, el régimen jurídico de los regalos que puede percibir el personal al servicio del sector público, imponiendo la obligación de rechazar todos aquellos que vayan más allá de los usos habituales, sociales y de la cortesía.

Es importante resaltar, no obstante, la gran opacidad existente respecto a la recepción de regalos por parte de los empleados públicos de la Administración General del Estado. Así, a pesar de que el interés público de dicha información es evidente para evitar conflictos de interés y para garantizar la objetividad e imparcialidad que deben regir en la Administración Pública, no existe la obligación de publicar esta información en el Portal de Transparencia².

Por tanto, se puede afirmar que en España está permitida la recepción de regalos por parte de los empleados públicos, siempre que sean acordes con los

² A diferencia de la Administración General del Estado, el artículo 20.2.c) de la Ley Foral de Navarra 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga a la Administración de la Comunidad Foral a publicar en el portal de transparencia la siguiente información:

«Registro de obsequios recibidos por razón del cargo, detallando su descripción, persona o entidad que lo realizó, fecha y destino dado a los mismos».

«usos sociales habituales y la cortesía». Ya se puede prever que dichos conceptos serán difíciles de definir y sobre todo difíciles de concretar, pero será importante hacerlo, puesto que aquellos regalos que vayan más allá de los «usos sociales y de la cortesía» podrán generar responsabilidad administrativa e incluso responsabilidad penal, conforme al artículo 422 CP.

II. REGALOS CON RELEVANCIA PENAL

Incluido entre los delitos de cohecho, el artículo 422 CP recoge como conducta típica la recepción de regalos: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años».

A diferencia del resto de delitos de cohecho, en esta modalidad del delito, el funcionario no admite el regalo como contraprestación a un acto concreto, sino que el particular se lo ofrece en consideración a su cargo o función. Otra diferencia se relaciona con el objeto material del soborno, que en el artículo 422 se limita a «dádiva o regalo», en tanto que en el resto de delitos de cohecho pasivo el objeto viene conformado por «dadiva, presente, favor o retribución de cualquier clase». Esta diferencia, en mi opinión, restringe el objeto del soborno en el artículo 422 a ventajas materiales (económicamente evaluables), aunque ello genera una discordancia con el artículo 424 (delito de cohecho activo) que castiga al particular que ofrece dádiva o retribución de cualquier clase. Esta discordancia creo que se debe resolver a favor de interpretar que, cuando se trata del delito de cohecho en consideración al cargo o función, el delito de cohecho activo se limita al ofrecimiento de dádiva o regalo, porque lo contrario llevaría al absurdo de considerar que el funcionario no sería responsable cuando admite otra clase de retribución, pero sí lo sería el particular cuando la ofrece. Entiendo que el objeto del soborno, en el delito de cohecho activo, deberá ajustarse al objeto del soborno recogido en cada clase de cohecho pasivo, puesto que, tratándose de delitos contra la Administración, serán los delitos de cohecho pasivo los que de forma más clara pueden poner en peligro el bien jurídico, máxime, además, cuando ello supone una interpretación más restrictiva del tipo³. Por otro lado, también es diferente la conducta

³ A favor de considerar que el objeto del soborno debe ser en este caso económicamente evaluable, MORALES PRAT/RODRÍGUEZ PUERTA, 2024, p. 1397. En contra, partidarios de que el objeto del soborno

típica, que en el caso del artículo 422 CP se limita a la «admisión», en tanto que en el resto de delitos de cohecho pasivo se incluyen las de «recibir, solicitar o aceptar»⁴.

Dada la extensión de este trabajo no profundizaré en si este tipo penal tiene suficiente lesividad. En mi opinión, la justificación de la punición de esta conducta deriva del peligro que pueda suponer la admisión del regalo para una futura actuación del funcionario. Es decir, se busca la predisposición favorable del funcionario respecto del particular, poniendo en peligro el correcto funcionamiento de la Administración⁵.

La pregunta será qué es necesario para considerar que se ha cometido el delito, porque no bastará, en mi opinión, con el cumplimiento formal del tipo, ya que, como mínimo, habría que excluir los regalos que se ajusten a los usos sociales, dado que son regalos permitidos, como ya se ha indicado, y, además, será preciso que se genere un peligro para el bien jurídico. La respuesta exigirá el análisis de dos cuestiones. Por un lado, deberá examinarse qué significa que el regalo se ofrezca en consideración al cargo o función del funcionario y, por otro lado, qué entidad (cuantitativa y cualitativa) debe tener el regalo para considerar que concurre el peligro de una futura actuación incorrecta del funcionario.

1. «En consideración a su cargo o función»

Este requisito implica, a mi modo de ver, dos condiciones: en primer lugar, que la dádiva o el regalo se ofrezca por la posición que el cargo público ostenta o por las funciones que desempeña, de manera que, si dicha función no fuese desempeñada por el funcionario, el particular no habría hecho tal ofrecimiento. Por otro lado, que el regalo se ofrezca como forma de engrasar la relación buscando la predisposición favorable del funcionario hacia el particular en el futuro, porque solo en estos casos se pondrá en peligro el bien jurídico.

pueda ser cualquier mejora personal, OTERO GONZÁLEZ, Cuadernos de Política Criminal núm. 105 (2011), pp. 70 s.; BLANCO CORDERO, *La Ley*, 2016, p. 5.

⁴ No se recoge la solicitud del funcionario como conducta típica. En mi opinión merece ser criticado por carecer de sentido teniendo en cuenta el peligro para el bien jurídico. En todo caso, el TS ha considerado que si se produce la solitud y posteriormente la recepción de la dádiva habrá delito, entendiendo que finalmente habrá habido acuerdo, independientemente de quien haya tenido la iniciativa (Así, STS de 26 de enero de 2015). En parecido sentido, MORALES PRAT/RODRÍGUEZ PUERTA, 2024, p. 1397, que inciden en la interpretación amplia del TS también respecto a la no exigencia por parte del TS de que se materialice la entrega, siendo suficiente la mera aceptación del ofrecimiento o de la promesa.

⁵ El TS ha considerado en algunas decisiones que el bien jurídico protegido es la buena imagen de la Administración, opinión que no comparto Así, SSTs 361/1998, de 16 de marzo; 362/2008, 13 de junio; 323/2013, de 23 de abril; 14/2015, 26 de enero.

El TS considera que este delito busca engrasar la relación, «en el sentido de generar que el funcionamiento de la maquinaria administrativa opere con el sujeto activo bajo un clima bilateral de subrayada cordialidad, aún sin ningún objetivo concreto o específico, lo que se observa cuando el acto de liberalidad sobrepasa los módulos sociales que rigen de ordinario las relaciones personales que se desarrollan en un contexto de adecuada amabilidad y respeto con quienes desempeñan y gestionan un interés público y mantienen por esa razón una relación con los administrados»⁶.

Parece evidente que, se excluyen como posible objeto del tipo penal, los regalos que se realicen por motivos personales⁷ así como los ofrecimientos por razones diferentes al cargo o a la función pública del funcionario.

En este sentido destacan dos resoluciones en las que el TS excluye la aplicación de este delito por entender que los regalos no se ofrecen en consideración al cargo. En el primer caso –resuelto por Auto de 31 de enero de 2011– Caja Navarra obsequia a cinco cargos políticos, que dejaban sus órganos de gobierno, con cinco relojes de lujo cuyo valor total se estimó en unos 16.000 euros. Los beneficiarios del regalo fueron: el Presidente del Gobierno de Navarra, la Presidenta de UPN y alcaldesa de Pamplona, el Vicepresidente y Consejero de Economía del Gobierno Foral, el Secretario General del PSN y el Secretario General de UPN. El TS consideró que los regalos no se hicieron en consideración al cargo de empleados públicos, sino en atención a quienes durante mucho tiempo ostentaron un cargo en Caja Navarra y, por tanto, afirmó el TS que los méritos recompensados son los acreditados en el ejercicio del cargo societario sin que exista indicio alguno de que el cargo político de los querellados tuviera relación alguna con el regalo recibido, lo que evidencia la inexistencia del elemento causal del delito.

En el segundo supuesto –resuelto por Auto de 4 de noviembre de 2013– se acusaba de delito de cohecho a la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra por el cobro de dietas recibidas por su asistencia a las reuniones de

⁶ STS 323/2013, de 23 de abril. Respecto a la consideración de este delito como delito de «engrasamiento» opina BLANCO CORDERO, *La Ley*, 2016, p. 2, que se puede distinguir entre «engrasamiento» y «clima de corrupción». Así, en el engrasamiento, el corruptor tiene como objetivo ganarse la confianza del corrupto para que en un futuro realice un acto relativo a su cargo o función. Sin embargo, en la creación del clima corrupto no es necesario acreditar de ninguna manera que el regalo se entrega con miras a un futuro acto concreto. Aunque luego volveré sobre ello, no veo clara esta distinción y, en todo caso, considero que sólo será relevante penalmente aquel regalo que genere un peligro de comportamiento futuro incorrecto por parte del funcionario, pero sin que en el momento de ofrecimiento del regalo se concrete un acto por parte del funcionario como contraprestación.

⁷ SSTs 362/2008, de 13 de junio; 323/2013, de 23 de abril; 344/2024, de 25 de abril.

la Comisión Permanente de la Junta de Entidades Fundadoras de Caja Navarra. El TS absuelve a la acusada por entender que el abono de las dietas no viene dado por su condición de cargo público, sino por su pertenencia a la Junta de Entidades Fundadoras. Por ello consideró el TS que faltaba un presupuesto esencial del tipo del delito de cohecho de favorecimiento cual es el de que el percibo de la dádiva o regalo sea recibido por la autoridad o funcionario público en su condición de tal y en consideración al cargo público que ocupe.

Creo que se pueden diferenciar ambos supuestos. En el primer supuesto, estas personas están en el consejo de administración de la entidad societaria porque ostentan determinados cargos políticos. No obstante, creo que lo importante, no analizado por el TS en este caso, es valorar si había peligro futuro en la actuación de los acusados, de manera que los regalos supusieran predisponer a estos cargos públicos a favor de Caja Navarra. Ello, no implica que el regalo sea un regalo permitido, puesto que considero que va más allá de los usos sociales y de la cortesía, dado su valor, pero puede llevar a negar su relevancia penal si no había peligro en la actuación futura. Sobre la entidad del regalo y sus consecuencias, me referiré en el siguiente epígrafe. Respecto al segundo supuesto, lo veo menos problemático para excluirlo de relevancia penal, puesto que se trataba de dietas por asistencia a las reuniones (dietas que cobraban todos los miembros), independientemente de su cargo.

Un segundo grupo de regalos excluidos del tipo penal –en este caso por faltar el peligro de enriquecimiento– serán aquellos que se ofrecen como agradecimiento a un buen ejercicio del cargo público pero que no generan peligro de enriquecimiento porque la relación ha concluido. Por ejemplo, el regalo que unos padres entregan al profesor de su hijo, una vez finalizado el curso, porque consideran que ha sido muy buen docente. Normalmente se excluyen estos regalos porque suelen ser de pequeño valor y no tienen capacidad de corromper. Esto es cierto, pero su incapacidad para corromper puede no provenir sólo de su pequeño valor, sino también de la ausencia de relación futura entre el particular y el empleado público. Es decir, aunque el regalo fuera de una cuantía más considerable, se podría seguir negando la concurrencia del delito, atendiendo a que, aunque se cumple formalmente el requisito de haberlo ofrecido en atención a su cargo o función (el regalo se ofrece por ser buen docente), materialmente es irrelevante esa condición de funcionario, puesto que su función respecto al particular (alumno) ha terminado definitivamente. No habrá peligro de que el funcionario se predisponga a favor del alumno. Faltaría la segunda condición del requisito necesaria para afirmar la relevancia penal, aunque si el valor del regalo es cuantioso, no estará permitido, porque superará los usos sociales.

Por último, también se podrán excluir otro tipo de regalos sobre los que ha debatido la doctrina. Concretamente aquellos entregados a los cargos institucionales para que representen a la institución en determinados eventos (invitaciones a espectáculos deportivos, culturales, etc.). Se trata de actividades que forman parte de las tareas de los funcionarios y por tanto no se ofrecen «en consideración a su cargo o función» sino para que puedan ejercer sus funciones. En este sentido es interesante la opinión de Blanco Cordero respecto a las invitaciones que reciben algunos cargos públicos, entendiendo que no serán punibles aquellas invitaciones que se aceptan en el ejercicio de las funciones del empleado público, por tratarse de tareas de representación. Sí lo serán, cuando haya una conexión relevante entre el particular y el funcionario y la actuación de este vaya más allá de sus funciones de representación⁸.

En el análisis de este requisito, es importante la STS 499/2022, de 24 de mayo es importante porque añade alguna característica más, concretamente considera que no es necesario que el regalo esté conectado a una competencia concreta del funcionario (diferente al resto de delitos de cohecho), sino que basta con que se pueda deducir un círculo de influencia del funcionario. En el supuesto de hecho, el primer teniente de alcalde y director del área de Dinamización Económica del Ayuntamiento de Valencia acepta como regalo dos relojes, de importante valor económico, ofrecidos por dos apoderados de la mercantil Tranvia y Viajes Tranvia SL. (transporte urbano e interurbano), empresa con la que el Ayuntamiento de Valencia tenía suscritos 16 contratos. La defensa alegó que no había relación de causalidad entre su entrega y la situación de José Enrique en el Ayuntamiento, puesto que él no tenía competencia respecto a la adjudicación de los contratos y no formaba parte en ninguna mesa de contratación. El TS afirma que el regalo no tiene por qué ofrecerse al funcionario que tiene la competencia para beneficiar en el futuro al particular, sino que puede dirigirse a otro funcionario que, llegado el momento y dada su posición, pueda interceder a favor del particular ante alguna persona que sea de su círculo de influencia⁹. Estoy de acuerdo con esta idea, puesto que, como ya he indicado, en este tipo de cohecho no se busca, en el momento del ofrecimiento, como contraprestación un acto concreto, sino que se busca predisponer al funcionario para que llegado el momento pueda actuar a favor del particular. Ello

⁸ BLANCO CORDERO, La Ley, 2016, pp. 10 ss.; en el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, Estudios Penales y Criminológicos, 2017, p. 298; NAVARRO CARDOSO, 2018, p. 100.

⁹ Es importante destacar que a partir de 2010 el tipo penal incluye la posibilidad de que el regalo se ofrezca en consideración al cargo y no solo a la función del empleado público, quizás sea una manera de explicitar la no necesidad de que el regalo esté vinculado a la competencia del funcionario. En este sentido también GIMBERNAT ORDEIG, 2010, p. 2; BLANCO CORDERO, La Ley, 2016, p. 7.; ABDESLAM, 2018, pp. 263 ss.

puede ser a través de un acto para el que tiene competencia, pero también a través de ejercer su posible influencia.

En el mismo sentido es claro el Auto de 31 de enero de 2011 cuando indica: «Pero no debe excluirse del nexo causal la función que se integra dentro del círculo de influencia que puede desplegar potencialmente el titular de aquélla por razón de la misma, es decir, la integración en un órgano de gobierno donde existen múltiples funciones y competencias interrelacionadas o interdependientes que están sujetas evidentemente al rango y posición en el propio órgano de las autoridades o funcionarios sujetos pasivos de la dádiva o regalo».

Atendiendo a lo anterior, sorprende uno de los casos más controvertidos del panorama español, el denominado «caso de los trajes» donde fue imputado Francisco Camps (como presidente de la Generalitat Valenciana) junto a varios de sus consejeros, por haber recibido como regalos trajes y otras prendas de vestir, ofrecidos por la empresa «Orange Market», empresa muy relacionada con la Generalitat Valenciana por haber recibido múltiples adjudicaciones de contratos públicos. El TSJ Valenciano, en el Auto 60/90, de 1 de agosto de 2009, rechaza la imputación por cohecho por varios motivos, en primer lugar, porque las acciones públicas, desempeñadas por parte de los políticos imputados, no guardaban relación con los actos de contratación a las empresas (Orange Market) y, en segundo lugar, porque las adjudicaciones no fueron decididas por los acusados. El TSJ exige, desde mi punto de vista equivocadamente, una competencia específica del presidente de la Generalitat, que no exige este tipo penal. Frente al Auto del TSJ se interpone recurso ante el TS y el alto Tribunal, en Sentencia de 17 de mayo de 2010, lo admite y afirma que la interpretación del TSJ de Valencia, entendiendo función como competencia específica, supone un peligro porque vacía de contenido el cohecho de favorecimiento¹⁰. El TS afirma que se atenderá a si el funcionario agasajado puede desplegar una influencia. Estima los recursos y retrotrae la cuestión al Tribunal del Jurado. El Jurado, sin embargo, no considera aplicable el tipo porque niega que el acusado tuviera capacidad de influencia en materia de contratación y toma de decisiones¹¹. Entender en este caso que el presidente de la Generalitat no tenía capacidad de influir sobre los funcionarios competentes en materia de contratación es, en mi opinión, cuando menos llamativo.

¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, 2010, p. 3; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2011, p. 172.

¹¹ Ampliamente sobre este caso, DE PABLO SERRANO, 2015, pp. 270 ss.

2. Entidad cualitativa y cuantitativa del regalo

Una vez determinado como primer requisito del tipo penal que el ofrecimiento del regalo lo sea en consideración al cargo o función del funcionario, procede determinar si, como segundo requisito, se debe exigir cierta entidad cuantitativa y cualitativa del regalo para que sea penalmente relevante. La primera característica del regalo para que pueda ser relevante penalmente es que vaya más allá de los usos sociales y la cortesía, porque así lo indican, tal y como he señalado, tanto la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su artículo 26.2.b), como el EBEP en su artículo 54.6.

Sin embargo, para que el regalo tenga relevancia penal, en mi opinión, no bastará con que el regalo supere los usos sociales o la cortesía (por otra parte, muy difíciles de delimitar), sino que será preciso, tal y como se ha explicado en el apartado anterior, que el ofrecimiento y la admisión del regalo tengan capacidad de predisponer al funcionario a favor del particular que realiza el ofrecimiento, esto es, que suponga un peligro de comportamiento incorrecto por parte del funcionario en el futuro¹². Creo que es importante diferenciar tres niveles: en primer lugar, aquellos regalos permitidos conforme a los usos sociales, en segundo lugar, aquellos prohibidos por superar los usos sociales, pero que sólo merezcan reproche administrativo. En este sentido, el artículo 95.2.j EBEP considera infracción muy grave: «La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro» y, en tercer lugar, aquellos que, superando los usos sociales, merezcan además reproche penal.

La cuestión será entonces delimitar estos tres niveles.

La doctrina incluye entre los regalos acordes con los usos sociales aquellos de valor mínimo, porque en general no tendrán capacidad de influir en el funcionario al que se le ofrecen (un bolígrafo, invitación a un café o un ramo de flores)¹³. Sin embargo, en algunos casos es difícil discernir si un regalo encaja en los usos sociales o no. La normativa administrativa no da pistas y el TS reconoce que se debe analizar cada caso concreto y huir de fórmulas generales, aunque se ha centrado básicamente en criterios cuantitativos para diferenciar un regalo penalmente relevante del que no lo es¹⁴.

¹² MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, 2024, p. 1395.

¹³ VALEJE ÁLVAREZ, 2015, p. 1164; DE PABLO SERRANO, 2015, p. 265; BLANCO CORDERO, La Ley, 2016, p. 10; GÓMEZ RIVERO, Estudios Penales y Criminológicos, 2017, p. 295; NAVARRO CARDOSO, 2018, p. 92; MUÑOZ CONDE, 2019, p. 917-918.; GARCÍA ARROYO, 2021, p. 390. No se consideran regalos de cortesía, por ejemplo, las invitaciones en restaurantes de lujo, el pago de vacaciones familiares o participación en congresos en lugares exóticos SSTS 362/2008, de 13 de junio; 402/2019, de 12 de septiembre.

¹⁴ SSTS 362/2008, de 13 de junio; 14/2015, de 26 de enero.

Algunos autores han indicado algunos criterios más cualitativos que permiten, según su opinión, ampliar el marco de usos sociales y de cortesía. En este sentido Gómez Rivero aporta algunos criterios muy interesantes. En primer lugar, afirma esta autora que, aun reconociendo la importancia de la entidad cuantitativa del regalo, puede haber regalos de más valor que se realizan por agradecimiento. El ejemplo que pone esta autora es el de una mujer que regala a su ginecólogo un jamón 5j en agradecimiento por haberla atendido al parto y continúa, indicando que su castigo llevaría a una situación de desafección y no tendría sentido porque no responde a la estructura típica de la corrupción, que es motivar al funcionario para la realización de un acto. Añade que tendría sin embargo más sentido castigar al particular que entrega 20 euros al funcionario de una ventanilla por agilizar el trámite, porque en este caso difícilmente puede considerarse un regalo acorde con las costumbres o usos sociales. El siguiente criterio defendido por Gómez Rivero trata sobre la cualidad del sujeto del que procede el obsequio. Considera esta autora que no será lo mismo si el que realiza el obsequio (pin de plata de 60 euros) es un empresario que dispone de estos *pins* en la empresa para obsequiarlos, que si el particular acude a una joyería expresamente a comprarlo. Además, Gómez Rivero añade otro criterio que es el del valor que para el propio funcionario tenga el regalo. Esto es, puede tratarse de un regalo de poco valor desde un punto de vista objetivo, que, sin embargo, para el funcionario sea especialmente relevante¹⁵. Por último, señala Gómez Rivero un criterio que trata sobre la relación existente entre el particular y el funcionario, de manera que, en la medida en que la relación entre ambos esté agotada, la conducta deberá considerarse atípica, por ejemplo, el regalo realizado a un funcionario en consideración a su función por motivo de su jubilación¹⁶. Por su parte, García Arroyo, además de adherirse a los criterios de Gómez Rivero, añade un criterio que trata sobre la capacidad económica del funcionario, de manera que un regalo puede ser nimio para uno e importante para otro dependiendo de su categoría y condición económica¹⁷.

Por otra parte, hay autores que apuestan por criterios puramente cuantitativos. Así Blanco Cordero estima que los regalos atípicos serían los comprendidos en una horquilla entre 50 y 100 euros¹⁸.

¹⁵ GÓMEZ RIVERO, Estudios Penales y Criminológicos, 2017, pp. 295 ss. GARCÍA ARROYO, 2021, 420 ss.

¹⁶ GÓMEZ RIVERO, Estudios Penales y Criminológicos, 2017, pp. 299 ss.

¹⁷ GARCÍA ARROYO, 2021, p. 420.

¹⁸ BLANCO CORDERO, La Ley, 2016, BLANCO CORDERO, La Ley, 2016, p. 14. GIMBERNAT ORDEIG, 2010, p. 3, este autor plantea que estará fuera de los usos sociales los regalos que superen los 600 euros.

En mi opinión, tal y como he indicado más arriba, creo que para que una conducta encaje en el tipo recogido en el artículo 422 CP es preciso que, con el ofrecimiento del regalo, y su admisión por parte del funcionario, se busque la predisposición favorable del funcionario y se genere un peligro de comportamiento incorrecto en el futuro y, en consecuencia, un peligro para el bien jurídico protegido, el correcto funcionamiento de la Administración pública (imparcialidad, igualdad de oportunidades).

También creo que es importante incidir en que hay tres niveles diferentes de posible responsabilidad a los que creo que hay que aplicar diferentes criterios.

Debo comenzar por indicar que, en mi opinión, debería suprimirse cualquier tipo de regalo en consideración a la función o al cargo del funcionario y que debe huirse de la «cultura del regalo». No quiero decir con ello, que cualquier regalo debería tener relevancia penal, antes bien, al contrario, sería más eficaz y procedente regular correctamente protocolos de actuación dentro de las administraciones públicas. No obstante, como ya se ha repetido, la normativa administrativa permite ciertos regalos, aquellos que encajen en los usos sociales o que sean de cortesía, y, por otro lado, no todo regalo que se salga de los usos sociales deberá tener relevancia penal si atendemos al principio de intervención mínima o de *ultima ratio*.

En mi opinión, el criterio que debe utilizarse para decidir si un regalo encaja en los usos sociales es únicamente el cuantitativo. Y en este sentido, el valor debería ser especialmente pequeño. Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid permite regalos siempre que no superen los 50 euros y no se pueden acumular regalos que superen los 150 euros en un año¹⁹. Igual en Barcelona, el código ético del Ayuntamiento indica que los regalos permitidos no pueden superar los 50 euros²⁰. Por ello, considero que los regalos susceptibles de responder a los usos sociales no deberían superar los 50 euros. También considero *a sensu contrario* que si el regalo no supera los 50 euros estará permitido. Debe tenerse en cuenta que en ningún caso podrá vincularse la cantidad ofrecida con un acto concreto. Es decir, si una persona ofrece 20 euros al funcionario de la ventanilla para que le agilice un trámite, la conducta constituye delito de cohecho activo, del artículo 424 CP, en relación al delito de cohecho pasivo impropio del artículo 420. La vinculación a

¹⁹ file:///C:/Users/Ines/Desktop/IN%C3%89S/MASTER%20AUT%C3%93NOMA/COHECHO%20DE%20FAVORECIMIENTO/acuerdo%20del%20ayuntamiento%20de%20madrid%20sobre%20regalos.pdf

²⁰ https://ajuntament.barcelona.cat/bustiaetica/es/comite-de-etica/normativa-reguladora/codigo-etico-y-de-conducta-del-ayuntamiento-de?utm_source=chatgpt.com.

un acto concreto desplaza al artículo 422, porque en ese caso el peligro para el correcto funcionamiento de la Administración se concreta, al relacionar la dádiva con un acto concreto.

En el segundo nivel estarán los regalos que superen los 50 euros que constituirán una infracción grave administrativa, puesto que no están permitidos por la normativa administrativa. De esta manera, en el ejemplo expuesto por Gómez Rivero relativo al obsequio de un jamón 5j al ginecólogo para agradecerle su buen hacer durante el parto, es posible que no haya delito, por otras razones que luego indicaré, pero creo que la conducta sí merece un reproche, al menos para el funcionario que lo admite, en la medida en que el valor del regalo supera lo que podría encajar en un regalo de cortesía o uso social. Se debe desterrar la idea del «agradecimiento» por hacer bien el trabajo y apostar por la idea de que el deber de cualquier persona es hacer bien su trabajo. Considero que cada vez es menos frecuente este tipo de regalos y que las costumbres sobre los regalos han cambiado significativamente.

A partir de ahí, para valorar si el regalo ofrecido tiene trascendencia penal, habrá que acudir a otros criterios, atendiendo siempre a la idea de que el regalo debe generar un peligro de un comportamiento incorrecto por parte del funcionario, esto es peligro de «engrasamiento».

Por ello, en mi opinión, será relevante en primer lugar, si el regalo se ofrece por una persona que tiene o potencialmente pueda tener una relación continuada con la Administración o, por contrario, es un regalo ocasional, por ejemplo, en agradecimiento por un servicio concreto y puntual. En segundo lugar, unido al anterior, como ya se ha indicado más arriba, habrá que valorar si hay peligro de repetición o si la relación está agotada (por ejemplo, no se considerará delito si el obsequio se ofrece por una jubilación). Creo que sólo en los supuestos en los que haya relación, o pueda haberla, así como en los que haya peligro de repetición podrá apreciarse el tipo penal, porque en ambos casos se genera un peligro objetivo de comportamiento incorrecto por parte del funcionario en futuras decisiones²¹.

Los criterios relacionados con la importancia que el funcionario otorgue al regalo o con la capacidad económica del funcionario, además de que los considero excesivamente subjetivos, no serán relevantes, a estos efectos, puesto que, si no hay posibilidad de repetición o una relación entre el particular y

²¹ MORALES PRAT/RODRÍGUEZ PUERTA, 2024, 1395, en este sentido afirman: «La conducta inculpada en el artículo 422 sólo debería merecer una respuesta penal si hubiera sido cometida con contumacia o reiteración (por tanto, de modo no ocasional). De este modo se requeriría un elemento que permitiera asentar sobre hecho objetivos la prueba del vínculo de dependencia entre funcionario y particular idóneo para condicionar sus futuras decisiones».

el funcionario, no habrá peligro de engrasamiento. En alguno de los ejemplos expuestos por la doctrina se relaciona el regalo con un acto concreto y ello llevaría a la aplicación de otro delito de cohecho. Así García Arroyo propone el siguiente ejemplo sobre la distinta capacidad económica del funcionario. Un alumno que para ganarse el favor de su profesor le regala un reloj. Si dicho reloj tuviera un valor de 1.500 euros, valdría para motivar a cualquier profesor (independientemente de su capacidad económica). Sin embargo, si el reloj tuviera un valor de 100 euros, habría que diferenciar entre un becario de investigación que se podría sentir motivado para cambiar el acta y la nota del alumno, frente a un Catedrático que probablemente por 100 euros no aceptaría cambiar el acta²². A mi modo de ver, en el ejemplo propuesto, el regalo se ofrece como contraprestación a un acto concreto, cambiar la nota del alumno, por tanto, el posible delito de cohecho será o bien el contenido en el artículo 419 (si se compromete a un acto injusto) o el 420 (si se compromete a un acto justo) y el funcionario responderá en cualquier caso (tenga la capacidad económica que tenga) si acepta el ofrecimiento.

Por su parte, en el caso de que el obsequio sea especialmente importante para el funcionario, sólo será relevante si realmente hay un peligro de que el funcionario pueda favorecer al particular en el futuro y ello solo ocurrirá si hay alguna posibilidad de repetición. El ejemplo repetido para este supuesto es el que indica Pozuelo Pérez: «funcionario fanático de la filatelia al que sólo le falta un sello difícil de encontrar para acabar su colección. Si alguien se lo da a cambio de cualquiera de las conductas contenidas en los artículos 419 y ss, tendremos que afirmar que hay delito de cohecho²³. Yo creo que el ejemplo merece una matización. Si el funcionario, como contraprestación al sello se compromete a un acto propio de su cargo (justo o injusto) habrá delito de cohecho –arts. 419 o 420 CP– puesto que habrá peligro para el correcto funcionamiento de la Administración y en estos casos la cuantía de la dádiva o del regalo es irrelevante. Ahora bien, si el sello se entrega sin contraprestación de un acto concreto habrá que indagar si en el supuesto hay peligro de engrasamiento (esto es de que las decisiones futuras del funcionario respecto al particular se vean condicionadas). Solo en ese caso se podrá afirmar la relevancia penal del regalo y siempre que supere los 50 euros. Si no se fija una cantidad concreta para definir los regalos permitidos (conformes a los usos sociales o de cortesía), se pueden producir decisiones contradictorias y basadas en criterios subjetivos, muy difíciles de probar.

²² GARCÍA ARROYO, 2021, p. 420.

²³ POZUELO PÉREZ, 2015, pp. 1726 s.

III. CONCLUSIONES

En mi opinión, debería prohibirse todo tipo de regalo, más allá de su valor, porque considero necesario terminar con la «cultura del regalo». Una sociedad moderna y democrática debe alejarse de esa cultura y regular protocolos de actuación en las administraciones públicas. Sin embargo, como se ha visto, la propia normativa administrativa permite algunos regalos cuando encajen en los usos sociales o sean de cortesía. Los regalos a funcionarios solo tienen sentido (y poco) cuando están regulados, son simbólicos y no buscan influir en decisiones públicas. En estos casos, podrán «tolerarse» ciertos regalos, y ello es lo que, a mi modo de ver, hacen las disposiciones administrativas al permitir aquellos regalos que no vayan más allá de los usos sociales y de la cortesía.

En cuanto a la entidad del regalo o de la dádiva, es preciso diferenciar tres niveles. Por un lado, los regalos permitidos, que a mi modo de ver deberán ser simbólicos por lo que no podrán superar los 50 euros. Debe advertirse, en este punto, que aquellos regalos que sean contraprestación de un acto concreto (justo o injusto) serán penalmente relevantes, con independencia de su cuantía, conforme a otros preceptos del CP, concretamente conforme a los artículos 419 y 420, porque en estos casos el funcionario ya se muestra dispuesto a alterar el correcto funcionamiento de la Administración. El segundo nivel estará conformado por regalos superiores a 50 euros. Estos estarán prohibidos (entiendo que no encajan en los usos sociales o como regalos de cortesía), pero ello no lleva directamente a considerarlos regalos con relevancia penal, sino que podrán constituir infracciones muy graves de carácter administrativo. Aquí podrán encajar aquellos regalos que no suponen un peligro de enriquecimiento, pero que no cabe considerarlos conformes a los usos sociales. Por ejemplo, regalos de agradecimiento por un servicio puntual; regalos en los que la relación está terminada, etc. Por último, el tercer nivel serían aquellos regalos con relevancia penal. En mi opinión, además de superar los 50 euros, deberán cumplir alguno de los dos requisitos siguientes. O bien existe o potencialmente puede existir una relación continuada entre el particular y el funcionario, o bien hay peligro de repetición. En ambos casos se genera el peligro de enriquecimiento, esto es la predisposición del funcionario a actuar en favor del particular en un futuro.

Además, para que el ofrecimiento del regalo tenga relevancia penal deberá realizarse «en consideración al cargo o a la función del funcionario». Ello excluye los regalos personales o aquellos que se ofrezcan por una razón diferente, siempre teniendo en cuenta que no es preciso que se ofrezcan por tener el funcionario una competencia específica, sino que bastará con que el funcionario disponga de capacidad de influir para beneficiar de alguna manera al particular en un futuro.

No puedo terminar este breve trabajo sin agradecer profundamente la invitación a participar en este merecido libro homenaje al profesor Enrique Peñaranda, al que considero, además de un excelente y brillante penalista, un gran amigo. Gracias Enrique por tu trabajo siempre riguroso y serio.

BIBLIOGRAFÍA

- AOULAD BS LUCENA, Abdeslam Jesús: Reformas en el delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. El regalo, la adecuación social y los límites a la Ley de Transparencia, Madrid, 2018.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y a otros eventos*, La Leydigital, 2016, pp. 1-18.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro: *Dos claves del delito de cohecho pasivo impropio (artículo 422): el bien jurídico protegido y la cláusula «en consideración a su cargo o función». Su aplicación al «caso trajes de Camps» en La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Barcelona, 2015, pp. 243-284.
- GARCÍA ARROYO, Cristina: Los delitos de cohecho antecedente, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *El endiablado cohecho impropio*, Diario El Mundo, 5 de julio de 2010.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a del Carmen: *Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido*, Estudios penales y criminológicos, 2017, pp. 249-306.
- MORALES PRATS, Fermín/Rodríguez Puerta, María José: *Artículo 422*, en Comentarios al Código Penal español, 8.^a ed., 2024, pp. 1393-1397
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, 22.^a ed., Valencia, 2019.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando: *El cohecho en su consideración a su cargo o función*, Valencia, 2018.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar: *El nuevo delito de cohecho en consideración a su cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010, de 12 de mayo*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 105 (2011), pp. 61-86.
- POZUELO PÉREZ, Laura: *El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos*, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pp. 1711-1732.
- VALEJE ÁLVAREZ, Inmaculada: *Cohecho, artículos 419 y siguientes* en Comentarios al a la Reforma del Código Penal, Valencia, 2015, pp. 1164-1166.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: *Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político criminales sobre el llamado «cohecho de facilitación» (art. 422)* Revista de Derecho penal y Criminología, núm. 6 (2011), pp. 151-180.

26. ALGUNAS INCOHERENCIAS EN LA RESPUESTA JURÍDICO-PENAL A LOS ATENTADOS CONTRA LA INTIMIDAD* **

PILAR OTERO GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

I. DE AQUELLOS BARROS... (LA DEFECTUOSA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD)

1. Como es sabido, nuestro Código penal anterior no tuteló de forma unitaria y sistemática los atentados contra la intimidad (en un Título o Capítulo independiente), sino que se protegió de forma fragmentaria y limitándose a aspectos puntuales. Así, puede recordarse que el allanamiento de morada se tipificaba dentro de los delitos contra la libertad o se castigaba la revelación por el abogado o procurador de los secretos de su cliente dentro del Capítulo dedicado a la prevaricación de funcionarios.

2. Fuera de estas figuras específicas y dispersas, la intimidad recibía –y aún hoy recibe– una protección penal indirecta por medio de las injurias, debido, entre otras causas, a la imprecisa distinción entre los bienes jurídicos *honor* e *intimidad*¹ y a la inercia de la concepción tradicional de la intimidad

* Merecidísimo homenaje al profesor Peñaranda Ramos, que, además de excelente persona, es referente absoluto en los temas que ha abordado y, por tanto, de lectura imprescindible para todos los que nos dedicamos al estudio del Derecho penal.

** Trabajo enmarcado en el Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez UC3M y realizado en el seno del programa interuniversitario en cultura de la legalidad (4trust-cm) PHS 2024/PH-HUM-65.

¹ SAP Jaén, 2.ª, 225/2018; SAP Madrid, 23.ª, 23/2017, 10-1.

como libertad negativa de exclusión del conocimiento de terceros, proveniente de la teoría alemana de Las esferas (*Sphärentheorie*).

En efecto, según esta teoría desarrollada a lo largo del siglo xx y recogida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG)², se protege gradualmente la intimidad en tres círculos concéntricos de menor a mayor radio de extensión en relación con su vinculación social. La esfera íntima (*Intimsphäre*), núcleo más protegido, vinculado al secreto, es la parcela de la vida privada donde se sitúan los eventos o noticias de los que se excluye a la totalidad de los individuos ajenos al titular de los mismos –datos sexuales, religiosos...–, la privada (*Privatsphäre*), menos protegida que la íntima, donde el titular de los datos o eventos solo hace partícipes a personas de particular confianza (los datos íntimos que transmitimos al médico para que nos cure o al abogado para que nos defienda) y la social o pública (*Sozialsphäre/Öffentlichkeitsphäre*), que comprende aquellas noticias que el sujeto desea que trasciendan al dominio público, por ejemplo, el derecho a la propia imagen. Esta construcción está basada, pues, en el obsoleto concepto de secreto, del que dimanaban facultades de exclusión del conocimiento de terceros. Todo ello abocó en confusiones conceptuales lo que explica aun hoy la dificultad de delimitar estos términos, intimidad y secreto, entre sí.

3. Prueba de ello es que el Capítulo I del Título X, dentro de los delitos contra la intimidad se intitula «Del descubrimiento y revelación de *secretos*» dentro del cual se incluye el tipo básico (art. 197.1 CP) que comienza con un elemento subjetivo específico del injusto «El que para descubrir los *secretos* o vulnerar la *intimidad*», situándose ambos conceptos en el mismo plano, lo que ha distorsionado la interpretación y el alcance de su protección penal, tal como ejemplificaremos en el siguiente epígrafe.

4. Más allá de esta defectuosa concepción del bien jurídico *intimidad*, el Legislador penal siempre ha ido a remolque del uso delictivo que puede derivar del desarrollo vertiginoso de las tecnologías de la comunicación y, particularmente, de la información (Internet), pues, como es obvio, este desarrollo ha posibilitado nuevas formas de control del individuo y de atentados a su intimidad, que han puesto de manifiesto la necesidad de incriminar nuevas y sofisticadas conductas o castigar con penalidad diferente actuaciones que, por su carácter insidioso, merecerían más sanción que las que no se producen con técnicas tan dañinas. A este respecto, en aras del respeto al principio de proporcionalidad, ameritaría, por ejemplo, una revisión penológica de los dos

² Un análisis de esta *teoría de las esferas* y su aplicación en la jurisprudencia alemana para desglosar el concepto de intimidad y privacidad, puede verse en PÉREZ LUÑO, 1992, pp. 36-45.

incisos del número 1 del artículo 197 CP, que sitúan en el mismo plano de lesividad un apoderamiento de papeles y la utilización clandestina de artificios técnicos de escucha, grabación o reproducción del sonido o de la imagen.

5. No toda esta tipificación es criticable. Hay que reconocer el esfuerzo del Legislador de 1995 por haber realizado, en primer lugar, un planteamiento conjunto de la tutela penal de la intimidad en el Título X. En segundo lugar, por haber ampliado la defensa de los atentados a la intimidad (alojada en el artículo 197.2 CP), con el fin de proteger la intimidad informática, de acuerdo con el artículo 18 CE, que acogió un vasto contenido de la intimidad, reconociendo no solo el derecho a la intimidad domiciliaria y a la libertad y confidencialidad de las comunicaciones privadas, sino que constitucionalizó el *habeas data* en el artículo 18.4 CE, aspecto que implica el reconocimiento de un derecho activo de control (facultades jurídicas positivas) sobre los datos personales que figuran en la sociedad informatizada. Esta interpretación fue confirmada por el TC desde la STC 254/1993, 20-7³ y, desde la STC 292/2000, 30-11 se considera el derecho a la autodeterminación informativa como autónomo del derecho a la intimidad personal, familiar y propia imagen. Parece que esta conclusión no se ha visto reflejada en la respuesta penal a algunos de estos atentados. Sobre ello volveremos después.

Sin embargo, para que hubiera habido una auténtica armonización legislativa, fundamentalmente del artículo 197.2 CP con la LO 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales (y sus antecedentes, la LOPD 15/1999 y la LORTAD 5/1992), debería haberse optado por una actualización de conceptos adecuándolos a la citada legislación, y por un desarrollo de la tipificación de las distintas conductas delictivas especificándolas de forma más clara en un Capítulo con entidad propia dentro del Título X, para evitar algunos problemas interpretativos, que señalaré más adelante.

Finalmente, la tutela penal debería haberse extendido a todas las fases del ciclo informático desde la creación de los ficheros informáticos hasta la alteración y transmisión ilícita de los datos registrados. Sin embargo, el CP lo reduce a la última fase, esto es, se limita a la tutela de datos ya registrados, excluyendo las fases de recogida de datos personales que se reconducen al ámbito

³ No es momento ahora de abundar en si el *habeas data* debe configurarse de manera autónoma respecto del derecho a la intimidad o si, por el contrario, el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal constituye una intromisión en la intimidad. Sobre esta discusión, vid., distintas posturas recogidas por ETXEBERRIA GURIDI, 1998, pp. 32-39. Cabe recordar al respecto que en Alemania la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 15 de diciembre de 1983 perfiló por primera vez el derecho a la autodeterminación informativa como derecho autónomo, derivado del derecho a la personalidad.

de la responsabilidad administrativa (LO de protección de datos 3/2018)⁴. Es político criminalmente incorrecto, porque deja fuera conductas tan peligrosas para la intimidad como las incriminadas (ej.: recabar datos personales de forma engañosa y fraudulenta, la creación clandestina de ficheros o bancos de datos personales con fines de automatización o prescindir del consentimiento del afectado, –indispensable su explicitud cuando se trata del núcleo duro de la intimidad–). En consecuencia, en algunos casos ubicados en las primeras fases del ciclo informático en los que haya un peligro grave para el *habeas data*, debería postularse la intervención del Derecho penal. Estos ejemplos demuestran la dificultad de tipificar todas las conductas en un solo precepto del Código penal.

6. La LO 1/2015 de modificación del CP tampoco ha ayudado a mejorar la estructura y redacción de estos tipos penales. Por ejemplo, se introduce un subtipo agravado en el artículo 197. 4b) CP obedeciendo a una transposición de la Directiva 2013/40/UE, cuyo artículo 9.5 obliga a considerar circunstancia agravante el uso ilícito de datos de carácter personal de otra persona, con la finalidad de ganar la confianza de un tercero, causando daños al propietario legítimo de la identidad. Sin embargo, esta transposición se hace de una forma defectuosa. En primer lugar, la ubicación es incorrecta, pues la Directiva se refiere a los ataques a los sistemas de información relacionados con los artículos 264 y 264 bis CP mientras que el Legislador español introduce esta agravación tanto en los delitos contra la intimidad como en los delitos de daños informáticos, lo que supone una duplicación distorsionante e innecesaria. En segundo lugar, la redacción del tipo penal no recoge el *telos* de la Directiva, puesto que el artículo 197.4b) CP⁵ simplemente habla de utilización no autorizada de datos personales de la víctima, lo que dificulta la delimitación con el artículo 197.2 CP, cuando debería haberse plasmado expresamente que esta utilización no autorizada se realice suplantando la identidad del sujeto pasivo, que es lo que supone el plus de antijuridicidad.

⁴ STS 616/2022, 22-6; STS 112/2023, 20-2; STS 744/2022, 21-7; SAP León, 3.ª, 289/2022, 16-5; SAP Madrid, 2.ª, 551/2019, 24-6.

⁵ La STS 15/2023, 19-1-2023 aplica este tipo agravado al caso de utilización de la clave del rúter en tanto que implica un número de identificación personal susceptible de protección, lo que permitió la obtención de imágenes que comprometían la intimidad de la víctima. A mi modo de ver, esta argumentación no es motivo suficiente para aplicar el tipo agravado, pues es difícilmente distinguible de algunas conductas de los tipos básicos de los artículos 197. 1 y 2 CP. No es, en definitiva, coherente con el artículo 9.5 de la Directiva 2013/40/UE, que fija el plus de antijuridicidad, como señalo en el texto, en la utilización ilícita de estos datos con la finalidad de ganar la confianza de un tercero. No obstante, hay que reconocer que los magistrados son respetuosos con el principio de legalidad sobre un tipo agravado defectuoso y mal transpuesto.

7. En general, este esfuerzo del Legislador por adecuarse a la realidad tecnológica ha resultado en ocasiones inapropiado. Por un lado, la nueva sociedad informatizada, que lleva implícita una sociedad de riesgo, ha motivado, entre otras cosas, el incremento de la técnica de los delitos de peligro abstracto, que adelantan la barrera punitiva a momentos en los que no se ha lesionado el bien jurídico, lo que genera una grave inseguridad jurídica porque supone un debilitamiento de las garantías penales. Asistimos, así, a una expansión del Derecho penal acompañada de una desformalización, esto es, a unas leyes penales más ambiguas, más desdibujadas. Para paliar este efecto, la Jurisprudencia ha dotado de sentido algunos nuevos tipos penales mediante la interpretación de la afectación de nuevos bienes jurídicos, como en el delito de *hacking* del artículo 197 bis CP en relación con la indemnidad de los sistemas de información, como veremos en la segunda parte. De otro lado, las peculiares características de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no permiten siempre abordar la regulación de esta nueva realidad con los conceptos jurídicos tradicionales y, por tanto, exigen una respuesta nueva por parte del Derecho Penal. Ello plantea una revisión profunda de conceptos, entre ellos, la intimidad, pasando a protegerse un concepto más amplio, vinculado al *habeas data*: la privacidad⁶. La privacidad constituye un conjunto más global de facetas de la personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación, pero entrelazadas entre sí conforman un retrato de la personalidad del individuo, que este tiene derecho a mantener reservado⁷. Esta garantía de la intimidad en sentido amplio, protegida a través del artículo 18.4 CE, permite configurarla con una nueva dimensión como un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales⁸.

Con Internet la intimidad ya no puede reducirse simplemente a la idea de derecho al control sobre los datos personales, puesto que estos datos ya no circulan por redes cerradas sobre las que se pueda exigir confidencialidad, este derecho pasa, así, a convertirse en un derecho al anonimato del usuario (entendiendo por tal el derecho a no ser reconocido, pero no el derecho al control férreo sobre los datos personales). Sin embargo, el derecho al anonimato tampoco puede asegurarse, porque es el propio usuario el que deja sus huellas digitales (cookies, archivos logs). En consecuencia, además de la invocación de autorregulaciones y pautas de autotutela (mecanismos para borrar las cookies, *anonymus remailers* –servidores intermedios o pantalla–, programas como

⁶ Vid., ampliamente, MORALES PRATS, 1996, pp. 227 ss.

⁷ ETXEBERRIA GURIDI, 1998, p. 36. ROMEO CASABONA, *PJ*, 1993, p. 165.

⁸ STC 254/1993, 20-7; STC 11/1998, 13-1; STC 45/1999, 22-3.

cloackers, zappers que borran huellas, criptografía...) ⁹, porque desde el ámbito público no puede garantizarse el anonimato, a lo único que puede aspirarse en la actualidad, en el contexto de la jurisdicción contencioso administrativa, es al derecho al olvido ¹⁰, que refuerza la posibilidad de borrar los datos personales incompletos o indebidos y permite a los titulares afectados requerir al responsable del tratamiento para que elimine cualquier dato personal que haya sido recabado y para que se abstenga de realizar cualquier comunicación y/o cesión de los mismos. Todo ello ha influido en el tratamiento jurisprudencial que analizaremos a continuación.

II. ...ESTOS LODOS (ALGUNAS INCOHERENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA)

1. La jurisprudencia, por su parte, también ha ido a la zaga: le costó superar la tradicional elaboración jurisprudencial de este bien jurídico en torno a la teoría de las esferas y recepcionar la cultura anglosajona sobre el derecho a la *privacy* vinculado a la idea de autodeterminación del individuo como algo diferenciado de la intimidad. En otras palabras, la Jurisprudencia ha intentado superar la clásica concepción teórica del bien jurídico *intimidad* estructurado en torno al *secreto* del que dimanaban facultades jurídicas de exclusión del conocimiento de terceros, a favor de un bien jurídico positivo como es la intimidad, de la que derivan facultades de control sobre los datos e informaciones del individuo en la sociedad tecnológica ¹¹. No obstante, todavía en ocasiones se sigue asociando *intimidad* a *secreto* ¹², probablemente por la incorrecta tipificación del artículo 197.1 CP, que, como señalaba *supra*, sitúa ambos concep-

⁹ Ampliamente, MIRÓ LLINARES, 2012, pp. 220-245.

¹⁰ *Vid.*, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). La STJUE 13-5-2014 (asunto c-131/12) traslada la responsabilidad de cumplir con el Derecho al olvido al gestor de motor de búsqueda. No obstante, la STJUE 24-9-2019 (asunto C136/17), lo limita al ámbito de la UE. Por tanto, Google no tuvo que borrar datos de las personas de todas sus versiones internacionales. La STS 334/2022, 27-4 (siguiendo doctrina TC y TJUE) señala que en el conflicto hay que tener en cuenta el interés que la sociedad tiene a estar informada sobre presuntas actividades ilícitas, como la creación de sociedades pantalla, y otras maniobras defraudatorias, opacas y falsarias llevadas a cabo por el protagonista de la noticia. Es decir, prima el derecho a la información frente al derecho al honor, siempre que estemos hablando de actividades delictivas en el ámbito profesional y siempre que se trate de noticias de interés para un amplio número de personas, tratándose, en definitiva, de interés público general.

¹¹ Véase, por ejemplo, SSTC 11/94, 17-1 y 104/1998, 18-5; SJP Badajoz, núm. 2, 50/2006, 15-2 o, más recientemente, STS 392/2020, 15-7; STS 250/2021, 17-3.

¹² SAP, Pontevedra, 4.ª 2/2025, 14-1; STS 412/2020, 20-7.

tos en el mismo plano, posiblemente por la inercia de la teoría de las esferas y su configuración de la intimidad vinculada al secreto, lo que resulta de todo punto incorrecto en la medida en que el concepto legal de *secreto* es la cualidad que se predica de un dato, hecho o información, que tiene un soporte físico, cualidad que, por otra parte, es mutable en función de las decisiones del titular, de tal suerte que la condición de *secreto* no se debe predicar *a priori*, sino que habrá que analizar el contexto y los datos concurrentes tales como la forma de guardar o vehicular la información, las manifestaciones de su titular, las cautelas empleadas para proteger los datos o el propio contenido de la información. Por tanto, el secreto no es un fin en sí mismo sino un instrumento de protección: aparece indisolublemente unido a la protección del derecho a la intimidad personal, pues esa es la finalidad defensora del tipo penal.

Abundando en esta perspectiva, la STC 114/1984, a propósito de las comunicaciones técnicamente mediadas, dejó claro que el secreto aparece concebido en un sentido formal, se predica de lo comunicado sea cual fuera su contenido y pertenezca o no el objeto de estas comunicaciones al ámbito de lo personal estricto. En otras palabras, es indiferente el contenido de lo que se descubre, pues el criterio que se utiliza es formal, independientemente de que se trate o no de un dato íntimo, se protege el secreto de las comunicaciones como instrumento de protección de la intimidad.

Es por lo que en nuestro orden jurídico y a tenor del artículo 18.3 CE, el secreto opera como un derecho fundamental-medio, o sea, en la calidad de dispositivo de protección de ciertos procesos comunicativos que en la práctica social son el cauce de transmisión de datos comprendidos en el ámbito del derecho fundamental-fin que es la intimidad personal. Si bien esto debe configurarse así (secreto=medio/intimidad=fin), llevado a sus últimas consecuencias deriva en un aspecto indeseable como es seguir tutelando la intimidad personal haciendo hincapié en su aspecto negativo como derecho de exclusión del conocimiento de terceros, lo que parece incompatible con la protección de este bien jurídico en la sociedad de la información asociada al control de los datos. En consecuencia, la tutela del bien jurídico *intimidad* no comprende aquellos supuestos en los que el sujeto graba clandestinamente una conversación en la que él mismo participa. Ello es así, como ha señalado el TC invariablemente, porque el secreto de las comunicaciones tiene carácter formal frente al que es exigible en el artículo 18.1 CE, que es de tipo material. Formalmente *iuris et de iure* todo lo comunicado es secreto, independientemente de cuál sea el contenido material de la comunicación. Sin embargo, este deber de no violar *el secreto* sólo puede oponerse frente a los ajenos a la comunicación, pues respecto de los comunicantes no cabe el juego del secreto de las comunicacio-

nes sino más bien el de la intimidad personal. La consecuencia es clara: el secreto de las comunicaciones opera con eficacia *erga omnes* respecto de los terceros, asegurando la impenetrabilidad del contenido mismo de la comunicación. La mencionada sentencia, que, recordemos, se pronuncia hace más de cuatro décadas, como puede comprobarse, sitúa el foco en la grabación de voz.

Sin embargo, si se configurara el contenido del bien jurídico como derecho a la autodeterminación informativa, no deberían existir grandes problemas para considerar que la protección penal se extienda a estos supuestos, pues no puede negarse la existencia de un atentado contra la intimidad no sólo por el carácter insidioso que reviste la grabación, sino también porque el documento perdurará en el tiempo, de modo que el afectado pierde el control sobre el alcance de su conversación.

De hecho, en otros códigos penales de algunos países de nuestro entorno, por ej., Alemania (§ 201), se contempla la grabación de la comunicación sin el consentimiento del interlocutor¹³, en la medida en que toda persona tiene el derecho de determinar por sí misma quién debe grabar su palabra y ante quién puede ser reproducida. Es necesario el consentimiento de ambas personas para que una grabación sea legal, porque se protege la intimidad en sentido positivo como derecho de control sobre el alcance de las propias manifestaciones, afectando, por tanto, al derecho a la autodeterminación informativa del emisor.

2. La primera quiebra de este sagrado principio vigente en España desde la emblemática sentencia del TC, se produjo con respecto a la emisión (no la grabación clandestina) con posible responsabilidad en el ámbito civil. En efecto, respecto a la emisión, la actual jurisprudencia civil entiende que la utilización sin consentimiento de aparatos ocultos de captación de imagen y voz supone una intromisión ilegítima en la intimidad. Se trata de reportajes no neutrales grabados con cámara oculta haciéndose pasar el periodista por otra persona y emitidos posteriormente en programas de televisión. El engaño determina la espontaneidad de la conversación de la parte ofendida por ignorancia de la filmación. Se tutela, así, una nueva dimensión de la intimidad entendida como el derecho a controlar los datos íntimos, que comprende la decisión de si se consiente o se impide la reproducción de los mismos¹⁴. Doctrina que ha sido avalada por el Tribunal constitucional¹⁵.

¹³ Con la excepción de la legalidad de la grabación (§ 201) cuando pueda ser utilizada como evidencia en un juicio para defender intereses públicos relevantes.

¹⁴ SSTs, Sala 1.ª, 1233/2008, 16-1-09; 474/2009, 30-6; 324/2020, 20-5-10.

¹⁵ SSTC 12/2012, 30-1; 25/2012, 27-12; 74/2012, 16-4.

3. Otra brecha en la trayectoria de la tutela penal de la intimidad vino representada por el caso Olvido Hormigos –concejala entonces de Los Yébenes–, que desequilibró las relaciones y los límites entre la protección civil y penal de este bien jurídico, y que ocasionó que estas conductas por primera vez tuvieran relevancia penal, lo que se plasmó en el artículo 197.7 CP introducido por LO 1/2015. Recordemos que el origen de este tipo penal está en la difusión de un vídeo de contenido sexual protagonizado y grabado por la víctima y remitido por ella, a través de su teléfono móvil, a la persona con la que mantenía una relación sentimental para su consumo privado, el cual lo hizo circular a través de WhatsApp, además de colgarlo en un portal de vídeos porno, sin el consentimiento de aquella.

Hasta la introducción de este tipo penal, la frontera entre la protección civil y penal se basaba en el momento en que se producía la vulneración de la intimidad. Así, si el atentado se realizaba en una primera fase (acceso no consentido desde el principio a través, por ejemplo, de artificios técnicos de grabación) era delito (si se cumplían los requisitos propios del artículo 197.1 CP), mientras que si la víctima proporcionaba voluntariamente ese vídeo de contenido íntimo en la confianza de que el destinatario no lo divulgara, en el caso de que lo hiciera, ese ataque a la intimidad, al efectuarse en una segunda fase, solía ser considerado atípico por la Jurisprudencia, quedando en todo caso expedita la vía civil mediante la LO 1/1982 de Protección Civil del Honor, Intimidad y Propia Imagen, como respuesta a esa intromisión ilegítima en la intimidad¹⁶. En algún supuesto excepcional se llegaron a castigar estas conductas por injurias con publicidad y con abuso de confianza¹⁷. Sin embargo, la aplicación de los delitos contra el honor a estos casos supone una reminiscencia de la configuración de la intimidad en torno al anacrónico concepto de libertad negativa a modo de apéndice complementario del honor. Por ello, sólo será admisible cuando se pruebe que se pretende menoscabar el crédito o la fama del afectado.

Me muestro partidaria de la tipificación expresa que clarifica la gravedad de estas conductas, que vulneran la intimidad confidencial proyectada en imágenes o grabaciones audiovisuales –afectando a la intimidad personal– que el

¹⁶ SJP n.º1 Orgaz, 115/2013, 15-3, sobre el caso mencionado. En igual sentido, SAP Toledo 1840/2016, 29-12: «La parte apelante prestó su anuencia tanto a la conversación como a la realización del acto de naturaleza sexual de desnudarse que se produjo dentro de la misma, es decir al acto que podía afectar a su intimidad, faltando con ello la finalidad esencial del tipo del artículo 197.1 del CP, es decir, la voluntad de revelar secretos o de afectar a la intimidad. En dicho sentido resulta especialmente esclarecedora la Sentencia del Tribunal Constitucional mencionada en la resolución recogida y en el propio auto que sostiene el recurso de apelación 114/1984».

¹⁷ SAP Lleida, 2.ª, 83/2004, 25-2; SAP Palencia, 1.ª, 137/2006, 28-6.

titular hace partícipes a determinadas personas de particular confianza. Esto es, ese contenido se entrega por la víctima con la voluntad implícita de que no se divulgue (de forma análoga al médico o el abogado en relación con el secreto profesional). El que difunde ese contenido vulnera, así, la intimidad al mismo tiempo que traiciona la confianza del que se lo entrega, que tenía con respecto a él una expectativa tácita de privacidad. Esta tipificación supone un paso más (necesario, en mi opinión) en la nueva dimensión de la tutela penal de la intimidad vinculada a las nuevas tecnologías. En efecto, estas obligan a una revisión del contenido del bien jurídico *intimidad* ampliándolo al derecho a controlar los datos íntimos, pues no hay que olvidar que, una vez que la persona cede las imágenes o grabaciones a un tercero, aquella pierde rápidamente el control sobre las mismas, pues, como es conocido, las tecnologías digitales permiten una propagación masiva y rápida de ese material. Se trata, por tanto, de una conducta que combina las tecnologías de la comunicación (grabación del vídeo) y de Internet (difusión del mismo), auténtica bomba explosiva para atentar contra la intimidad. Del mismo modo que no es delito escuchar detrás de la puerta y sí lo es utilizar un artificio técnico de escucha, valorativamente no es igual contar una aventura sexual que mostrar un vídeo de ella. Las nuevas tecnologías tan sofisticadas permiten que esas imágenes resulten tan reales como la propia realidad física. Por otra parte, la facilidad y rapidez de la difusión digital supone un incremento en la vulneración del bien jurídico que justifica la tipificación expresa de estas conductas. Finalmente, esta regulación es acorde con la configuración de la intimidad como derecho a controlar la información que circula en Internet.

Es cierto que este tipo de conductas tiene una naturaleza muy distinta a la captación ilegal por un tercero y, consiguientemente, una amenaza menor para el bien jurídico, desde el momento en que el sujeto pasivo voluntariamente hace partícipe a su interlocutor de su intimidad. No debe olvidarse, pues, que nos encontramos ante un acceso lícito a este bien jurídico, siendo ilícita su posterior difusión y, por tanto, con un desvalor menor que cuando se trata de una captación subrepticia. La invasión en la vida privada consiste –y esto es lo relevante– en que, sin conocimiento del sujeto, ese material perdurará en el tiempo y, con ello, aquel pierde el control sobre el alcance de su contenido. Por ello, adecuadamente, el artículo 197.7 CP mantiene el principio de proporcionalidad al configurarse como tipo atenuado en relación con las conductas del artículo 197.1 CP y siempre que se interprete restrictivamente, limitando la incriminación penal, conforme al principio de fragmentariedad, a los ataques más graves que lesionen el núcleo duro de la intimidad: ideología, religión,

creencias, salud y vida sexual (el contenido propio del artículo 197.5 CP¹⁸), lo que, por cierto, no se deduce expresamente del ambiguo tipo penal. De hecho, los casos condenados hasta el momento¹⁹ han tenido como objeto imágenes y vídeos de contenido sexual.

Ahora bien, en mi opinión, ello no justifica la incriminación de las difusiones ulteriores, retuiteando, por ejemplo, las imágenes o vídeos por parte de un tercero ajeno al pacto entre emisor y receptor, en primer lugar, porque no se traiciona la confianza de ese pacto y, en segundo lugar, porque no se lesiona el tipo de intimidad –confidencial– que aquí se protege. Además de todo ello, el ataque a la intimidad ya se ha consumado por lo que se trata de una mera ampliación de esa lesión. No obstante, debe advertirse que, por virtud de la LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS), se introduce un subtipo atenuado (art. 197.7, 2.º CP) castigando a quien habiendo recibido ese material lo ceda, revele o difunda a terceros, lo que vulnera, a mi modo de ver, el principio de lesividad por los motivos aducidos.

Probablemente por esta última razón de la falta de antijuricidad material del reciente subtipo introducido (art. 197.7, 2.º CP) y aprovechando la ambigüedad de la expresión «que hubiera obtenido» del artículo 197.7, 1.º CP, se incorpora una interpretación restrictiva del alcance del tipo penal en un Voto Particular a la STS 767/2023, 3-10, con el que no concuerdo por lo que supone de retorcimiento del lenguaje y caso omiso a la interpretación teleológica del tipo. La sentencia subraya –en línea con la doctrina jurisprudencial sentada sobre este tipo–²⁰, que este abarca los supuestos en los que –conforme al tenor literal– el sujeto que difunde es el mismo que ha realizado la grabación o captación de las imágenes, como aquéllos en los que es la propia víctima la que lleva a cabo dicha captación o grabación (supuestos propios de *sexting*) proporcionándosela posteriormente al sujeto activo. Es decir, el término *obtener* del artículo 197.7, 1.º CP, según la RAE, coincidente con la interpretación del Tribunal Supremo, supone adquirir, alcanzar o *recibir*. El Voto Particular, por el contrario, argumenta que *obtener* significar captar directamente, por lo que la persona que *recibe* ese material –lo toma del que lo envía– debe incardinarse en el 2.º párrafo del artículo 197.7 CP incluido tras la reforma por LO 10/2022. Vacía, pues, de parte de su contenido al artículo 197.7, 1.º CP

¹⁸ Prueba además de que ese grave menoscabo de la intimidad debe limitarse al núcleo duro es el hecho de que no se haya previsto una agravación específica cuando la difusión in consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales afecte precisamente al núcleo duro de la intimidad.

¹⁹ Puede consultarse, STS 767/2023, 3-10; STS 37/2021, 21-1; STS 70/2020, 24-2; STS 699/2022, 11-7 (advirtiendo, no obstante, esta sentencia que el tipo penal no se limita exclusivamente a imágenes o grabaciones de contenido sexual); SAP, Granada, 1.ª, 453/2024, 8-3.

²⁰ Véase las sentencias de la nota a pie anterior.

cuya finalidad natural fue acoger precisamente los supuestos –más frecuentes– de *sexting*. No obstante, es de reconocer la virtualidad de la interpretación restrictiva del nuevo subtipo atenuado por parte del Voto Particular (dotándolo de contenido lesivo) al condicionar la tipicidad a la recepción del material por parte únicamente del sujeto que lo recibe directamente de la víctima. Sin embargo, ocasiona, a mi modo de ver, dos consecuencias inadmisibles: primera, *recibir* no es algo distinto de *obtener*. Y segunda, no se justifica, conforme a esta interpretación, que la difusión de un *sexting* tenga menos pena que la difusión de una grabación realizada directamente (con anuencia de la víctima) por el sujeto que luego difunde.

4. Volviendo a las incoherencias que acompañan la respuesta penal a los atentados contra la intimidad, recordemos ahora que la doctrina derivada de la STC 114/1984, se refirió a grabaciones clandestinas de voz por parte de uno de los interlocutores. ¿Qué ocurre, entonces, actualmente, por ejemplo, con el caso frecuente de relaciones sexuales consentidas entre adultos, pero que se graban subrepticamente por uno de los protagonistas? Tradicionalmente y siguiendo la configuración de la intimidad como bien jurídico negativo de exclusión del conocimiento de terceros, solo ha sido considerado delito, conforme al artículo 197.1 CP, la grabación oculta por parte de un tercero²¹, ergo la grabación de estos actos sexuales por uno de los actores, por coherencia, no conllevaba trascendencia penal, dado que la intimidad ya había sido mostrada entre los protagonistas. Sin embargo, parece desproporcionado castigar, conforme al artículo 197.7, 2.º CP, a quien, habiendo recibido una imagen o grabación audiovisual del que la obtuvo por primera vez de la víctima, la vuelve a difundir a terceros sin el consentimiento de la persona afectada, y no sea delito la grabación (y posterior difusión) sin consentimiento por parte de uno de los protagonistas de una relación sexual. O, incluso, comparando esta respuesta con el artículo 197.7, 1.º CP, parece incongruente y lesivo del principio de proporcionalidad, que la grabación consentida de dos personas mientras mantenían relaciones sexuales y posterior difusión a terceros, cuando uno de ellos no consiente esa revelación, hasta 2015 no constituyera delito²² (aunque ahora puedan ser constitutivas del tipo atenuado –art. 197.7, 1.º CP–) mientras que la grabación clandestina y posterior difusión también inconsentida por parte de la víctima con la que el autor mantiene el encuentro sexual no lo sea (de forma análoga a la graba-

²¹ Puede recordarse al respecto el paradigmático caso de grabación subrepticia por un tercero de un encuentro sexual protagonizado por el periodista Pedro J. Ramírez (SAP Madrid, 352/2002, 31-7).

²² Y, por tanto, tal difusión solo puede ser motivo de la correspondiente respuesta en orden distinto al penal (SAP Salamanca 10-7-07).

ción oculta de una conversación por parte de uno de los interlocutores) con el argumento de que falta el elemento subjetivo del ánimo de vulnerar la intimidad de la otra parte.

Quizá por esta desproporción en la respuesta, poco a poco y muy recientemente la Jurisprudencia va admitiendo sentencias condenatorias²³ en el caso de grabación sin consentimiento y posterior difusión de relaciones sexuales consentidas entre mayores de edad (conforme al artículo 197.1 y 3 CP), lo que supone otra quiebra a la respuesta tradicional de la intimidad vinculada al derecho de exclusión del conocimiento de terceros, y otro ejemplo, en consecuencia, de entendimiento –correcto a mi entender– de la intimidad como derecho de autodeterminación del individuo.

5. Asimismo, resulta incongruente que el tipo básico del artículo 197.1 CP se estructure como mutilado de dos actos, que adelanta el momento consumativo a situaciones en las que todavía no se ha lesionado el bien jurídico protegido (basta el propósito de vulnerarlo o apoderamiento intencional: «el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro») por lo que sería suficiente la utilización del artificio técnico de grabación, y, al mismo tiempo, parte de la jurisprudencia califique como tentativa acabada la realización completa de la instalación sin llegar a interceptarse la comunicación, imagen, etc²⁴.

²³ Así SJP Lugo, 21/2024, 22-1. SJP núm. 3 San Sebastián, 19-1-2023; SJP Palma de Mallorca, 9-5-2018; SJP Madrid, núm. 37, 30-6-2022; STS 840/2020, 10-3. En concreto, la SAP Madrid, 16.ª, 16315/2023, 8-11 lo argumenta así: «la toma de unas imágenes que pertenecen a una de las esferas más privadas, sin el consentimiento de la otra persona que en ellas participa no puede tener otra finalidad que la violentar la intimidad de ésta, de manera que el elemento subjetivo del tipo aparece intrínseco, pues la grabación no resulta en modo alguno accidental o fortuita. Si, además, el acusado llegó a amenazar reiteradamente al perjudicado con difundir el vídeo a sus conocidos y, de hecho, llegó a revelarlo a terceros –como él mismo reconoció y declaró el hermano del perjudicado que lo recibió–, quedan colmados todos y cada uno de los elementos del tipo previsto en el artículo 197.1 y 3 del CP». O la SAP Albacete 560/2023, 7-7 que castiga por el artículo 197. 1, 3 y 5 CP el grabar sin conocimiento ni consentimiento de la aludida sendos encuentros sexuales y con la intención de perjudicar su intimidad personal, difundir tales grabaciones de vídeo ignoradas por la víctima. En el AAP Pontevedra, 4.ª, 1943/2025, 10-7, se argumenta que la mera captación de imágenes obtenidas sin la anuencia de la persona afectada se debe realizar para vulnerar su intimidad, lo que se prueba con la difusión a terceros (ello implicaría siempre el tipo agravado del artículo 197.3 CP). Cuando no se presta consentimiento para la grabación sin que resulte acreditada la difusión se condena por el artículo 197.1 y 5 asimismo en la SAP Tarragona, 2.ª, 1192/2021, 30-4. Igualmente, SAP Ourense, 2.ª, 709/2024, 10-5 condena por unas fotos tomadas directamente a la víctima, desnuda o en prácticas sexuales, con cámara clandestina, así como fotos de partes íntimas, difundidas subiéndolas a la plataforma Flickr para compartir material multimedia de contenido claramente sexual. También, SAP Barcelona, 2.ª, 2229/2025, 3-2.

²⁴ STS 893/2003, 20-6; STS 220/2023, 23-3. Esta misma situación en otras ocasiones, sin embargo, se califica correctamente como consumación (STS 1592/2000, 23-10; STS 834/2001, 14-5; STS 893/2003, 20-6; SAP Girona, 4.ª, 481/2005, 14-11), sin que sea precisa la efectiva toma de conocimiento de lo que contiene el documento, por tanto, sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos o vulneración de la intimidad, tal como ordena el tipo penal.

6. Como adelantábamos en el epígrafe I, la defectuosa redacción e insuficiente regulación del artículo 197.2 CP (tutela penal de la intimidad informática propiamente dicha) plantea problemas interpretativos de calado. Términos como «en perjuicio de tercero» parece referirse al titular de los datos, pero la LO 3/2018 hace referencia a «afectado». Sin embargo, el último inciso del artículo 197.2 CP contrapone titular de los datos a un tercero. Y esto induce a la perplejidad porque la Ley de protección de datos se instituye precisamente para proteger a la persona titular de los datos. Ello ha ocasionado no solo jurisprudencia discrepante sino discrepancia también en cuanto a la naturaleza jurídica del término, bien como elemento subjetivo del injusto (STS 1330/2001, 11-7), que excluye conductas de dolo eventual, bien, de forma seguramente más correcta, como el resultado de la conducta, causalmente añadido a la simple utilización, modificación o al apoderamiento de los datos (SJP Barcelona, núm. 11, 266/2008, 20-7; la STS 43/2022, 20-1: en concreto alude a un elemento de carácter puramente normativo –consecuencia jurídica que el ordenamiento anuda a la captación misma de ciertos datos–; igualmente STS 260/2021, 22-3; STS 319/2018, 28-6). Esta es la línea correcta que siguió STS 234/1999, 18-2, al matizar que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática, puesto que, precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, entendido como un dato personal o familiar exclusivamente.

El calificativo «reservados» también parece carecer de sentido, porque todos los datos personales una vez introducidos en el banco de datos son sensibles (STS 1328/2009, 30/12). Es decir, datos, en principio inocuos, al ser introducidos en un fichero automatizado pueden ser objeto de manipulación, de ahí que todos los datos personales automatizados queden protegidos por el artículo 197.2 CP. Tampoco puede sostenerse que reservados se refiera a aquellos datos que directamente afectan al núcleo duro de la intimidad del sujeto (salud, ideología, creencias, etc.), porque se prevé un tipo agravado en el artículo 197.5 CP precisamente para los supuestos de abuso informático sobre esos concretos datos personales²⁵.

²⁵ STS 1330/2001, 11-7-01; SAP Huelva, 1.ª, 101/2006, 16-6; STS 1328/2009, 30-12; STS 597/2022, 15-6.

Pero lo que más problemas suscita es la conducta típica, incluyéndose, por ejemplo, acciones sinónimas: *alterar* y *modificar*. Por otro lado, *apoderamiento* de datos es impropio a la vista de la ley de protección de datos, que además significa *acceso* a los mismos, conducta tipificada en el inciso segundo. Por tanto, este *acceso*, supone una reduplicación, con mayor precisión técnica que la prevista en el primer inciso *apoderamiento*. Con el acceso se produce la captación intelectual de la información almacenada en el sistema informático. Quizá la forma de distinguir ambos incisos responda no al objeto material sino a los sujetos²⁶. Así: *apoderamiento*, utilización o modificación se vinculan al sujeto pasivo tercero (el afectado en su intimidad), mientras que *acceso*, *alteración* y *utilización* del segundo inciso señalan como sujeto activo no sólo el tercero, sino también el titular de los datos, del fichero.

7. Adelantaba en el epígrafe anterior que la respuesta del Derecho penal al ciberdelito, en general, y al que afecta a la intimidad, en particular, abusa de la técnica de delitos de peligro abstracto adelantando la barrera a momentos en los que todavía no se ha lesionado el bien jurídico. Ello ocurre, por ejemplo, con el delito de *hacking* o acceso sin autorización a un sistema de información (art. 197 bis CP), introducido por LO 5/2010, obedeciendo también a una particular transposición de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los *sistemas de información* (posteriormente derogada por la Directiva 2013/40/UE, que, a su vez, motivó la modificación del mencionado tipo penal, tal como está regulado actualmente). La citada normativa europea dispuso que tanto el delito de *hacking* como el delito de sabotaje informático se incluyeran en un capítulo o bien un título independiente cuyo bien jurídico protegido fuera la indemnidad o seguridad de los sistemas de información. Sin embargo, estos delitos se incardinaron en títulos independientes de modo que el delito de *hacking* se estructuró dentro de los delitos contra la intimidad como acto preparatorio punible expresamente previsto (y el de sabotaje dentro de los delitos contra el patrimonio) y, por tanto, no como delito que atenta contra la seguridad en las redes²⁷, lo que está obligando a la jurisprudencia a solucionar no pocos problemas interpretativos y concursales, y de posible vulneración del principio *non bis in idem* del delito de *hacking* en su relación con los tipos de los artículos 197 ss. CP relativos a la intimidad personal. Así, debe interpretarse el *hacking*²⁸ como el acceso a datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad, pero que no están

²⁶ STS 1328/2009, 30-12.

²⁷ Ampliamente, CARRASCO ANDRINO, 2021, pp. 1475-1478.

²⁸ De acuerdo con STS 70/2015, 24-2 y STS 494/2020, 8-10.

referidos directamente a la intimidad personal: no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos, que recabar datos relativos a la versión de software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema. En definitiva, se resuelve por vía jurisprudencial que el bien jurídico protegido es la seguridad de los sistemas de información suponiendo dichas conductas un cierto peligro para la intimidad de los ciudadanos y de entidades, en tanto en algunas ocasiones el acceso a tales equipos o sistemas puede suponer un riesgo evidente para determinados datos privados alojados en dichos equipos o sistemas. Se subsana, así, mediante esta interpretación la ubicación incorrecta del tipo por parte del Legislador. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, por su parte, en la misma línea, señala que el bien jurídico es la seguridad de los sistemas de información, en cuyo caso es válido aplicar un concurso medial entre el *hacking* y los artículos 197.1 y 2 CP. Precisa, no obstante que cuando la lesión de la intimidad no sea posible por otro medio distinto que vulnerando las medidas de seguridad en el acceso a un sistema de información, se aplicará concurso de leyes 8.3 CP (progresión delictiva). No habría hecho falta realizar estos malabares si se hubiera construido el bien jurídico del modo señalado en la normativa europea acorde con los ataques actuales a los sistemas de información.

8. Finalmente, la jurisprudencia viene aplicando muy profusamente la figura del delito continuado al ámbito de la intimidad, si bien lo hace sin ninguna justificación, puesto que el tenor literal del artículo 74.3 CP lo exceptúa en el caso de ofensas a bienes eminentemente personales, como es la intimidad²⁹. En este caso, para evitar esta forzada consecuencia, lo deseable es la modificación del artículo 74.3 CP añadiendo como excepción la intimidad junto con la libertad sexual y el honor como bienes eminentemente personales y habida cuenta de la vinculación de este último con el bien jurídico que hemos pretendido analizar en estas páginas.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO ANDRINO, Mar: *Descubrimiento y revelación de secretos*, en Tratado de Derecho penal español. Parte especial, I, Valencia, 2021, pp. 1403-1509.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Madrid, 1998.

²⁹ SAP, Madrid, 15.ª, 632/2003, 31-12; SAP Baleares, 1.ª, 37/2009, 11-2; SAP Baleares, 2.ª, 83/2010, 15-3; SAP, Zaragoza, 6.ª 347/2001, 23-10; STS 55/2016, 3-2; STS 425/2001, 22-3; SAP Ourense, 2.ª, 709/2024, 10-5.

- MIRÓ LLINARES, Fernando: El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio, Madrid, 2012.
- MORALES PRATS, Fermín: *El Código Penal de 1995 y la protección de los datos personales*, en Jornadas sobre el Derecho español de protección de datos personales, Madrid, 1996, pp. 227-251.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data*, en Estudios sobre el Derecho a la intimidad, Madrid, 1992, pp. 36-45.
- ROMEO CASABONA, Carlos María: *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, Poder Judicial, núm. 31, 1993, pp. 163-204.

27. RIESGO PERMITIDO E INSOLVENCIAS PUNIBLES

NURIA PASTOR MUÑOZ ¹
Profesora Agregada,
Acreditada Catedrática (Aneca)
Universidad Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles plantean numerosos problemas de gran complejidad teórica cuya solución tiene importantes repercusiones prácticas. Podríamos decir que hay consenso en que este injusto presenta la estructura de una actuación sobre la propia esfera patrimonial, la del deudor, idónea para menoscabar la esfera patrimonial ajena, la del acreedor, ello en virtud del vínculo jurídico del derecho de crédito. Pero, a partir de ahí, las preguntas se amontonan: si estos tipos protegen el derecho de crédito como valor patrimonial presente o como mecanismo para hacerse pago (desplazamiento patrimonial futuro)²; si constituyen (siempre o, por lo menos, en el caso del artículo 257.1.2 CP) un refuerzo de las vías jurídicas a las que puede acudir el acreedor para hacerse pago³; si protegen el

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto «Derecho Penal de los Grupos de Sociedades», PID2023-147308NB-I00 (Agencia Estatal de Investigación).

² PASTOR MUÑOZ, 2022, p. 663 ss.

³ Nótese que el tenor literal sugiere la relevancia de cualquier acción que dificulte el éxito del procedimiento de apremio, embargo, etc. Esto ha conducido a nuestra jurisprudencia a interpretar esta modalidad prácticamente como un mero delito de obstaculización (no como injusto de insolvencia), abarcando

sistema crediticio⁴; si son delitos de lesión o de peligro –obviamente, la respuesta depende de cómo se resuelva la primera cuestión y de cómo se conciba el perjuicio del acreedor–; etc⁵. Lo cierto es que nuestra regulación no facilita las cosas, pues, entre otros problemas, existen solapamientos entre el artículo 257 y el artículo 259 CP, en parte explicables (pero no justificables) porque el legislador de 2015 incorporó los tipos alemanes de insolvencias (§ 283 ss. StGB) sin ajustarlos a nuestro antiguo alzamiento (el StGB contiene tipos equivalentes a nuestros artículos 259 y 260 CP, pero no cuenta con delitos como los de nuestros artículos 257 ss. CP). Además, se dan importantes solapamientos entre las conductas del artículo 259 CP y la Ley concursal, siendo la pregunta esencial cómo deslindar entre las infracciones de esta última y el delito del artículo 259 CP. Sea como fuere, estos tipos penales constituyen un reto científico y, a la vez, un reto práctico para los operadores jurídicos, cuya preocupación ha aumentado sustancialmente desde la tipificación de las insolvencias imprudentes⁶.

En estas breves líneas me centraré únicamente en el problema del riesgo permitido de insolvencia⁷ y, en el marco de este, en la discusión sobre la *naturaleza* del deber jurídico-penal del deudor y el *contenido* de tal deber, cuestión esencial para la interpretación del artículo 257 CP y el artículo 259.2,3 y 5 CP⁸. Este problema ha cobrado desde 2015 aún mayor importancia, debido a la criminalización de la insolvencia imprudente en el artículo 259.3 CP⁹ y, en lo que alcanzo, se debe abordar desde una perspectiva objetiva. Al respecto, no

este conductas de ocultación del patrimonio (insolvencia aparente) y de vaciamiento patrimonial (insolvencia real), pero también aquellas que determinan la pérdida de liquidez, la cual, obviamente, dificulta o dilata el cobro por parte del acreedor. Así, el tenor literal del artículo 257.1.2 CP permitiría castigar– por cierto, ¡con la misma pena que la conducta de alzamiento del artículo 257.1.1 CP!– la adquisición de un inmueble en un momento en el que es previsible que el acreedor cuyo crédito es exigible ponga en marcha el correspondiente procedimiento para intentar hacerse pago. En el presente texto no analizaré este problema, aunque sí conviene subrayar que es una muestra de que nuestra legislación es, en algunos aspectos, desconcertante.

⁴ Sobre esta discusión GALLEGU SOLER, EJMF, 2002, p. 356 ss.

⁵ Sobre esta discusión, entre otros, MUÑOZ CONDE, 1999, p. 39 ss., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, EPC, 2002, p. 449 ss.; SOUTO GARCÍA, 2009, p. 83 ss., 141 ss.

⁶ RODRÍGUEZ CELADA, InDret, 2017; GUTIÉRREZ PÉREZ, RGDP, 2022, p. 27 ss.

⁷ Cfr. el trabajo de PAREDES CASTAÑÓN, 2001, p. 9 ss., una crítica a las perspectivas subjetivistas en la definición del injusto del alzamiento y una defensa de la concurrencia de espacios de riesgo permitido: «el deber del deudor de preservar su capacidad de responder patrimonialmente frente a sus acreedores ha de tener límites, con el fin de preservar aquellos otros intereses generales de la vida económica» (p. 15).

⁸ Dejo, pues, de lado las modalidades típicas engañosas (ocultación de bienes), las consistentes en dificultar el acceso al conocimiento de la verdadera situación del deudor (art. 258, artículo 259.6 a 9 CP), la destrucción de bienes (art. 259.1 CP), el uso indebido de bienes embargados (art. 258 bis), el favorecimiento de acreedores (art. 260 CP) y la presentación de datos falsos para lograr la declaración indebida del concurso (art. 261 CP).

⁹ RODRÍGUEZ CELADA, InDret, 2017.

olvidemos que el recurso por nuestra jurisprudencia al ánimo de perjudicar¹⁰ puede servir –aunque no sea una solución convincente– para excluir determinados negocios arriesgados del ámbito del artículo 257 CP, sin tener que abordar el problema de la valoración objetiva del negocio celebrado por el deudor, pero que en el del artículo 259 CP es ineludible una definición objetiva de los riesgos de insolvencia permitidos. Pues bien, en lo que atañe a lo primero, la doctrina discute sobre si la naturaleza del deber del deudor se asemeja a la del deber del artículo 252 CP o si, en cambio, se debe negar que el deudor tenga un deber de lealtad frente al acreedor. En lo que atañe a lo segundo, la gran pregunta es qué espera el Derecho penal del deudor en la gestión de su propia esfera patrimonial para dejarlo fuera del reproche de que ha menoscabado de manera no permitida el derecho de crédito del acreedor.

Antes de abordar estas cuestiones, es necesario advertir que en los delitos del artículos 257 ss. (incluidas las insolvencias punibles) existen dos clases de injusto: el propio de las conductas idóneas para generar una apariencia de insolvencia, un injusto de engaño emparentado con el de la estafa, y el propio de las conductas idóneas para generar una insolvencia real, un injusto que no consiste en generar apariencias (distorsionar el acervo informativo del acreedor), sino en reducir efectivamente la esfera patrimonial del deudor y, con ello, tanto el valor del derecho de crédito en cuanto elemento patrimonial presente como su idoneidad como mecanismo para hacerse pago a partir del vencimiento de la deuda¹¹. Lo que une a ambas clases de injusto es que, a fin de cuentas, el acreedor –porque cree que el deudor no tiene bienes o porque el deudor realmente ya no tiene bienes– ve frustrada su pretensión de cobro¹². Sin embargo, ello no debe conducirnos a ignorar las importantísimas diferencias cualitativas entre dichos injustos, las cuales afectan, entre otras cosas, a la definición de los espacios de riesgo permitido. El primer grupo, el de las conductas engañosas, la pregunta relativa al riesgo permitido reza si hay conductas generadoras de apariencia de insolvencia (engañosas) que pueden considerarse atípicas, por burdas. En mi opinión, ello es defendible, pese a que, en lo que alcanzo, la jurisprudencia no lleva a cabo un examen de idoneidad *ex ante* de la conducta del deudor para generar una apariencia de insolvencia suficientemente verosímil. En efecto, pese a que el tenor literal del artículo 257 CP abarque

¹⁰ Sobre esta restricción subjetiva DE LA MATA BARRANCO, 2024, p. 362 s. Sobre la necesidad de «des-subjetivizar» el delito concursal (entonces, artículo 260 CP), ya FEJOO SÁNCHEZ, DLL, 2009, p. 13, si bien nótese que desde 2015 es típica la insolvencia imprudente, siendo aún más acuciante la necesidad de formular criterios objetivos.

¹¹ PASTOR MUÑOZ, 2023, p. 332 ss.

¹² BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, 2001, p. 420, Nm 21, consideran que esto es la esencial, por lo que la distinción entre insolvencia real e insolvencia aparente es un falso problema.

los casos en los que un deudor, por ejemplo, pone su único bien valioso en manos de su cónyuge mediante un negocio simulado, hay razones para examinar hasta qué punto dicha conducta es idónea para generar la apariencia verosímil de que el bien ha salido de la esfera de control del deudor. En el segundo grupo de conductas, el de aquellas que son idóneas para generar la insolvencia real, la pregunta sobre el riesgo permitido se plantea en términos sustancialmente distintos: aquí la cuestión es qué conductas capaces de causar una disminución patrimonial de la esfera del deudor tal que determine el menoscabo del derecho de crédito deben ser consideradas permitidas y, con ello, atípicas. La respuesta a esta cuestión no es simple. No basta (ni es siempre correcto) decir que el deudor puede continuar con su actividad normal —su actividad «normal» puede implicar riesgos de insolvencia que devienen inadmisibles según cuál sea su situación patrimonial—; tampoco hay, desde luego, una *check-list* de conductas prohibidas; es más, no basta siquiera la mera exigencia de que se trate de una conducta económicamente racional. Como veremos, en el análisis de este problema se entremezclan (i) aspectos específicos de la esfera del deudor (riesgo de su sector de actividad, gestión global, su situación patrimonial) y (ii) aspectos específicos de la esfera del acreedor (riesgos asumidos por este al conceder el crédito); a estos se deben añadir (iii) el factor tiempo (la pretensión jurídica del acreedor tiene su «calendario» y ello incide en los espacios de riesgo permitido para el deudor), (iv) la posible existencia de pluralidad de acreedores, algo que será lo habitual, con la consiguiente confluencia de diversas relaciones acreedor-deudor y (v) la posible disociación de titularidad y gestión en la esfera del deudor, que abre la puerta al problema de la doble posición del administrador de un patrimonio ajeno frente al deudor y frente a los acreedores de este.

II. DEBER DE LEALTAD PARA CON EL ACREEDOR VS. DEBER DE NO MENOSCABAR EL DERECHO DE CRÉDITO

Una primera discusión esencial atañe a la naturaleza del deber del deudor. Al respecto, es importante aclarar que esta discusión tiene por objeto la *relación jurídico-penal deudor-acreedor* y es *previa* al debate doctrinal sobre el alcance del deber del administrador de un patrimonio deudor. Este último debate se centra en la cuestión de si el deber de lealtad del administrador frente al patrimonio administrado sufre una redefinición o modulación cuando dicho patri-

monio administrado tiene acreedores¹³ y la construcción de una respuesta a esta pregunta requiere un pronunciamiento previo sobre la relación entre la esfera del deudor y la del acreedor. Por tanto, solo cuando se haya definido la naturaleza de dicha relación y el contenido del deber del deudor, es decir, el espacio de libertad del deudor, será posible abordar los casos en los que titularidad y gestión de la esfera del deudor están disociados y, por ello, recae en la persona del administrador una doble posición: la de administrador en cuanto obligado a velar por los intereses del patrimonio administrado y el deber de cumplir con los deberes de dicho patrimonio frente a los acreedores (v. *infra* IV).

Pues bien, en lo que atañe a la naturaleza del deber del deudor frente al acreedor, hay que destacar dos tesis. Conforme a una primera tesis, el deudor tendría una suerte de *deber de lealtad para con el acreedor*, en términos análogos al deber que tiene el administrador frente al patrimonio administrado; es decir, esta tesis arrimaría el artículo 257 ss. CP a la lógica del artículo 252 CP. Dicho planteamiento equipara dos posiciones jurídico-penales sustancialmente distintas, pues entiende que el deudor es garante del patrimonio del acreedor en los mismos términos que el administrador del artículo 252 CP es garante del patrimonio administrado. La crítica obvia reza que esto no es admisible, pues el deudor simplemente se ha comprometido a devolver el importe correspondiente en el momento del vencimiento de la deuda, quedando al margen de su responsabilidad el resto de la esfera del acreedor: sería, pues, incorrecto obligar al deudor a velar por los intereses patrimoniales del acreedor y obligarse a ignorar sus propios intereses. Esta crítica es acertada¹⁴. Con todo, esta primera tesis sí apunta una idea importante, que retomaré después: el deudor es responsable *en cierta medida* de un segmento de la esfera patrimonial del acreedor, materializándose su responsabilidad civil y penal en deberes concretos en lo que atañe a su actuación sobre su propia esfera (la del deudor), de la que depende el valor del derecho de crédito y la posibilidad de cobro del acreedor. En definitiva, esta primera tesis no sería correcta si convierte al deudor en garante de toda la esfera del acreedor en términos semejantes a los del artículo 252 CP, pero sí lleva razón cuando impone al deudor *una cierta responsabilidad* respecto a un *segmento* de la esfera del acreedor¹⁵. Ya veremos en qué términos, que no son los de un administrador leal. Conforme a una segunda tesis, no

¹³ A este problema se dedica GUTIÉRREZ PÉREZ, 2021, p. 58 ss., refiriéndose a la discusión jurídico-societaria sobre si el deber del administrador frente a los socios se modifica por la existencia de un deber de la sociedad frente a sus acreedores, por lo menos en situaciones de insolvencia o de amenaza de insolvencia.

¹⁴ Por ello, la jurisprudencia alemana rechaza una traslación (sin más) de los criterios de riesgo permitido del § 266 al § 283 StGB (v. por todos BÜLTE, § 283, NK-StGB, 2023, núm. 65).

¹⁵ En este sentido NIETO MARTÍN, 2024, p. 335: «no puede decirse que el deber de salvaguarda, de lealtad que el administrador tiene frente a los socios o, más en general titulares del patrimonio que admi-

existen deberes de lealtad del deudor frente al acreedor, debido a la diferencia cualitativa existente entre el deber propio del administrador frente a la sociedad o patrimonio individual administrados y el deber del deudor frente al acreedor¹⁶. El trasfondo de esta tesis parece claro: el deudor no asume un deber de regir la gestión de su propio patrimonio conforme a los intereses del acreedor, por lo que la aproximación de los artículos 257 ss. CP a la lógica del artículo 252 CP es incorrecta.

En lo que alcanzo, ambos planteamientos tienen algo de razón: al deudor se le exige alguna clase de «lealtad», pero esta no es la lealtad exigida al administrador del artículo 252 CP¹⁷. En efecto, el deudor ha asumido un deber que tiene un contenido sustancialmente distinto en la fase pre-vencimiento y en la fase post-vencimiento: en la primera, tiene el deber de actuar de tal manera que sea racional esperar ser solvente en el momento del vencimiento¹⁸; en la segunda, tiene el deber de mantener la solvencia, sin poder, *sit venia verbo*, «jugar con el tiempo», pues en cualquier momento el acreedor puede exigir el pago¹⁹. Así, el deudor es responsable *en cierta medida* de ese segmento del patrimonio del acreedor. Ahora bien, esa «lealtad» *sui generis* del deudor no le obliga a ignorar sus propios intereses patrimoniales: estos son legítimos y esgrimibles frente al acreedor, siempre que incorpore a su gestión (en interés propio) las limitaciones derivadas de su condición de deudor. Por tanto, se trata de un *deber cualitativamente distinto del administrador*: no tiene la naturaleza de deber de lealtad en términos del artículo 252 CP. Es obvio que, entonces, el espacio de riesgo permitido del deudor será sustancialmente distinto, según cuánto margen de actuación tenga —el deudor extremadamente solvente gozará de mucho margen para perseguir sus propios intereses, el deudor que lo sea menos tendrá un espacio de maniobra mucho más reducido—. En síntesis, (i) al deudor le incumbe en cierta medida un segmento del patrimonio del acreedor, pero no dicho patrimonio en términos globales, y (ii) respecto a dicho segmento pesa sobre tal deudor un deber que, si se quiere denominar de lealtad, tiene un contenido más limitado y sustancialmente distinto que el deber propio del administrador del artículo 252 CP: el deudor puede perseguir en cierta medida sus propios intereses; el administrador, no.

nistra, tengan la intensidad que los que tiene frente a los acreedores. Frente a estos existe un deber de diligencia cualificado con el fin de satisfacer su derecho de crédito, pero no un deber de lealtad.»

¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, DLL, 2009, p. 14, con más referencias.

¹⁷ De ahí que NIETO MARTÍN, 2024, p. 335 lo denomine «deber de diligencia cualificado».

¹⁸ HUERTA TOCILDO, 1999, p. 801 ss., criticó con razón que nuestra jurisprudencia admita como típica la causación de la insolvencia antes del vencimiento.

¹⁹ PASTOR MUÑOZ, 2022, p. 663 ss.

III. RIESGOS PERMITIDOS DE INSOLVENCIA REAL

En lo que atañe a la determinación del espacio de *riesgo permitido de insolvencia real* del deudor que gestiona su propia esfera, la habitual referencia a la «gestión ordenada» del patrimonio del deudor para definir el espacio de riesgo permitido²⁰ puede ser útil, siempre y cuando tal criterio no constituya una mera valoración abstracta del negocio; en efecto, la referencia a la diligencia del buen comerciante o al *ordnungsgemässes Wirtschaften* se deberían interpretar como algo más rico que la mera valoración abstracta de la conducta como racional en términos económicos. Así las cosas, el primer criterio necesario –pero no suficiente– para definir el espacio de riesgo permitido de insolvencia es el de la (i) *racionalidad económica de la conducta del deudor*²¹, criterio al que parece eludir nuestro artículo 259.1 CP al referirse a la justificación económica o empresarial, aunque ello debe ser objeto de matices. La conducta del deudor se debería pues someter a una valoración *ex ante* para determinar si el negocio celebrado tenía sentido económico. Ciertamente, exigir racionalidad económica como límite a la libertad económica del deudor no es poco, pues ello ya implica dejar fuera del riesgo permitido de insolvencia el derivado del manejo económicamente irracional de su esfera patrimonial. Obviamente, cuando el manejo irracional no sea *ex ante* idóneo para generar la insolvencia –por ejemplo, porque el deudor goza de tal solvencia que el riesgo asumido mediante un negocio irracional carece de idoneidad para conducirlo a tal estado–, aquel deberá considerarse también permitido. Dicho rápido y mal: si el deudor tiene un patrimonio de valor 100 y debe 1, puede probablemente permitirse el lujo de llevar negocios económicamente irracionales que pongan en riesgo un 2 % de su patrimonio, siempre y cuando pueda excluir racionalmente que dichos negocios irracionales impliquen un riesgo para el resto de su esfera patrimonial. Con todo, debe subrayarse que este primer criterio es de compleja concreción: ¿se debe definir lo económicamente racional teniendo en cuenta la clase de actividad del deudor, que a su vez puede ser altamente arriesgada o de bajo riesgo? Al respecto, recuérdese la propuesta de Paredes Castañón: (ii) se deben formular distintos niveles de riesgo permitido de insolvencia en función del *riesgo admisible en cada clase de negocio* (negocios civiles entre particulares, entre comerciantes, bancarios, etc. hasta los mercados de futuros). Al respecto, este autor entiende que en negocios *per se* más arriesgados, las partes asumen ma-

²⁰ Sea con la referencia a la diligencia del buen padre de familia o a la diligencia del ordenado empresario, según el caso (v. NAVAS MONDACA, 2015).

²¹ BÜLTE, § 283, NK-StGB, 2023, núm. 74.

yor riesgo²². Este criterio, que tiene gran capacidad de rendimiento, plantea la pregunta de cómo proceder en los casos en los que el deudor lo es de acreedores diversos que han asumido distintos niveles de riesgo de insolvencia, problema al que me referiré después. Por ahora, basta subrayar que la *racionalidad económica* del negocio y su *justificación* a la vista de la actividad económica o empresarial del deudor son criterios esenciales, pero no suficientes; es necesario además (iii) examinar el negocio a la luz de la *situación patrimonial del deudor*²³: de ahí que ya el mismo Derecho concursal y también nuestro Código penal (con todos los problemas que plantean los artículos 257 ss. CP) diferencien espacios de riesgo permitido según si el deudor se encuentra en situación de solvencia o de insolvencia inminente o actual²⁴. En puridad, el criterio relevante, que complementa el criterio de la racionalidad económica del negocio y su justificación a la vista de la actividad económica del deudor, no se debería reducir a la constatación de si el deudor es solvente, cuasi-insolvente o insolvente (crisis económica), sino que en puridad: (iii.a) se debería tomar en consideración la situación patrimonial del deudor en relación con el monto de sus deudas –del «calendario» de estas hablaremos luego–, de tal manera que el monto de la deuda en comparación con los bienes del deudor arrojan el verdadero criterio complementario a la racionalidad y justificación económica del negocio; además, (iii.b) se debería ponderar la omisión del negocio con los riesgos de su celebración –en muchos casos, será peor para los acreedores que el deudor detenga su actividad que la asunción de algunos riesgos–.

Ahora bien, el desarrollo de criterios claros para delimitar cuándo la gestión del deudor es económicamente racional, se justifica en el contexto de su actividad económica o empresarial y es adecuada a la luz de su situación patrimonial no basta para afirmar que el riesgo de insolvencia creado es un riesgo permitido, pues el negocio se debe someter a un examen adicional, a saber, (iv) el relativo a *si dicho negocio es compatible con el «calendario» del derecho de*

²² PAREDES CASTAÑÓN, 2001, p. 20 ss, cfr. también nota 77; asume su planteamiento NAVAS MONDACA, 2015.

²³ FEIJOO SÁNCHEZ, DLL, 2009, p. 16, subraya con razón que dicha situación patrimonial es esencial para la valoración objetiva de la conducta del deudor. V. también, por todos, BÜLTE, § 283, NK-StGB, 2023, núm. 76.

²⁴ En el Derecho penal de las insolvencias alemán, donde es mayoritaria una accesoriadad «total» respecto al Derecho privado (y, en su caso, concursal (por todos, RÖNNAU, NStZ, 2003, p. 525 ss.; SACKREUTHER/HOFMANN, MüKo, § 283, núm. 176 ss.) –un modo de proceder cuestionable, pues ello implica renunciar a un juicio penal específico–. En Derecho penal español –en el que, pese a la independencia de procedimiento concursal y procedimiento penal, la interpretación de los tipos penales en términos autónomos no es sencilla– parece indiscutible la premisa de que, en aras de la protección del acreedor, cuanto peor sea la situación patrimonial del deudor, menor es su margen de maniobra –si bien nuestro artículo 259.2 CP podría llevar a cuestionar dicha premisa–.

crédito. Así, el acreedor tiene su «tiempo de espera» hasta el vencimiento de la deuda y, por ello, el deudor puede manejar sus bienes como le parezca mientras sea racionalmente esperable su solvencia en el momento del vencimiento²⁵; esto último constituye ya una restricción de libertad para el deudor. Pero cuando llega el vencimiento, se produce una restricción esencial del espacio de libertad del deudor: *el tiempo juega a favor del acreedor*. Por tanto, negocios económicamente racionales con un pronóstico de beneficio a largo plazo pueden quedar fuera del espacio de riesgo permitido si el vencimiento de la deuda está previsto para un momento anterior a dicho beneficio esperado. En definitiva, planes de gestión económica racionales, incluso brillantes, pueden constituir riesgos no permitidos desde la perspectiva del artículos 257 ss. CP: *el calendario lo marca el derecho de crédito, no la estrategia de gestión global que tenga el deudor*. Esta última, pues, queda *sujeta a los límites provenientes de la pretensión del acreedor*. Por tanto, lamentablemente no existe una *check-list* de negocios prohibidos «en cualquier caso» –nos movemos ahora en el ámbito de los riesgos de insolvencia real, no el de los riesgos de insolvencia aparente (engaños)–.

Dicho esto, conviene examinar una dimensión adicional muy importante: (v) *prima facie* la relación específica acreedor-deudor podría incidir en el espacio de riesgo permitido de insolvencia. Así, si una entidad bancaria decide conceder crédito a una empresa en crisis para que continúe con su actividad, sabiendo que las garantías son insuficientes, por lo que se arriesga seriamente a no poder hacerse pago –al margen de la relevancia que pueda tener la conducta de los administradores de la entidad frente a sus accionistas desde la perspectiva del artículo 252 CP–, parece que los riesgos de insolvencia derivados de la continuación de la actividad empresarial, sean estos económicamente racionales o no, son riesgos a los que la entidad de crédito ha consentido. Por tanto, *prima facie* tales riesgos serían riesgos permitidos en cuanto al derecho de crédito de la entidad bancaria. Lo mismo ocurre si una entidad de crédito decide financiar un plan de negocio *per se* muy arriesgado: sería contradictorio que el acreedor pretendiera que el deudor no asuma el nivel de riesgo propio del negocio que dicha entidad ha decidido financiar.

Ahora bien, sería sesgado detener aquí el análisis, pues es necesario introducir algunos matices: (vi) hay derechos de crédito que no nacen vinculados a una determinada actividad de riesgo (sea este elevado o bajo) o asumiendo la situación patrimonial crítica del deudor, sino que nacen con independencia del riesgo al que está expuesto el patrimonio del deudor como fruto de su actividad –así, las deudas frente a la Hacienda Pública–. En tales casos, no cabe la «per-

²⁵ PASTOR MUÑOZ, 2022, pp. 663 ss.

sonalización» o «individualización» del espacio de riesgo permitido del deudor frente a dicho acreedor. Con otras palabras, el deudor puede tener acreedores que no han asumido un nivel específico de riesgo vinculado a la actividad o situación del deudor; en estos supuestos, se debe partir de que el acreedor asume únicamente un «riesgo estándar» de insolvencia, a saber, el vinculado a una operación económicamente racional, justificada a la luz de la actividad económica del deudor, adecuada a su situación patrimonial y razonable a la luz del calendario del derecho de crédito. Solo en los casos en los que el acreedor asuma un riesgo mayor –por ejemplo, porque concede el crédito para un negocio de alto riesgo o pese a la inestabilidad del negocio del deudor o sus garantías débiles– se podrá modificar el espacio de riesgo permitido del deudor. Nótese pues que es necesario diferenciar dos planos: el nivel del riesgo estándar de insolvencia –por falta de «personalización» o «individualización» de la relación deudor-acreedor o porque el crédito nace con independencia de la situación y/o negocio del deudor– y el nivel del riesgo específico (adicional) de insolvencia fruto de una asunción del acreedor. En este último plano, ciertamente, se deberían diferenciar casos de asunción plenamente consciente –ej.: la entidad bancaria decide financiar un negocio de alto riesgo, conociendo dicho riesgo–, casos de asunción bajo un conocimiento limitado –me refiero a los supuestos en los que el acreedor tiene razones para entender que el negocio es altamente arriesgado, pero renuncia a un examen detallado: *sit venia verbo*, asunción del riesgo con un conocimiento equivalente al dolo eventual– y casos en los que el acreedor no es consciente del riesgo asumido siéndole a él imputable el desconocimiento –ej.: la entidad bancaria no examina la documentación clara y veraz entregada por el solicitante de financiación–²⁶.

Así las cosas, el siguiente paso es obvio: (vii) salvo en casos excepcionales, lo habitual será que el deudor lo sea de diferentes acreedores y ello obliga a preguntarse cómo operar en caso de que el nivel de riesgo permitido de insolvencia frente a unos acreedores discrepe del nivel de riesgo permitido frente a otros. En efecto, aunque se defina un espacio de riesgo permitido distinto frente a cada acreedor –siendo posible que tal riesgo permitido sea mayor frente al acreedor que financió un negocio arriesgado que frente a un acreedor cuyo crédito nace al margen de la situación patrimonial del deudor y su actividad económica–, dichos espacios de riesgo permitido no coincidentes se proyectan sobre la actividad del mismo sujeto. Así, por ejemplo, la

²⁶ Estos tres grupos de casos, que aquí no puedo abordar con detalle por razones de espacio, plantean problemas específicos tanto en lo que atañe a la existencia de asunción de un mayor riesgo (lo que, en mi planteamiento, afecta directamente al espacio permitido de la actuación del deudor) y a problemas de imputación subjetiva.

sociedad deudora de la entidad de crédito que le financió un negocio arriesgado dispondrá frente a la entidad de crédito de un mayor espacio de riesgo permitido que frente al acreedor Hacienda Pública o los trabajadores o los proveedores; en puridad, el negocio podría estar jurídico-penalmente *permitido* frente a la entidad de crédito financiadora y estar a la vez *prohibido* frente a la Hacienda Pública.

Esto tiene dos consecuencias: la primera, de carácter práctico, es que *prima facie* el deudor deberá regirse en su actividad por el nivel de riesgo permitido más bajo. Es decir, si un deudor tiene como acreedores a la Hacienda Pública, por una parte, y a una entidad bancaria que le ha otorgado un crédito para un negocio de alto riesgo, por otra, el riesgo permitido frente a la primera será un riesgo permitido «estándar» (el propio de una gestión racional a la luz de las necesidades del negocio y de su situación patrimonial, que puede ser obviamente muy variada), mientras que frente a la segunda, el riesgo permitido será mayor (porque el acreedor, al decidir financiar un negocio de alto riesgo, ha asumido tal riesgo de insolvencia más elevado); pues bien, si el primer riesgo permitido es de nivel X y el segundo de nivel X+10, el deudor deberá regir su conducta por el primer nivel, X, salvo que pueda compartimentar su actividad de manera que gestione una parte de su esfera con el nivel de riesgo permitido bajo (X), a la luz de su concreta deuda con la Hacienda Pública gestione otra parte sometiéndola al riesgo superior (X+10), permitido frente a la entidad de crédito, sin peligro de que la parte gestionada a bajo riesgo sufra las consecuencias del segmento sujeto a un riesgo mayor.

Lo dicho podría sugerir que para este viaje no hacen falta alforjas, pues si a fin de cuentas el nivel de riesgo permitido *decisivo* es el más bajo, de nada sirve constatar que hay acreedores que han asumido un riesgo de insolvencia mayor. Sin embargo, ello no es del todo cierto. Si el deudor rebasa el límite de riesgo permitido más bajo (en el ejemplo, genera un riesgo de insolvencia superior a X), pero no rebasa el nivel de riesgo permitido más alto (el correspondiente al derecho del acreedor que asumió un riesgo superior, en el ejemplo X +10), quedándose en esa franja (por ejemplo, generando un riesgo de insolvencia X +5), su conducta es *típica* frente a los acreedores que han asumido un riesgo estándar, pero *atípica* frente al acreedor que asumió un mayor riesgo de insolvencia. Ello, obviamente, no empece que tanto los unos como el otro mantengan su derecho de crédito frente al deudor, pudiendo recurrir a todos los mecanismos para intentar hacerse pago y, en su caso, al procedimiento concursal. Pues bien, con ello se añade un criterio esencial para diferenciar entre la *insolvencia puni-*

ble imprudente y el *concurso culposo*²⁷, pues es posible que un concurso culposo (por rebasar el deudor el nivel de riesgo económicamente racional de insolvencia a la luz de su actividad y de su concreta situación patrimonial) no sea típico frente a todos los acreedores: sí sería típico frente a los acreedores que no han asumido riesgos específicos de insolvencia más elevados –la Hacienda Pública o los trabajadores tienen derechos que nacen con independencia de los riesgos de la actividad económica del deudor (aquí son posibles matices)–, mientras que la conducta del deudor sería atípica frente a los acreedores que han asumido un mayor riesgo de insolvencia (quien decide dar crédito al deudor en situación de crisis pese a los elevados riesgos de que este no logre pagar al vencimiento, quien decide financiar un negocio de alto riesgo). En puridad, nótese que ello permitiría diferenciar entre la lógica del Derecho concursal, referida al conjunto de los acreedores, y la lógica del Derecho penal de las insolvencias, que tomaría como referencia al acreedor individual²⁸.

IV. LA DOBLE POSICIÓN DEL ADMINISTRADOR FRENTE A LA SOCIEDAD ADMINISTRADA Y FRENTE A LOS ACREEDORES

En los casos en que la esfera del deudor, sea este una sociedad o una persona física, es gestionada por un administrador, este último asume, además del deber de velar por los intereses patrimoniales administrados (art. 252 CP), la gestión de dicha esfera patrimonial en cuanto a deudora (art. 257 ss. CP). En lo que alcanzo, el problema de cómo se relacionan el deber *ex* artículo 252 CP y el deber *ex* artículo 257 ss. CP no se debe abordar «directamente» como un conflicto de intereses entre socios y acreedores en el cual hay que decidir qué interés tiene prioridad –y ello, pese a que evidentemente dichos conflictos puedan darse con frecuencia–. En lo que alcanzo, aquí se debe proceder primero a definir el alcance del riesgo permitido de insolvencia en la actividad del deudor y solo después abordar la cuestión del alcance del deber del artículo 252 CP.

En lo que respecta a la definición del espacio de riesgo permitido de insolvencia en la actividad del deudor administrado por otro, a dicho deudor se le deben aplicar lógicamente los mismos criterios que a un patrimonio gestionado por su propio titular. Por tanto, los límites al riesgo permitido de la actividad del deudor administrado por otro (ej.: una sociedad de capital) implican

²⁷ Como indicó FEJOO SÁNCHEZ (DLL, 2009, p. 3), se trata de lograr definir el espacio específico del injusto penal respetando el Derecho concursal.

²⁸ No abordo en estas líneas una discusión muy importante, a saber, la relativa al favorecimiento de acreedores.

que (i) dicho deudor no puede esgrimir como interés legítimo la persecución de beneficio mediante operaciones que generan riesgos no permitidos de insolvencia; por ello, tal interés no podrá regir después el deber del administrador *ex* artículo 252 CP; (ii) el deudor (la sociedad, los socios) tampoco podrá dar al órgano de administración instrucciones de llevar a cabo tal clase de operaciones –en ese caso la cuestión es únicamente si los socios cometen un delito del artículo 257 ss. CP, pues el administrador que ejecuta instrucciones carece de autonomía, por lo que no se debe aplicar el artículo 252 CP–. En definitiva, el administrador «hereda» de la sociedad y, con ello, de los socios, el deber de actuar respetando los derechos de los terceros, en este caso, los de los acreedores. La restricción de la libertad de actuación del administrador es, pues, una restricción heredada de las limitaciones de la libertad económica de la sociedad derivadas de su condición de deudora. Sobre el administrador, por tanto, no recae un deber de velar por los intereses administrados recurriendo a la ilegalidad –en consonancia con el deber de legalidad del art. 255 LSC²⁹– pues la sociedad administrada tampoco está autorizada a hacerlo. Dicho de manera simple: aquello que los socios no pueden hacer legítimamente, debido a los límites provenientes del Derecho privado y del artículo 257 ss. CP, tampoco puede (y, aún menos, debe) hacerlo el administrador.

Por tanto, no es que el administrador tenga un deber de maximizar el interés del socio, que dicho deber entre en conflicto con un deber de la sociedad administrada frente a los acreedores y que ello, por ende, desemboque en una limitación o matización del deber de lealtad *ex* artículo 252 CP en virtud del deber *ex* artículo 257 ss. CP. Lo que ocurre es que, en realidad, nunca hubo un deber del administrador de maximizar sin límites el interés del socio, al igual que no hay un derecho ilimitado del socio a maximizar su interés (tal derecho está limitado por la ley y, con ello, también por sus deberes frente a los acreedores). Ello no significa que un posible conflicto de intereses entre socios y acreedores sea irrelevante³⁰, sino que el Derecho penal debe procesar el conflicto procediendo, primero, a delimitar el espacio de riesgo permitido del deudor y, después, en dicho espacio, el deber del administrador de velar por la esfera patrimonial administrada. Obviamente, en este análisis se deberá tener en cuenta que la posición de la sociedad deudora es constantemente reconfigurada mediante los actos de administración, es decir, que lo que esté permitido al administrador en una determinada situación patrimonial de la

²⁹ Con detalle, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA (2015), p. 234, p. 238, entre otras, con numerosas referencias a la doctrina mercantil y penal.

³⁰ Sobre este conflicto, GUTIÉRREZ PÉREZ (2021), p. 62 ss.

sociedad deudora puede dejar de estar permitido en una situación patrimonial posterior peor o viceversa.

Partiendo de lo dicho hasta ahora –primero hay que determinar el espacio de libertad del deudor y solamente en ese marco se puede pasar a construir el deber de velar por los intereses gestionados del administrador del artículo 252 CP–, no hay que olvidar un aspecto importante: cuando el administrador organice la actividad social generando riesgos no permitidos de insolvencia y ello ocurra con consentimiento previo o incluso a petición de los socios, desaparecerá el reproche del artículo 252 CP –aun cuando su conducta genere el riesgo de sanciones para la persona jurídica–, debido al consentimiento del titular.

Con ello pongo fin a estas líneas, que dedico al profesor Enrique Peñaranda con afecto y con agradecimiento por sus aportaciones fundamentales a la ciencia jurídico-penal española. *Ad multos annos!*

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGESSE, Silvina: Derecho penal económico, Madrid, 2001.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto: *Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia*, en Derecho penal económico y de la empresa, 2.ª ed., Madrid, 2024, p. 351 ss.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015*, RCP 23, 2015, p. 55 ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Crisis económica y concursos punibles, Diario La Ley, 7178, 20 de mayo de 2009.
- GALLEGO SOLER, Ignacio: *El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencias ¿Dos modelos de protección de enfrentados?*, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, 2002, p. 355-380.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena: *¿Libertad económica o insolvencia punible? el riesgo (no) permitido del deudor como problema sine die*, en Reformas penales en la península ibérica: A jangada de pedra?, Madrid, 2021, p. 55 ss.
- *La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia (arts. 259.2 y 1 CP): ¿un artificioso divorcio legal frente a una pareja de hecho?*, Revista General de Derecho Penal, 38, 2022.
- HUERTA TOCILDO, Susana: *Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes*, en El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López, Granada, 1999, p. 801 ss.
- BÜLTE, JENS: § 283 in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger: Strafgesetzbuch, Normen Kommentar, 6.ª ed., 2023.

- KRAUSE, Daniel-Marcus: *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko. Grund- und Einzelfragen des Bankrotts (§ 283 StGB) - zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Konkursstrafrechts*, Berlin, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes, *Estudios penales y criminológicos*, 24, 2004, p. 443 ss.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *El delito de alzamiento de bienes*, 2.^a edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, 1999.
- NAVAS MONDACA, Iván: *Insolvencias punibles Fundamentos y límites*, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán: *Administración desleal y apropiación indebida en Derecho penal económico y de la empresa*, 2.^a ed., Madrid, 2024, p. 303 ss.
- PEREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de alzamiento de bienes*, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor Valle Muñiz*, Cizur Menor, 2001.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: *Las dos dimensiones del derecho de crédito en el Derecho penal patrimonial. A la vez, una reflexión sobre el injusto de las insolvencias punibles*, en *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Barcelona, 2022, p. 663-674.
- *Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles*, en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial*, Barcelona, 2023, p. 319-367.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria/COCA VILA, Ivó: *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo artículo 252 del Código penal*, Barcelona, 2016.
- RODRÍGUEZ CELADA, Enrique: *La criminalización del fracaso empresarial*, *In-Dret* 1/2017.
- RÖNNAU, Thomas: *Rechtsprechungsüberblick zum Insolvenzstrafrecht*, *NStZ* 2003, p. 525 ss.
- SACKREUTHER, Kai/HOFMANN, Holger: § 283, *Münchener Kommentar zum StGB*, 5.^a ed., 2025.
- SOUTO GARCÍA, Eva María: *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, Valencia, 2009.

28. HACIA LA OBJETIVACIÓN DEL CASTIGO DE LA DISCRIMINACIÓN¹

ANA PEÑARANDA EZPONDABURU
Abogada y Profesora asociada
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En 1981, Bell Hooks escribía: «[l]a libertad [...] en tanto que igualdad social positiva que garantiza a todos los humanos la oportunidad de moldear sus destinos del modo productivo más saludable y común solo podrá ser una realidad completa cuando nuestro mundo deje de ser racista y sexista»². Estas mismas consideraciones han movido a los ordenamientos jurídicos occidentales –especialmente tras la II Guerra Mundial–, a promover la lucha contra la discriminación, consolidando la obligación de los estados a proteger a sus ciudadanos frente a la misma en sus constituciones y en tratados internacionales y supranacionales³, cuyas previsiones han sido, a su vez, desarrolladas normativa y jurisprudencialmente⁴. En el orden

¹ Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de investigación «Identidades colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar» con referencia PID2022– 138077OB-I00 (IPs Alicia Gil Gil y José Núñez Fernández).

² BELL HOOKS, 2024, p. 172.

³ Así se hizo constar en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los artículos 20 del PIDCP y 2.2 del PIDESC y el artículo 14 del CEDH. En el marco de la Unión Europea, más allá de la prohibición general de la discriminación del artículo 21 de la CDFUE, sus tratados fundacionales propugnaron como valores esenciales el combate contra la exclusión social y la discriminación (arts. 3.3 TUE y 10 TFUE). En España, la Constitución de 1978 consolidó este valor en el artículo 14.

⁴ Cabe destacar, por su relevancia, el Manual europeo contra la discriminación de 2018, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28-11 o el Convenio de Estambul de 11-5-2011.

penal, estos valores han terminado desarrollando un «Derecho penal antidiscriminatorio» que no ha dejado de expandirse.

Este fenómeno expansivo ha sido objeto de no pocas críticas doctrinales, que han denunciado la evolución hacia un «Derecho penal identitario» que, a fin de resignificar a la víctima como colectivo y con notas punitivistas, termina por devaluar los principios del Derecho penal y, particularmente, el principio del hecho y de *ultima ratio*⁵. Sin embargo, gran parte de las dificultades a las que se enfrenta la dogmática penal para encajar el castigo de la discriminación en la teoría jurídica del delito y en los principios del Derecho penal no se derivan del reconocimiento de la relevancia penal de algunas de sus manifestaciones⁶, sino de las fórmulas escogidas por el legislador para castigarlas. Este trabajo aborda algunas dificultades que presenta una de estas fórmulas: la agravante de motivos discriminatorios del artículo 22.4 CP, cuyo alcance también ha sido ampliado con motivo de sus sucesivas reformas⁷; en concreto, trata la problemática derivada de su configuración subjetiva de esta agravante, a partir de los «motivos» del autor.

Siguiendo a Díaz López⁸, puede entenderse que, al introducir esta circunstancia, el legislador optó por el modelo legislativo del ánimo⁹ —que vincula el castigo a la motivación del autor—, en contraste con el de la «selección discriminatoria»¹⁰, que lo funda en los efectos más lesivos que produce en la

⁵ GIL GIL, LLP, 2025, pp. 13-17. En sentido análogo DÍEZ RIPOLLÉS, RECPC, 2025, p. 29, denuncia la tendencia reciente a recurrir al Derecho penal —con una marcada orientación punitivista— para atajar problemáticas sociales que pudieran ser resueltas con políticas de otro orden, incurriendo, inevitablemente, en políticas de Derecho penal simbólico.

⁶ Tal relevancia penal ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional e internacional comparada a partir de consideraciones netamente objetivas, relativas al desvalor añadido generado por la inserción consciente de la conducta delictiva en un contexto de violencia estructural que multiplica el daño hacia la víctima y el colectivo al que pertenece (en estos términos se pronunció la STC 59/2008, de 14-5-2008 en relación con el delito de violencia de género del artículo 153 CP) o por la expresión de un mensaje amenazante hacia «la libertad y dignidad de todo ese grupo social» [LGTBI] (pronunciamiento de la CIDH en el caso de *Azul Rojas Marín y otra v. Perú* de 25-2-2008 —aunque España no es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este pronunciamiento arroja luz sobre la fundamentación comparada de los delitos «de odio», que a su vez se transfiere a la de los comités internacionales de protección de los derechos humanos en el marco de la ONU (sobre este desarrollo: MARTÍN MARTÍNEZ, 2021, pp. 201-204).

⁷ En particular, ha sido objeto de cuatro modificaciones desde que fue introducida en el Código Penal de 1995, por la LO 5/2010 de 22-6, la LO 1/2015 de 30-3, la LO 8/2021 de 4-6 y la LO 6/2022 12-6, que han extendido los motivos discriminatorios a los relativos a la «identidad sexual», «razones de género» (incorporando la noción de «género» del Convenio de Estambul), la «edad», «identidad de género» y «aporofobia y exclusión social» y el «antigitanismo» así como precisando que la agravante se aplicará aunque las circunstancias atribuidas por el autor no concurren efectivamente en la víctima.

⁸ DÍAZ LÓPEZ, ADPCP, 2013, pp. 109-127.

⁹ «Animus model» en los términos de LAWRENCE (1999, pp. 34 ss.).

¹⁰ «Discriminatory selection model» (LAWRENCE 1999, pp. 34 ss.).

víctima y en el colectivo al que pertenece¹¹ —o con el que se la asocia—. Esta opción legislativa —que parece contrastar con la escogida para regular otros delitos de contenido antidiscriminatorio en la Parte Especial¹²— ha motivado un rico debate doctrinal dedicado a justificar su encaje en la teoría jurídica del delito y en los principios del hecho y de culpabilidad. A efectos expositivos, nos referiremos a dos vertientes interpretativas: aquellas que acogen una interpretación literal de la agravante, poniendo el acento en su configuración subjetiva y aquellas que, en una interpretación teleológica y sistemática, tienden a objetivarla.

II. PRIMER CAMINO: INTERPRETACIONES LITERALES DE LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 22.4 CP

La jurisprudencia mayoritaria hasta la fecha ha interpretado esta agravante a partir de su configuración subjetiva, exigiendo la concurrencia en el autor de un «ánimo» vinculado a los motivos expresados en el precepto y encontrando su fundamento en un plus de culpabilidad por su «mayor reprochabilidad»¹³. La doctrina tradicional ha fundado este reproche adicional en el carácter particularmente abyecto o indeseable de los motivos del autor, que se rechazan desde una perspectiva político-criminal, o en que refleja una actitud de desprecio hacia el ordenamiento jurídico¹⁴, que debe ser restaurado a partir del valor comunicativo de la pena¹⁵. En la doctrina estadounidense, el modelo del ánimo se ha sustentado frecuentemente con razones morales o preventivo-especiales (por revelar las motivaciones el carácter peligroso del autor)¹⁶. En la dogmática continental, estas posiciones han mantenido que el carácter abyecto de la motivación revertiría en un incremento de la culpabilidad del autor por suponer un mayor reproche hacia el mismo. Esta interpretación es la tradicio-

¹¹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 8; PANTALEÓN DÍAZ, LLP, 2020, p. 3; DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 370-372.

¹² Como apunta PANTALEÓN DÍAZ (2021, p. 26), así parece deducirse del tenor de los delitos de violencia de género introducidos por la LO 1/2004 de 28-12 (especialmente atendida su interpretación jurisprudencial), o el propio delito «de odio» del artículo 510 CP.

¹³ SSTs núm. 47-2019 de 4-2, 565/2018 de 19-11, 136/2020 de 8-5, 360/2010, 22-4, 1145/2006 de 23-11. Un análisis sistematizado de esta jurisprudencia puede leerse en DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2023, 530.

¹⁴ Un análisis de estas posiciones puede encontrarse en DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, 2004, p. 146.

¹⁵ Desde una teoría expresiva de la pena, KANHAN (Mich. L. Rev., 1998, p. 1641) señaló que «para expresar su condena a dichas actitudes, la sociedad deberá responder con un castigo que evidencie inequívocamente un repudio de la sociedad hacia la valoración del autor».

¹⁶ AL HAKIM y DIMOCK, New Crim. Law Rev., 2012, p. 587; CROCKER, Ann. Surv. Am. L., 1992, p. 491. Vid. también DÍAZ LÓPEZ, 2012, pp. 362 ss.

nalmente otorgada por la doctrina a los elementos de actitud interna¹⁷, que relega las actitudes internas, espirituales o ideológicas a la culpabilidad, en tanto que juicio personal de reproche al autor por entender que, de ubicarlas en el injusto, se incurriría en una valoración ética impropia del Derecho penal.

Sin embargo, una vez admitido que el fundamento de la agravante es el desvalor de la actitud reprochable, se introduce una valoración ética del carácter del autor impropia del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, y ello con independencia de su ubicación sistemática. La categoría de la culpabilidad no puede servir de salvoconducto para introducir juicios valorativos sobre las actitudes del autor, debiendo restringirse a la apreciación de un juicio de imputación personal del hecho sobre la base de su libre actuación en condiciones de normalidad cognoscitiva, emocional y motivacional. En palabras de Milton Peralta: del hecho de «que haya que evaluar la relación intelectual del sujeto con la norma jurídico-penal no se sigue que se pueda evaluar cuál es su “postura” (*Einstellung, Haltung*) frente a ella»¹⁸. Lo contrario convertiría la culpabilidad en un subterfugio para introducir veladamente un Derecho penal del ánimo. Como apuntó Molina Fernández: o bien concebimos estos motivos como lesivos y se introducen en el injusto¹⁹, o bien como no lesivos, imbricados en el ánimo del autor y, consecuentemente, no pueden formar parte ni del injusto ni tampoco de la culpabilidad, sino que deben ser erradicados del Derecho penal para que éste mantenga el modelo teórico-constitucional que sustenta el Derecho vigente²⁰.

Estas consideraciones han llevado a la doctrina a plantear dudas sobre la constitucionalidad del precepto²¹ y a la búsqueda de interpretaciones que desvinculen la agravación de la valoración ético-moral que parece otorgarle la jurisprudencia.

En este sentido, resulta persuasiva la propuesta de Díaz López²² que, siguiendo el razonamiento de Peñaranda Ramos en relación con las agravantes de alevosía y precio, recompensa o promesa²³, mantiene una interpretación subjetiva de la circunstancia y su ubicación en la culpabilidad, interpretando el mayor reproche no en un juicio ético sobre las concretas actitudes del autor,

¹⁷ ROXIN, 1997, p. 315; JESCHECK, 1981, p. 436. Un análisis de las corrientes doctrinales tradicionales en España en relación con los motivos reprochables puede encontrarse en DÍAZ LÓPEZ (2012, 361 ss.).

¹⁸ MILTON PERALTA, 2012, p. 41.

¹⁹ El autor lo ubica, en particular, en el injusto subjetivo, como proponía MIR PUIG (2011, 640).

²⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 457.

²¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, 2004, p. 144; el mismo, 2023, p. 529.

²² DÍAZ LÓPEZ, 2012, pp. 411 ss., acogida por PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 20 y PANTALEÓN DÍAZ, LLP, 2020, p. 6, la misma, 2021, pp. 26-27.

²³ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292 ss.

sino en su mayor grado de autonomía²⁴. De acuerdo con estos autores, la acreditación de estos motivos determinaría que el autor no podría «distanciarse» del hecho desde un prisma cognitivo y afectivo, acarreado una «negación frontal» del ordenamiento y los valores protegidos por este²⁵.

Para soslayar la tradicional crítica del rebasamiento de la culpabilidad, esta posición parte de la premisa de que la agravante del artículo 22.4 CP no acarrea una agravación de la pena, sino que permite concretar el marco penológico previsto por el delito, reduciendo la horquilla a su mitad superior. Así, los motivos servirían para filtrar el grado de disculpa que merece la conducta en función del contexto en que fue realizada²⁶, como una suerte de heurístico para determinar el grado de normalidad cognitiva, emocional y motivacional con la que el autor ejecutó la conducta, filtrando el grado de responsabilidad –y así, de reprochabilidad– imputable al autor. Recogiendo la terminología empleada Milton Peralta para elaborar una tesis análoga desde la perspectiva del injusto, podrían entenderse los motivos como causas inversas de exculpación –o mejor, como causas de inculpación– por demostrar la plena autonomía del autor.

A esta interpretación se le pueden oponer algunas objeciones. En primer lugar, no permite fundamentar la agravación penológica que acarrearía en caso de concurrir con otras dos circunstancias agravantes, pues, en esos casos, no operaría ya como simple «filtro», sino que coadyuvaría a la fundamentación de la posibilidad de imponer la pena superior en grado²⁷. En segundo lugar, que distancia el precepto de la finalidad antidiscriminatoria que lo inspira, dejando huérfano de fundamento el desvalor adicional que castiga²⁸. Así, aunque las concretas motivaciones en él recogidas puedan explicarse en clave antidiscrimi-

²⁴ En este sentido, cabría situar su tesis en las corrientes a las que KANHAN (Law & Phil., 2001, pp. 187-188) denominó «voluntaristas» derivadas de la filosofía kantiana (y así, de las teorías retributivas de la pena), que ponen el acento en la libertad del autor del delito (y entiende las motivaciones como expresión de esa libre elección del autor a la hora de cometer el delito). En sentido similar, HURD y MOORE (Stan. L. Rev., 2004, p. 1099) aluden a las tesis de quienes defienden que los motivos reprochables revelan una mayor cognoscibilidad de la contrariedad de la conducta con el ordenamiento que permite incrementar la reprochabilidad de la conducta por una mayor autonomía.

²⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2014, 292 ss., el mismo, 2021, 20; DÍAZ LÓPEZ, 2012, 411 ss., PANTALEÓN DÍAZ, 2020, 6. Esta autora encontró un antecedente de esta teoría en la propuesta de DAN-COHN (1992, p. 990-1000), que propuso entender las «defensas» –que, en el contexto jurídico del *common law* podrían equipararse a las causas de exención o atenuación de la responsabilidad– como «dispositivos de distanciamiento» del autor respecto de su «yo» (en el sentido de su libre autonomía desde una perspectiva kantiana, para actuar en ese momento). Este autor propone entender las causas de exención de responsabilidad en sentido relativo y no absoluto, como un continuo, pudiendo concurrir en mayor o menor medida en el autor (COHN, 1992, p. 990).

²⁶ DÍAZ LÓPEZ, 2012, pp. 411 ss.

²⁷ De acuerdo con el artículo 66.1.4.ª CP.

²⁸ En línea con la crítica de LAURENZO COPELLO, (EPC, 1996, p. 278) hacia las fundamentaciones de la agravante basadas en su mayor reprochabilidad.

natoria, nada permite distinguirlas de otras que puedan producir el mismo distanciamiento del autor respecto de su conducta, como la codicia o la envidia o, incluso, la acreditada indiferencia del autor hacia el bien jurídico lesionado²⁹. Desde este prisma cobra sentido la crítica de Dopico Gómez-Aller a esta posición cuando señaló que: «si un hecho cometido sin estos “motivos discriminatorios” es plenamente imputable a su autor, no se entiende cómo la concurrencia de dichos motivos puede hacer que le sea más imputable (¿más que en su totalidad?)»³⁰. Este alejamiento de la finalidad de la norma tiene, además, una segunda implicación que comparten las interpretaciones estrictamente subjetivas del precepto: la posibilidad de extender la agravación a delitos cometidos contra personas pertenecientes a grupos o estamentos sociales que no sufren discriminación, lo que parece contrario a la finalidad antidiscriminatoria de la norma³¹.

Quizá más conectada con la finalidad del precepto se presenta la propuesta de Milton Peralta, de contenido análogo, pero desde la perspectiva del injusto. Entendiendo la antijuridicidad como un continuo, este autor apuntó que «los motivos tienen la función heurística de señalar un hecho más grave debido a la ausencia de justificación»³². Así, tomando la protección de los bienes jurídicos como parámetro, la reprochabilidad de la conducta dependerá de la cercanía de la intención del autor a la protección de un bien jurídico, siendo mayor cuanto más se aleje de una causa de justificación³³. Se trata de invertir el argumento: los elementos subjetivos de actitud interna no servirían para agravar la pena sino al contrario, para no atenuarla. Del mismo modo que la anterior posición, pretende con ello sortear la crítica del rebasamiento de la culpabilidad: si no se eleva la pena –por mantenerse en la horquilla penológica definida por el tipo–, no se estará castigando por dichas motivaciones.

Sin embargo, al partir de la misma premisa que la anterior interpretación, cabe extender a esta posición la dificultad para fundamentar la agravación

²⁹ Una crítica similar formulaban ya HURD y MOORE (Stan. L. Rev., 2004, pp. 1099 y 1146) contra los argumentos de mayor autonomía de la actuación del autor derivada de una mayor cognoscibilidad del «mal» de la discriminación: nada impediría distinguir este mal de otros de corte moralizante, lo que abre las puertas a romper las premisas liberales del Estado de Derecho.

³⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, 2004, p. 154.

³¹ En este sentido, este planteamiento lleva a PANTALEÓN DÍAZ (2021, p. 28) a proponer *de lege ferenda* extender la agravación a la «plutofobia», pese a admitir que en este caso no se produciría un «injusto adicional» motivado por la «consolidación de las estructuras de discriminación del colectivo en cuestión». Sin necesidad de planteamientos *de lege ferenda*, este razonamiento permitiría interpretar las motivaciones expresadas en términos neutros («etnia, raza, nación», «orientación o identidad sexual o de género», «razones de género», etc.) en sentido inverso: admitiendo conductas discriminatorias cuando fueran dirigidas contra los colectivos mayoritarios o dominantes. Crítica con estas consecuencias: GARCÍA ÁLVAREZ, 2022, p. 67.

³² MILTON PERALTA, 2012, p. 208.

³³ MILTON PERALTA, 2012, 209. Partidario de esta posición, BUSTOS RUBIO (2022, pp. 256-258).

cuando acarrea la elevación del marco penológico al concurrir con otras agravantes. Por otro lado, esta visión hace necesaria la graduación de las motivaciones en un eje de mayor a menor justificación, lo que sólo parece posible desde un prisma moralizante o, en su caso, atendiendo a la medición del grado de adscripción del autor hacia los valores propugnados por el ordenamiento³⁴, incurriendo inevitablemente en un Derecho penal de autor.

Por las razones expuestas, entiendo que las interpretaciones estrictamente subjetivas de la agravación no logran soslayar definitivamente las dificultades de encaje de esta agravante en la teoría jurídica del delito configurado a partir de los principios del hecho y de la culpabilidad. Además, acarrean otro problema de enorme relevancia práctica: su prueba en el procedimiento penal. Y no nos referimos con ello a las evidentes dificultades prácticas de acreditar elementos que pertenecen a la esfera interna del autor, sino al riesgo de que, al constituir el centro de la fundamentación de la agravación, terminen por tornar el proceso en un juicio sobre el carácter del acusado³⁵. Bien es cierto que, en la práctica procesal, las motivaciones tienen una incuestionable relevancia, especialmente entendidas como indicios de los elementos del tipo³⁶. Sin embargo, una cosa es que las máximas de la experiencia judicial puedan encontrar cierta utilidad en la prueba sobre posibles móviles del acusado como indicios de su autoría o conciencia sobre los hechos y otra muy distinta que deban integrar el

³⁴ En una visión que recordaría, quizá, a la propuesta por KANHAN (1998, 1641) desde la teoría expresiva de la pena.

³⁵ Así lo denuncia DOPICO GÓMEZ-ALLER (2023, p. 530) que, a partir de un análisis de la jurisprudencia menor, señalando que los tribunales tienden a apoyarse en testificales sobre la ideología o los sentimientos o periciales psicológicas para evaluar los móviles, en un «juego probatorio impropio de un Derecho penal del Hecho». Cabe destacar en este sentido algunos de los criterios generales propugnados por la Fiscalía General para valorar la existencia de un móvil de odio en la Circular 7/2019, de 14 de mayo: «análisis de sus comunicaciones en las redes sociales (hilos de conversaciones en chats, vídeos difundidos, etc.)», «integración en grupos caracterizados por su odio o por la promoción de la violencia contra determinados colectivos o ideas (ideología neonazi, homófoba o xenófoba, radicalismo religioso, grupos ultra deportivos, colectivos antisistema, las denominadas “bandas latinas”, etc.), y su posición de relevancia pública o liderazgo en los mismos», precisando que dicha pertenencia podrá deducirse de «elementos externos que porte el sujeto (tatuajes, vestuario, peinados...) que en el uso social se identifiquen con esos grupos a los que se asigna su pertenencia», etc. Debe apuntarse que otros criterios expresados por esta Circular parten de una exteriorización de tales actitudes (mediante manifestaciones proferidas por el autor en el momento de los hechos u otros elementos contextuales que permitan expresar ese mensaje de odio) que, desde otro prisma interpretativo pueden adquirir relevancia en atención al mensaje de humillación dirigido hacia la víctima y el colectivo con el que se la vincula.

³⁶ Como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2016, p. 342), los motivos son frecuentemente empleados por los tribunales como prueba del conocimiento de la lesividad de la conducta (entre otros factores). Su constante consideración –en ocasiones como sesgos cognitivos– ha llevado a algunos autores a proponer su inclusión legal de a fin de evitar la inseguridad jurídica producida por su consideración velada por los tribunales. En palabras de HUSAK, (J&E, 1989, 4): «el público será menos propenso a estar informado de la relevancia de tales juicios mientras que la evaluación de los motivos se reserve a una decisión menos visible de las autoridades judiciales».

delito y ser, por tanto, objeto de prueba por sí mismos. Los efectos procesales (y, desde luego, dogmáticos) serán muy distintos en uno y otro supuesto. En este sentido se pronunció ya Roxin cuando señaló que cuando los elementos subjetivos de actitud interna tienen efecto agravatorio «no están exentos de reparos desde el punto de vista de Estado de Derecho, puesto que vinculan la punibilidad a la valoración judicial de posturas internas difícilmente comprobables en el ámbito forense», y es ahí, señalaba, donde «radica el decisivo punto peligroso de la infiltración de un Derecho penal de la actitud interna»³⁷.

III. SEGUNDO CAMINO: INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA Y OBJETIVACIÓN DE LA AGRAVANTE

Una segunda corriente interpretativa ha fundado la agravación de las motivaciones discriminatorias a partir de su *ratio legis*, vinculándola con un incremento del injusto motivado por el desvalor añadido de sus efectos. Ésta fue la visión acogida por la corriente angloamericana de los llamados «teóricos del daño»³⁸. De acuerdo con estas posiciones, tales motivaciones conllevan la infracción de lesiones más intensas o complementarias a las realizadas por el delito sobre: (i) la víctima (bien por tender a acarrear agresiones físicas más virulentas o por infligir daños psíquicos adicionales con motivo de la humillación a la que se le somete), (ii) el colectivo discriminado en el que ésta se integra (cuyos miembros sienten la lesión como propia) e incluso (iii) la sociedad en su conjunto (porque promueven una ola de violencia generalizada y la polarización social)³⁹.

Los argumentos relativos al mayor potencial agresivo de quienes delinquen con motivaciones discriminatorias parten de una correlación entre la motivación y la peligrosidad no acreditada empíricamente⁴⁰. Además, llevarían a admitir razonamientos consecuencialistas⁴¹ que fundarían el castigo en una mayor peligrosidad del autor desconectada del hecho, abriendo la puerta a un adelantamiento exacerbado de la barrera punitiva⁴² propio del Derecho penal del enemigo. Dejando de lado, por ello, estos argumentos, los planteamientos de los *harm theorists* se presentan convincentes y coherentes con la aprecia-

³⁷ ROXIN, 1997, p. 315.

³⁸ «Harm theorists» (HURD y MOORE, 2004, pp. 1085-1093).

³⁹ LAWRENCE, 1999, pp. 29-63.

⁴⁰ MILTON PERALTA, 2012, 161. MILTON PERALTA, 2012, 55 ss.

⁴¹ En el sentido apuntado por KANHAN (2001, p. 188).

⁴² LAURENZO COPELLO, EPC, 1996, p. 280.

ción de un plus de antijuridicidad de las conductas, en consonancia con los principios del hecho y de la culpabilidad.

En la misma línea, pero desde la perspectiva de la exclusiva protección de bienes jurídicos, algunos autores mantienen que la fundamentación de la agravación de las motivaciones discriminatorias no reside tanto en una lesión más intensa de los bienes jurídicos protegidos por el delito correspondiente, sino en una más extensa, por afectar también a otros bienes jurídicos como el derecho a la igualdad⁴³ o la dignidad humana⁴⁴. La exteriorización de los motivos discriminatorios expresaría un desvalor contrario al ordenamiento jurídico, generando unos efectos comunicativos lesivos al principio de igualdad⁴⁵. Estas tesis, acogidas por el Tribunal Supremo⁴⁶, han sido objeto de crítica por entender que incurren en *bis in ídem*, por cuanto toda conducta delictiva acarrea, por sí misma, una lesión al principio de igualdad⁴⁷, ya que «las condiciones de trato igual exigible son las que determinan las normas jurídicas y, entre ellas, las prohibitivas de lesión»⁴⁸. Además, para que esta lesión adicional se produjera, se haría preciso que la víctima formase parte del colectivo discriminado correspondiente, descartándose los casos de error⁴⁹ —cuestión ya descartada por el legislador tras la reforma operada en el año 2021—.

Todas estas posiciones se enfrentan a un profundo escollo: para que pueda apreciarse este incremento del daño (en cuanto a intensidad o extensión) es preciso que esas motivaciones se expresen en la conducta exteriorizada y tengan un efecto comunicativo (y humillante, intimidatorio o reproductor del hostigamiento preexistente) sobre la víctima⁵⁰, el colectivo con el que se la vincula⁵¹ y/o la sociedad en su conjunto⁵². En definitiva, estos argumentos parten de

⁴³ LAURENZO COPELLO, EPC, 1996, 281; MIR PUIG, 2011, 640.

⁴⁴ LAURENZO COPELLO, EPC, 1996, 284.

⁴⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, p. 739.

⁴⁶ SSTS 1024/2025 de 11-12, 458/2019 de 9-10, 155/2022 de 22-2.

⁴⁷ DÍAZ LÓPEZ, 2012, p. 384. En el mismo sentido, MILTON PERALTA, 2012, p. 159.

⁴⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, 2004, p. 157.

⁴⁹ LAURENZO COPELLO, EPC, 1996, 282; DÍAZ LÓPEZ, 2012, p. 385.

⁵⁰ En el caso del supuesto incremento de los daños psíquicos, MOLINA FERNÁNDEZ (2001, 89 ss.) se refirió a los problemas comunicativos que se generan al hacerse necesaria la intersección de dos psiques: para que pueda entenderse razonablemente que la víctima sufre un daño psíquico derivado de las motivaciones del autor, se hace necesario que conozca los pensamientos o actitudes de éste y, más en concreto, los motivos que le llevan a atacarla. Es más: la lesividad del hecho se vincula no con el acto del sujeto sino con la actitud interna del autor que su víctima cree percibir.

⁵¹ MILTON PERALTA (2012, p. 95), apunta agudamente que lo relevante para que este efecto humillante o intimidatorio se produzca no sería la real concurrencia de tales motivaciones, sino la percepción que la comunidad afectada pudiera tener de las mismas. En sentido inverso, cabría generar dicho mensaje intimidatorio sin la concurrencia de las motivaciones discriminatorias (DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, 2004, p. 156).

⁵² Como apuntan DÍAZ LÓPEZ (2012, p. 378) o CROCKER (Ann. Surv. Am. L., 1992, p. 489), si se sitúa el fundamento de la agravación en la pacificación social, sólo deberían agravarse los delitos con re-

una correlación no acreditada entre los motivos y sus efectos o, incluso, en una interpretación teleológica, terminan por invertir su sentido literal, obviando su configuración subjetiva y sustituyéndola por los «efectos discriminatorios» que pretende prevenir la norma.

Por ello, otras propuestas que han puesto el acento en el efecto comunicativo, humillante o amenazante que genera el delito cometido por motivos discriminatorios se han inclinado por una interpretación restrictiva del precepto, que limite su aplicación a los supuestos en que se constate dicho efecto. En esta línea, Dopico Gómez-Aller⁵³ propone acercar la interpretación de esta agravante a la de los delitos de terrorismo, encontrando el fundamento de la misma en su orientación intimidatoria, amenazante o propagandística. En su opinión, del mismo modo que sucede con las agresiones terroristas, las discriminatorias tienen un sentido asimilable a una amenaza condicional: no sólo se propone un modelo social alternativo (de corte racista, xenófobo, etc.), sino que además contienen una carga intimidatoria hacia una concreta minoría. Por ello, esta agravante se debería aplicar solo cuando las actuaciones tuvieran ese sentido intimidatorio y, además, concorra un elemento tendencial correspondiente con la intención (que cabría vincular con un dolo directo) de producir tal efecto⁵⁴.

Esta interpretación resulta más coherente con la *ratio legis*⁵⁵ y con la orientación de la normativa supranacional⁵⁶. Además, permitirá reducir las dificultades procesales apuntadas al no pretender la acreditación de una actitud o rasgo del autor, sino su intención de provocar los efectos censurados por el ordenamiento⁵⁷ —efectos que podrían producirse tanto si la víctima integra el colectivo discriminado como si se asocia a él por otro motivo⁵⁸—. Desde la

percusión mediática suficiente como para generar dicho efecto —por cierto, de forma absolutamente ajena al principio de culpabilidad—. Y a la inversa: dicho efecto podría producirse con independencia de la motivación del autor. MOLINA FERNÁNDEZ (2001, p. 740) atribuyó la solución de dicho problema al procedimiento penal, que, en sus palabras ejercería «un efecto compensador automático de los desajustes».

⁵³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, 2004, 166-167.

⁵⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2023, 529.

⁵⁵ Como apunta LAURENZO COPELLO (2021, pp. 272-279) y destacábamos en la introducción de este trabajo, los delitos de odio —o, más correctamente, «delitos de discriminación»— se han encaminado desde su origen a castigar la perpetuación de la opresión de ciertos colectivos históricamente relegados y la misma línea ha seguido tanto la normativa internacional como la jurisprudencia que la interpreta.

⁵⁶ Así, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la UE, de 28-11-2008 señala en su ap. 5 que «El racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento. Es necesario definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que sean responsables de los mismos».

⁵⁷ Así, también LAURENZO COPELLO (2021, pp. 279-280).

⁵⁸ Como sugería DOPICO GÓMEZ-ALLER (ADPCP, 2004, p. 123). En sentido contrario, BUSTOS RUBIO (2022, p. 253) y LAURENZO COPELLO (EPC, 1996, p. 279). Sobre la delimitación de la cláusula final del artículo 22.4 CP, TAPIA BALLESTEROS, IgdES, 2023, pp. 163-164.

perspectiva del principio de legalidad, nada impide acotar su alcance a los supuestos en los que el delito produzca el desvalor adicional expuesto, de acuerdo con los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

Aunque pudiera parecer que la exigencia de la acreditación de un efecto intimidatorio asimilable al de las amenazas provocaría el vaciamiento de contenido de delito del artículo 170.1 CP⁵⁹, esto se evitaría entendiendo que la agravación se refiere a un efecto intimidatorio más difuso que el exigido por ese precepto. En este sentido, Landa Gorostiza sitúa el fundamento de los delitos de odio⁶⁰ en la amenaza «potencial» que producen sobre grupos o colectivos «vulnerables» que atentaría contra su «seguridad existencial» (y, cabe añadir, la de sus integrantes). En particular, afectaría a su «estatus normalizado de disfrute de derechos fundamentales y libertades públicas», bloqueando su ejercicio normal a algunos sectores⁶¹, precisamente como consecuencia de este efecto intimidatorio. Como apunta este autor, estos efectos intimidatorios sólo resultan eficaces cuando los delitos en cuestión se dirijan contra colectivos que ya sufren discriminación y hostigamiento social, pues sólo en tales casos devendrá «real» y no presunto el peligro potencial generado⁶². De acuerdo con esta interpretación, será necesario efectuar un juicio de peligro *ex ante* de los bienes jurídicos intersubjetivos del colectivo afectado en atención al contexto social en el que se inserta la conducta.

Coincido con este autor en que éste parece ser el sentido del fallo mayoritario de la Sentencia del caso Altsasu⁶³ que, poniendo el acento en la necesaria constatación de la vulnerabilidad del colectivo y la puesta en riesgo del modelo social de tolerancia y convivencia pacífica⁶⁴, apunta a una línea jurisprudencial (todavía minoritaria) tendente a objetivar la interpretación de la agravante, restringiendo su alcance a las situaciones en las que se constate una situación efectiva de discriminación desde el prisma del Derecho antidiscriminatorio⁶⁵.

⁵⁹ De modo análogo a lo que DOPICO GÓMEZ-ALLER (ADPCP, 2004, 161) problematizaba respecto del vaciamiento del delito de tratos degradantes del artículo 173 CP.

⁶⁰ Además de los delitos del artículo 510 CP cuya significación específica trasciende del objeto de este trabajo, el autor se refiere a aquellos a los que le resulta aplicable la agravante del artículo 22.4 CP.

⁶¹ LANDA GOROSTIZA, 2021, 360.

⁶² LANDA GOROSTIZA, 2021, 361.

⁶³ STS 458/2019 de 9 de octubre.

⁶⁴ Con un razonamiento que recuerda al de los *social harm theorists* como LAWRENCE (1999).

⁶⁵ Más recientemente, aunque manteniendo una interpretación subjetiva del precepto fundada en sus móviles, la STS 1024/2025 de 11-2 (caso Samuel Luiz), razona «[...] la discriminación no sólo afecta a la víctima concreta, sino a la colectividad que se conmociona cuando se transgrede una norma de tolerancia, a la convivencia respetuosa de las distintas opciones y, principalmente, respecto de colectivos tradicionalmente vulnerables a los que el ordenamiento quiere proteger con cierta intensidad para procurarla actuación de un instituto de control social, como es el derecho penal. En cada caso, habrá de plantearse la situación de comparación que implica todo hecho discriminatorio, y la causa y la motivación de este trato

Esta tendencia es más clara en relación con la agravación «por razones de género» introducida por la reforma de 2015, que el Tribunal Supremo interpreta en clave objetiva, exigiendo la acreditación de un «plus de antijuridicidad» derivado de la «manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquéllos y la supeditación de éstas»⁶⁶. En relación con el elemento subjetivo, aunque generalmente se exige acreditar una «intención de dominación»⁶⁷ «ánimo» o «móvil específico»⁶⁸, algunos pronunciamientos llegan incluso a limitar el elemento subjetivo de la agravante a la acreditación de «que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad»⁶⁹, prescindiendo de sus razones subjetivas.

Esta última interpretación (que reduce el elemento subjetivo de la agravante al dolo directo proyectado sobre el contexto discriminatorio conformado por la agravante) ha merecido acogimiento por un sector de la doctrina, si bien poniendo el acento en la alusión del precepto a «razones» de género, como algo distinto a los «motivos» que inspiran el resto de las condiciones⁷⁰. Esta posición es consecuente con las voces que abogan por una interpretación desagregada de la agravación, en atención a las particularidades que presenta cada uno de los colectivos discriminados tutelados por el precepto⁷¹.

Las anteriores consideraciones revelan que es posible una interpretación objetivadora del precepto, más respetuosa con su finalidad y con el ordenamiento nacional e internacional en el que se integra. No se nos escapa que esta posición puede presentar objeciones desde la perspectiva del principio de legalidad⁷², no tanto por la interpretación de los «motivos» como «intenciones» de causar el efecto discriminatorio proscrito —que tampoco dista mucho de la efectuada por la jurisprudencia sobre otros elementos subjetivos previstos en el Código⁷³—, como por trasladar por completo el foco al efecto discrimina-

desigual para comprobar si ese trato desigual es discriminatorio y si la misma discriminación tiene por causa algunas de las razones que expresa el apartado cuarto del artículo 22 CP».

⁶⁶ STS 509/2021, de 10-6. En el mismo sentido: SSTS 66/2023 de 8-2, 917/2023 de 14-12.

Un análisis de este desarrollo jurisprudencial puede encontrarse en LANDA GOROSTIZA, InDret, 2024, 158-163 y en PÉREZ MACHÍO, RP, 2023, pp. 258-259.

⁶⁷ STS 565/2018 de 19-11.

⁶⁸ SSTS 223/2019 de 29-4, 351/2019 de 9-7, 136/2020 de 8-5, y 114/2021 de 11-2.

⁶⁹ STS 509/2021, de 10-6. Este pronunciamiento remite, por tanto, a la mera constancia de un «dolo directo» respecto de los efectos discriminatorios generados por el delito, prescindiendo de la motivación.

⁷⁰ ALONSO ÁLAMO, RP, 2022, pp. 18-19; PÉREZ MACHÍO, RP, 2023, pp. 258-259.

⁷¹ LANDA GOROSTIZA, InDret, 2024, p. 163.

⁷² Particularmente crítico en este sentido: BUSTOS RUBIO, 2022, 256.

⁷³ Véase, por ejemplo, la interpretación secular del «ánimo de lucro» como el propósito o intención de obtener una ventaja patrimonial o beneficio, para sí o para terceros (por todas: SSTS 899/2021, de 18

rio y relegar a un segundo plano precisamente el elemento previsto por el precepto, de corte indiscutiblemente subjetivo.

Por ello, mientras se mantenga la configuración subjetiva de la agravante, será necesario partir, con carácter general, de un elemento subjetivo de corte tendencial, sin perjuicio de que pueda resultar pertinente restringir su aplicación a los supuestos en los que quepa apreciar mayor lesividad de la conducta (por propiciar, reproducir o generar efectos intimidatorios y de hostigamiento hacia colectivos discriminados), en una interpretación teleológica en clave antidiscriminatoria. Esta interpretación, no obstante, puede encontrar obstáculos al proyectarse sobre algunas de las circunstancias incluidas en el precepto en recientes reformas, que parecen apelar más a la vulnerabilidad del colectivo que a la constatación de la existencia de un contexto discriminatorio hacia él ⁷⁴.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo ha tratado de exponer las dificultades de encaje de la agravante del artículo 22.4 CP en la teoría jurídica del delito y en los principios del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho. Asimismo, ha propuesto una interpretación que, sin desconocer su configuración subjetiva, restrinja su aplicación a los supuestos de discriminación proscritos por la norma, en coherencia con su finalidad y con el ordenamiento constitucional, supranacional e internacional.

Sin embargo, a los efectos de otorgar a la agravación un alcance coherente con su finalidad antidiscriminatoria, es aconsejable una modificación legal que objetive su tenor siguiendo el modelo de la selección discriminatoria; de forma que la agravación se proyecte sobre todos los supuestos en que el autor, dolosamente, propicie, reproduzca o genere efectos intimidatorios y/o de hostigamiento o humillación hacia colectivos discriminados y sus integrantes, con

de noviembre o 277/2015, de 3 de junio), que casi podría equipararse con el dolo directo de consumir —o, en su caso, agotar— el delito patrimonial, pese a que su tenor literal sugiere una motivación o tendencia codiciosa del autor. En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2016, p. 348) critica el empeño de la doctrina en distinguir las nociones de «motivo» e «intención», por cuanto «todo motivo puede ser definido en términos de intención, la intención con la que es llevado a cabo un acto intencional».

⁷⁴ Plantea especiales problemas la extensión de la circunstancia de «edad» a los menores (de acuerdo con la mención expresa Exposición de Motivos de la LO 8/2021 de 4-6), cuya protección internacional se vincula con su situación de vulnerabilidad y no con la constatación de un contexto discriminatorio. Como apunta TAPIA BALLESTEROS (IgdES, 2023, p. 160) será necesario un difícil ejercicio interpretativo para delimitar las conductas que propicien la discriminación hacia los menores para deslindarlas de las de prevalimiento del autor de la situación de desamparo o mayor vulnerabilidad del menor, que encuentran mejor encaje en otras agravantes (alevosía o abuso de superioridad). En el mismo sentido: LAURENZO COPELLO, 2021, p. 281.

independencia de sus motivaciones internas. Y ello, preferiblemente, incluyendo una cláusula abierta⁷⁵ que admita su apreciación frente a cualquier condición de discriminación constatada⁷⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- AL-HAKIM, Mohamad y DIMOCK, Susan: *Hate as an aggravating factor in sentencing*, *New Criminal Law Review*, vol. 15, 2012, pp. 572-611.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *¿Es el feminicidio un delito de odio?*, *Revista Penal*, núm. 50, 2022, pp. 9-19.
- BUSTOS RUBIO, Miguel: *¿Cogitationis poenam nemo patitur? La agravante de discriminación en la encrucijada: principio de legalidad penal vs. principio del hecho*, en *El odio como motivación criminal*, Madrid, 2022, pp. 239-261.
- CROCKER, Lawrence: *Hate Crime Statutes: Just-Constitutional-Wise*, *Annual Survey of American Law*, 1992, pp. 485-508.
- DAN-COHEN, Meir: *Responsability and the boundaries of self*, *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, pp. 959-1003.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Madrid, 2012.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los colectivos identitarios y la tutela penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 26, 2024, pp. 1-46.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XVII, 2004, pp. 143-176.
- *Motivos racistas o similares*, en *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, 2023, pp. 528-534.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los «Delitos de odio» en el sistema penal español*, en *El odio como motivación criminal*, 2022, pp. 53-68.
- GIL GIL, Alicia: *La mutación de los principios penales tras 30 años de vigencia del Código penal a través de la protección de colectivos identitarios. Especial atención al período 2019-2024*, *La Ley Penal*, núm. 176, 2025, pp. 1-33.

⁷⁵ De conformidad con las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU para atajar la lucha contra la discriminación ante una realidad cambiante (MARTÍN MARTÍNEZ, 2021, pp. 221).

⁷⁶ Agradezco al Profesor Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno la lectura del borrador de este trabajo y sus interesantes sugerencias. Igualmente, quiero expresar mi agradecimiento a los coordinadores de este libro por haberme brindado la oportunidad de hacer esta aportación al mismo y contribuir con ella al homenaje del Profesor Enrique Peñaranda Ramos, cuya altura intelectual, sensibilidad e incalculable valor personal no sólo suponen para mí una profunda inspiración personal y profesional, sino también una constante fuente de apoyo que me ha sostenido en los buenos y en los malos momentos: las tormentas se hacen más ligeras cuando hay amarres.

- HOOKS, Bell: *¿Acaso no soy yo una mujer? Mujeres negras y feminismo*, (trad. Deza Guil, Gemma), Bilbao, 2024.
- HURD, Heidi M., y MOORE, Michael S.: *Punishing Hatred and Prejudice*, Stanford Law Review, vol. 56, 2004, pp. 1081-1146.
- HUSAK, Douglas N., *Motive and Criminal Liability*, Justice Ethics, vol. 8, 1989, pp. 3-14.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de Derecho penal, Parte General, Volumen Primero, (trad.: Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.) Barcelona, 1981.
- KANHAN, Dan M., *The anatomy of disgust in Criminal Law*, Michigan Law Review, vol. 96, 1998, pp. 1621-1657.
- *Two liberal fallacies in the hate crime debate*, Law and Philosophy, vol. 20, 2001, pp. 175-193.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena: *Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del «Caso Altsasu» (STS 458/2019)*, en Odio, prejuicios y Derechos Humanos, 2021, pp. 351-372.
- *Delitos de odio en España: estado de la cuestión*, InDret, núm. 4, 2024, pp. 133-182.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *La discriminación en el Código Penal de 1995*, Estudios penales y criminológicos, núm. 19, 1996, pp. 219-288.
- *No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio*, en Odio, prejuicios y Derechos Humanos, 2021, pp. 257-283.
- LAWRENCE, Frederick M.: *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, 1999.
- MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M.: *La discriminación interseccional en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y su relación con los delitos de odio*, en Odio, prejuicios y Derechos Humanos, 2021, pp. 189-223.
- MILTON PERALTA, José: *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, 2012.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general* (9.^a Edición), Barcelona, 2011.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta: *¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia*, La Ley Penal, núm. 147, 2020, pp. 1-9.
- *Discriminación Económica en el artículo 22.4.^a CP: aporofobia ¿y plutofobia?*, en Reflexiones académicas sobre delitos de odio, Madrid, 2021, pp. 22-30.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Estudios sobre el delito de asesinato*, Madrid, 2014.
- *Delitos de odio y Derecho penal de la culpabilidad*, en Reflexiones académicas sobre delitos de odio, Madrid, 2021, pp. 7-21.
- PÉREZ MACHÍO, Ana I.: *El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista*, Revista Penal, núm. 51, 2023, pp. 242-263.

- ROXIN, Claus: Derecho penal, Parte General, t. 1 *Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, (trad. y notas: Luzón Peña, D., Díaz y García-Conlledo, M. y de Vicente Remesal, J.) Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Un reto para el dolo: los motivos del autor*, en Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid, 2016, pp. 339-363.
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia: *La protección de la igualdad y la no discriminación en el Código Penal. Errores y aciertos de las últimas reformas*, IgualdadES, núm. 9, 2023, pp. 143-173.

**29. EL DELITO DE REVELACIÓN DE INFORMACIONES NO
SECRETAS YA CONOCIDAS: COMENTARIO DE LA SENTENCIA
NÚM. 1000/2025 DEL TRIBUNAL SUPREMO
(CASO FISCAL GENERAL)**

EDUARDO RAMON RIBAS
Catedrático de Derecho Penal
Universitat de les Illes Balears

**I. SENTENCIA 1000/2025, DE 9 DE DICIEMBRE, DEL TRIBUNAL
SUPREMO: HECHOS PROBADOS**

Estos son los hechos declarados probados por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa seguida por (entre otros) un delito del artículo 417 del Código Penal contra Álvaro García Ortiz, Fiscal General (entonces) del Estado.

«En el año 2022, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) inició una actuación inspectora del Impuesto sobre Sociedades de la mercantil Maxwell Cremona S. L., de la que era administrador único el Sr. González Amador. Al surgir indicios de la comisión de posibles delitos fiscales relativos a los ejercicios de 2020 y 2021, las actuaciones fueron remitidas al Ministerio Fiscal.

El 2 de febrero de 2024, el abogado del Sr. González Amador, D. Carlos Neira, dirigió un correo electrónico a la Sección de Delitos Económicos de la Fiscalía Provincial de Madrid y a su Fiscal Jefe con el siguiente contenido:

“Estudiado el asunto, y de común acuerdo con Alberto González, les comunico que es voluntad firme de esta parte alcanzar un acuerdo de con-

formidad penal, reconociendo íntegramente los hechos (ciertamente se han cometido dos delitos contra la Hacienda Pública), así como proceder a resarcir el daño causado pagando íntegramente la cuota e intereses de demora a la AEAT”.

Recibido el correo por el fiscal encargado del asunto, el Sr. Salto Torres, se inició entre éste y el Letrado Sr. Neira un intercambio de comunicaciones orientadas a explorar la viabilidad de la conformidad.

El 5 de marzo, el Ministerio Fiscal presentó denuncia ante el Decanato de los Juzgados de Madrid, donde fue repartida el 12 de marzo. Este mismo día 12, el Sr. Salto Torres remitió al Letrado Sr. Neira copia de la denuncia “para facilitar el derecho de defensa”.

El 7 de marzo de 2024, el Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, Sr. Villafañe, solicitó a la Fiscal Provincial de Madrid, D.^a Pilar Rodríguez, remisión íntegra del expediente relativo al Sr. González Amador, documentación que recibió al día siguiente. También se remitió copia a la Fiscal Superior de Madrid, D.^a Almudena Lastra.

El 12 de marzo de 2024, a las 06:01 horas, elDiario.es publicó la noticia sobre la presunta defraudación tributaria atribuida al Sr. González Amador, incorporando información del expediente tributario y datos contenidos en la denuncia formulada por la Fiscalía.

A las 21:29 horas del 13 de marzo, el diario El Mundo publicó una noticia, informando de que el día anterior el Ministerio Fiscal había ofrecido un pacto de conformidad al Sr. González Amador, pareja de la presidenta de la Comunidad de Madrid, reproduciendo parte de un correo electrónico remitido por el fiscal encargado del caso en el que se afirmaba: “podemos llegar a un acuerdo si usted y su cliente quieren”.

Esta información, unida a los mensajes difundidos en redes sociales por D. Miguel Ángel Rodríguez, jefe de Gabinete de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, según los cuales la Fiscalía habría retirado el pacto ofrecido (circunstancia no recogida en la noticia de El Mundo y sin otro fundamento que una especulación gratuita del citado), motivó que desde la Fiscalía General del Estado se iniciara de forma inmediata una actuación para conocer lo ocurrido.

El Fiscal General del Estado contactó con la Fiscal Provincial de Madrid, D.^a María Pilar Rodríguez, quien, a su vez, requirió al Fiscal Sr. Salto Torres, que se encontraba en ese momento en un estadio de fútbol, el envío de los correos intercambiados con el abogado del Sr. González Amador. A petición de la Sra. Rodríguez, remitió los correos solicitados.

La Sra. Rodríguez los reenviaría después a la cuenta personal de Gmail del Fiscal General del Estado, tal y como éste le había indicado, así como a la de la Fiscal Superior de Madrid. Los mensajes llegaron a dicha cuenta a las 21:59 y 22:01 horas. Incluían el correo de 2 de febrero de 2024, anteriormente transcrito. Horas más tarde, al advertir el Fiscal General del Estado que faltaba un último correo, la Sra. Rodríguez lo solicitó nuevamente al Fiscal Sr. Salto Torres y se lo remitió, recibéndolo el Sr. García Ortiz a las 23:45 horas.

La información recopilada, concretamente, el correo electrónico de 2 de febrero, fue comunicado desde la Fiscalía General del Estado, con intervención directa, o a través de un tercero, pero con pleno conocimiento y aceptación por parte del Sr. García Ortiz, al periodista de la Cadena SER, D. Miguel Ángel Campos, lo que permitió que, en el programa Hora 25, se difundiera un avance informativo (23:25 horas) que afirmaba: “...el abogado del novio de Ayuso ofreció a la Fiscalía llegar a un pacto en el que se declara culpable para evitar el juicio”.

El periodista intervino, en directo, indicando haber tenido acceso al correo remitido a la Fiscalía, en el que “se propone un pacto, un acuerdo de conformidad, para saldar la deuda con Hacienda, que implicaría asumir la condena por dos delitos fiscales y pagar la cantidad adeudada”, reiterando la expresión “ciertamente se producen” dos delitos fiscales. Añadió que la Fiscalía publicaría, en las horas siguientes, una nota informativa. A continuación, el director del programa y el redactor Miguel Ángel Campos dialogaron entre sí reproduciendo la noticia, concretamente, “delitos fiscales que ciertamente se han producido”, en expresión que el periodista aseveró ser textual del correo electrónico.

A las 23:51 horas, la Cadena SER publicó en su web la noticia titulada “El novio de Ayuso ofreció a la Fiscalía llegar a un pacto de conformidad declarándose culpable de dos delitos para evitar el juicio”, transcribiendo expresamente el contenido del correo electrónico: “reconocer íntegramente los hechos” y “ciertamente se han cometido dos delitos contra la Hacienda Pública”. Se señalaba también que la Fiscalía preparaba un comunicado para su difusión en las horas siguientes.

Era la primera vez que se reproducía públicamente el texto completo del correo de 2 de febrero, aunque el programa de radio, sin la textualidad que sí empleó en la página web de la emisora, había anticipado su contenido sustancial.

Esa misma noche, la directora de comunicación de la Fiscalía General del Estado, siguiendo instrucciones expresas del Fiscal General del Estado que le dictaba algunos pasajes, redactó una nota informativa para su difusión a las 10:00 horas del día siguiente.

Su contenido literal era el siguiente: “Madrid, 14 de marzo de 2024. Ante las informaciones publicadas en varios medios de comunicación en relación

con la denuncia interpuesta por la Fiscalía Provincial de Madrid contra el Sr. González Amador, debe ponerse de manifiesto lo siguiente:

1.º El día 23 de enero de 2024 la Sección de Delitos Económicos de la Fiscalía Provincial Madrid abrió unas diligencias de investigación penal como consecuencia del escrito-denuncia remitido por la Agencia Tributaria en la que ponía en conocimiento del Ministerio Fiscal hechos que podrían ser constitutivos de delitos de defraudación tributaria y falsedad documental.

2.º El día 2 de febrero de 2024 el Letrado defensor del Sr. González Amador se puso en contacto, vía correo electrónico, con la Fiscalía Provincial de Madrid (12:45 horas) para proponer un pacto con el Ministerio Fiscal a fin de reconocer los hechos delictivos y conformarse con una determinada sanción penal. Esta propuesta de conformidad realizada por el Letrado defensor reconocía la autoría del Sr. González Amador de la comisión de ‘dos delitos contra la Hacienda Pública por el Impuesto sobre Sociedades, 2020 y 2021’.

3.º El día 7 de febrero de 2024 el fiscal especialista en delitos económicos encargado del asunto dictó Decreto de conclusión de las diligencias de investigación incoadas para esclarecer los hechos denunciados por la Agencia Tributaria. En este Decreto se acordó la interposición de denuncia contra el Sr. González Amador y otros por ‘delitos de defraudación tributaria y falsedad documental’.

4.º El día 12 de febrero de 2024 (11:34 horas) el fiscal contestó por correo electrónico al Letrado defensor del Sr. González Amador y le manifestó que tomaba nota ‘de la voluntad de su cliente de reconocer los hechos y satisfacer las cantidades presuntamente defraudadas’, sin que considere que la existencia de otras personas implicadas en la defraudación al erario público denunciada por la Agencia Tributaria pudiera ser un obstáculo para alcanzar una conformidad penal.

5.º El día 13 de febrero de 2024 el fiscal encargado del asunto interpuso la denuncia contra el Sr. González Amador y otros cuatro individuos, así como contra ocho sociedades mercantiles, por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública, relativos al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2020 y 2021, y un delito de falsedad en documento mercantil.

6.º El día 20 de febrero de 2024 la Fiscalía Provincial de Madrid remitió la denuncia interpuesta contra el Sr. González Amador y otros al Juzgado de Instrucción Decano de Madrid.

7.º El día 5 de marzo de 2024 el Juzgado de Instrucción Decano de Madrid registró la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal.

8.º El día 12 de marzo de 2024 el fiscal encargado del asunto remitió la denuncia por correo electrónico al Letrado del Sr. González Amador ‘para facilitarle el derecho de defensa’ y le reiteró, como ya hizo el día 12 de febrero, que la existencia de otras personas denunciadas en este procedimiento no constituye un obstáculo para que se pudiera alcanzar una conformidad penal.

En definitiva, el único pacto de conformidad, con reconocimiento de hechos delictivos y aceptación de una sanción penal, que ha existido hasta la fecha es el propuesto por el Letrado del Sr. González Amador al fiscal encargado del asunto en fecha 2 de febrero de 2024”.

La referida nota adelantándose tres horas a su difusión oficial, fue publicada por el diario EL PAÍS que la habría obtenido proporcionada con autorización del Fiscal General del Estado.

El Fiscal General del Estado contactó telefónicamente sobre las 7 horas del 14 de marzo con la Fiscal Superior de Madrid, D.ª Almudena Lastra, para que su Fiscalía procediera a difundir la nota. La Sra. Lastra, molesta por la filtración producida, en una primera comunicación telefónica preguntó al Fiscal General del Estado si había filtrado la nota, respondiendo éste “eso ahora no importa”. Como la Fiscal no atendió sus siguientes llamadas le dirigió mensajes de WhatsApp en el siguiente sentido:

- 09:25 h: “Almudena, la nota está correcta en fechas y contenido. Hay que sacarla, si tardamos se impone un relato que no es cierto y parece que los compañeros no han hecho bien su trabajo”.
- 09:25 h: “Es imperativo sacarla”.
- 09:28 h: “Nos están dejando como mentirosos”.
- 09:37 h: “Almudena, no me coges el teléfono. Si dejamos pasar el momento nos van a ganar el relato. La actuación de los compañeros y de la Fiscalía es impecable y hay que defenderla”.

Finalmente, la Fiscalía Provincial de Madrid publicó la nota informativa, después de que la Fiscalía de la Comunidad de Madrid se negara a hacerlo al considerar que su contenido no respondía a los criterios habituales de una comunicación pública del Ministerio Fiscal.

Tras la difusión del correo electrónico y la publicación de la nota, diversos medios de comunicación y miembros del Gobierno calificaron al Sr. González Amador como “delincuente confeso”. El procedimiento penal que se sigue contra él está en tramitación en un Juzgado de Madrid».

II. TIPICIDAD DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS

1. Las conductas típicas: revelación de secretos y revelación de informaciones –no secretas– que no deban ser divulgadas

«Los hechos declarados probados», dice el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Tercero, «son legalmente constitutivos de un delito del artículo 417.1 del Código Penal, en su modalidad de revelación de datos que no deban ser divulgados por autoridad o funcionarios públicos y que hayan sido obtenidos en el ejercicio de su cargo».

El referido artículo 417, ubicado en el Capítulo IV (De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos) del Título XIX (Delitos contra la Administración Pública) del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal, prevé en su primer número el castigo (con pena de multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años) de «la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados».

La pena se agrava muy sensiblemente (prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 5 años) «si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero».

Finalmente, dispone el artículo 417.2 que, «si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años». Curiosamente se prevé la imposición de una pena de prisión de 2 a 4 años, pero desaparece la inhabilitación, sustituida por pena de suspensión de empleo o cargo público.

Aunque la rúbrica del Capítulo en el que se ubica el artículo 417 alude a la *Violación de secretos*, la sentencia hace una hábil distinción que, de hecho, es autorizada por el tenor literal del artículo 417.1. En efecto, este precepto tipifica, dice el Alto Tribunal, dos conductas distintas:

— Revelar secretos de los que la autoridad o funcionario tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados.

— Revelar informaciones, no secretas, de los que la autoridad o funcionario tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados.

«La comisión del delito del artículo 417.1 requiere la revelación de secretos, o de una información, que no deba ser divulgada y de la que se haya tenido conocimiento por razón del cargo (STS 493/2014, de 11 de junio, con cita de la STS 67/2013, de 30 de enero)», dice la sentencia. Dado que «el tipo penal prevé un tipo agravado para el caso de que resultara un grave daño para la causa pública», sigue diciendo la sentencia, «en el tipo básico “hay que ponderar que el daño se tendría por producido con realizar la conducta típica que, salvo supuestos de ausencia de lesividad, es dañina intrínsecamente” (STS 493/2014, de 11 de junio)».

Acto seguido se afirma que «los hechos probados permiten constatar la existencia de este delito, pues se revelaron datos reservados, de los que el Fiscal General del Estado tenía conocimiento por razón de su cargo». «Esta divulgación, por otro lado, se materializa tanto por la filtración del correo, como por la publicación de la nota informativa, que constituyen, en realidad, una unidad de acción. La nota consolida la filtración iniciada por el correo, en realidad la “oficializa”». Principio del formulario

El Tribunal Supremo destaca la necesidad de diferenciar las dos conductas que tipifica el artículo 417.1: declara, en primer término, que lo divulgado no es un secreto¹ e, inmediatamente después, que «conviene insistir en que el tipo objetivo se dibuja en el artículo 417 del CP en términos alternativos –secretos o informaciones–»².

En suma, la primera conducta consiste en revelar secretos; la segunda, en revelar informaciones que no deban ser divulgadas, aunque no sean secretas (se hace, de este modo, una interpretación que no vacía la diferenciación introducida por el legislador), sino todo lo contrario: aunque sean conocidas.

El Tribunal Supremo, en efecto, razona en este último sentido: «Así delimitado uno de los elementos del tipo objetivo se hace más fácil dar respuesta a la insistente línea argumental que indica que lo que ya ha sido divulgado no merece la protección dispensable a la información secreta o reservada, que todo aquello que ya es conocido por el público se sitúa extramuros de la tutela

¹ «El correo electrónico de 2 de febrero de 2024, en el que el Sr. González Amador, a través de su Abogado D. Carlos Neira, expresaba su disposición a iniciar un expediente de conformidad, no puede calificarse de secreto. Se trata de una información de la que se desprende el remitente y que tiene por destinatarios al Ministerio Fiscal y al defensor institucional de la Hacienda Pública.

Evidentemente no es un secreto, pero el acceso al contenido del correo sólo se explica y entiende por tratarse de una información obtenida por razón del cargo y que no debe ser divulgada».

² «El tantas veces mencionado correo electrónico de 2 de febrero de 2024, luego transcrito en sus pasajes más relevantes en la nota de prensa redactada conforme a las indicaciones del Fiscal General, no era un secreto, pero era una información relevante para no comprometer el derecho a la presunción de inocencia de quien muestra al Fiscal su disposición a iniciar un expediente de conformidad».

penal que se dispensa a informaciones que puedan comprometer el derecho a la presunción de inocencia. No asumimos este planteamiento».

«El deber de confidencialidad del Fiscal General del Estado –en términos generales, de cualquier funcionario del Ministerio Fiscal– no desaparece por el hecho de que la información que él conoce por razón de su cargo ya ha sido objeto de tratamiento público. El que otros medios de comunicación, como se arguye, como la Sexta, elDiario.es, la cadena SER o El Plural –en el caso de que resultara acreditado como hecho cierto–, ya dispusieran del correo electrónico de 2 de febrero de 2024, ya fuera en su formato original, ya en información sobre su contenido, no neutraliza el deber de confidencialidad del Fiscal General del Estado. Sobre el Sr. García Ortiz pesaba un reforzado deber de reserva que quebrantó sin justificación».

Para que no existan dudas: «Dicho con la consciente simpleza que ofrecen los ejemplos, el conocimiento por muchos vecinos y compañeros de trabajo de que una persona padece una enfermedad de transmisión sexual no exonera de responsabilidad al médico que, con acceso privilegiado a la historia clínica, lo confirma frente a aquellos que dudaban de la información. El cirujano plástico que ha operado a una celebridad y cuyo cambio físico ha generado el debate público acerca de si su nuevo aspecto es o no fruto de una intervención quirúrgica, o cualquier acto médico, nunca podría terciar en la polémica confirmando o desmintiendo la realidad de esa operación. Si lo hiciera, incurriría en responsabilidad criminal».

En el Voto Particular, sin embargo, se destaca que esta es una interpretación novedosa del artículo 417.1. O, dicho de otro modo, el Tribunal Supremo inaugura una línea interpretativa que se aparta de su doctrina precedente.

En dicho Voto Particular la atención se centra, en primer término, no en la distinción entre *secretos* e *informaciones*, sino en el verbo nuclear típico: revelar. Se explica que este término significa, según la primera acepción de la RAE, «descubrir o manifestar lo ignorado o secreto».

«En este caso, antes de que el Fiscal General tuviera acceso al correo de 2 de febrero, se conocía públicamente su contenido. Entendemos, como hemos señalado, que no existe prueba alguna de que fuera él o personal de su entorno y con su aquiescencia quien facilitara al periodista de la Cadena Ser el texto del mensaje o incluso copia de este. Pero, aun así, separar la información de su soporte, comporta una confusión que afecta de modo nuclear a la tipicidad de la conducta».

«En concordancia con lo anterior», siguen diciendo las autoras del voto particular, «esta Sala de forma reiterada ha dicho –siendo los ejemplos más recientes las SSTS 130/2024, 8 de febrero y 278/2022, de 22 de marzo– que se

exige que la información cuya divulgación pueda ser castigada penalmente deba ser equiparable a la del secreto, el legislador pone ambos objetos en pie de igualdad, el secreto y las informaciones, lo que comporta la necesidad de no incriminar la mera infracción de un deber estatutario de funcionario público o sectorial, como es en este caso, el deber estatutario de confidencialidad del Ministerio Fiscal».

Se denuncia, en definitiva, una fractura de la doctrina seguida por el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 417.

Es preciso, además, para ser perfectamente transparentes, destacar que la RAE ofrece una segunda acepción del término revelar: «Proporcionar indicios o certidumbre de algo». Y se citan algunos sinónimos: evidenciar, demostrar, traslucir.

Esta segunda acepción entronca perfectamente con lo afirmado por el Tribunal Supremo, el cual, como hemos visto, declara que la divulgación «se materializa tanto por la filtración del correo, como por la publicación de la nota informativa, que constituyen, en realidad, una unidad de acción. La nota consolida la filtración iniciada por el correo, en realidad la “oficializa”». Cabría afirmar, desde otra perspectiva, que la nota informativa *oficializa* no ya la filtración *iniciada* por el correo, sino, si ya se conocía por otras personas desde antes el contenido de dicho correo, las informaciones que ya eran públicas. Principio del formulario

En conclusión: la interpretación realizada por el Tribunal Supremo es *literalmente admisible*, aunque, según se denuncia en el Voto Particular, se aparta de la sólida línea jurisprudencial precedente.

2. Antijuridicidad material: la lesividad típica

La adecuación a tipo de una conducta, como sabemos, no se conforma con su subsunción literal en el supuesto de hecho descrito en la ley: es preciso, además, probar la afección del bien jurídico protegido, susceptible de manifestarse en forma de lesión o de peligro.

El Tribunal Supremo, obviamente, no lo ignora, e intenta fundamentar la tipicidad de la conducta enjuiciada desde esta perspectiva: «En este ejercicio de ponderación la Sala no puede conformarse, claro es, con el análisis de la mera antijuridicidad formal. No podemos limitarnos a calificar como constitutiva de delito una conducta por el simple hecho de que esté en contradicción con la literalidad de la norma que le ofrece cobertura típica. El principio de

lesividad –tantas veces subrayado por esta Sala en una jurisprudencia de innecesaria cita– exige una afectación real y relevante del bien jurídico protegido».

«En el presente caso», dice la sentencia, «la antijuridicidad material de los hechos imputados está fuera de cualquier duda. Son imaginables, desde luego, conductas de menor trascendencia en la erosión al bien jurídico protegido. Por ejemplo, que la difusión del correo electrónico se hubiera producido en un círculo mucho más reducido o que no alcanzara a ser conocido por el órgano de enjuiciamiento. Sin embargo, la difusión radiofónica de la nota de prensa en la que se transcribía la literalidad del contenido del correo, su impacto mediático en redes sociales y el debate político que siguió a su conocimiento por terceros, no permiten entender que estamos en presencia de un problema de responsabilidad disciplinaria –impune a vista de su inaplicación al fiscal General del Estado– o ante un mero supuesto de antijuridicidad formal sin encaje en el tipo previsto en el artículo 417 del CP».

Mediante estas reflexiones se intenta fundamentar, ciertamente, la existencia de una antijuridicidad material, a la cual, sin embargo, no se le exige mucho para estimarla concurrente. Recordemos que el Tribunal Supremo, remitiéndose a su sentencia 493/2014, de 11 de junio, afirma, dado que el artículo 417 contiene un tipo agravado aplicable cuando *de la revelación resultara grave daño para la causa pública o para tercero*, «en el tipo básico “hay que ponderar que el daño se tendría por producido con realizar la conducta típica que, salvo supuestos de ausencia de lesividad, es dañina intrínsecamente” (STS 493/2014, de 11 de junio)».

Esta última expresión aproxima inevitablemente la antijuridicidad material a la formal: el tipo descrito en el artículo 417.1, primer párrafo, en este caso revelar informaciones que no deban ser divulgadas, se entiende realizado *cuando no resulta grave daño para la causa pública o para un tercero*, o, dicho con otras palabras, la conducta es *dañina intrínsecamente*. Esta afirmación, cierto es, no es nueva, no es utilizada por primera vez en la sentencia que nos ocupa.

Creo razonable, dicho ello, sostener que el tipo básico requerirá constatar la causación de un *daño para la causa pública o para un tercero*; eso sí, un *daño no grave*, pues, si lo fuere, se aplicaría el tipo agravado.

En la referida sentencia 493/2014, el Tribunal Supremo, ante la alegación de que se había aplicado indebidamente el artículo 417.1 del Código Penal por faltar la constatación del resultado consistente en el daño a la causa pública, remitiéndose a la sentencia 67/2013, de 30 de enero, declaró lo siguiente: «La comisión del delito requiere la revelación de una información, que no deba de ser divulgada y de la que se haya tenido conocimiento por razón del cargo. Y

existiendo un subtipo agravado para el caso de que resultara grave daño para la causa pública, en el tipo básico, hay que considerar que el daño se tendría por producido con realizar la conducta típica que, salvo supuestos de ausencia de lesividad, es dañina intrínsecamente».

Evitar que la constatación de la antijuridicidad formal suponga al mismo tiempo la de la antijuridicidad material solo es posible, dice el Alto Tribunal, en *supuestos de ausencia de lesividad*. La línea, por supuesto, es muy fina, pero existe.

En resumen: la revelación de información de la que la autoridad o funcionario público tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, y *que no deba ser divulgada*, es una conducta *dañina intrínsecamente*, salvo, por supuesto, si no lo es, es decir, en casos de *ausencia de lesividad*. Esta, eso sí, debe ser presumida, pues, en tanto elemento del tipo penal, opera la presunción de inocencia impuesta por la Constitución.

¿Hubo daño en el caso sentenciado o estamos ante un caso de ausencia de lesividad?

El Tribunal Supremo no se limita a decir que la conducta del Fiscal General del Estado es dañina intrínsecamente, pues considera afectados derechos fundamentales:

«La divulgación descrita se subsume en el tipo penal porque supone la afectación de derechos fundamentales de la persona a la que se refería y, por ello, comprometió o afectó al funcionamiento de la institución misma, esto es, a la Fiscalía General del Estado, garante de tales derechos.

Así se colma la necesidad de una cierta legitimidad mixta que late en el precepto; es un delito contra la Administración Pública que, a la vez o, además, vulnera derechos fundamentales».

¿Cuáles son los derechos fundamentales afectados? «Se produce la lesión a los derechos fundamentales del imputado si la información que se divulga por la autoridad o funcionario hace aparecer a una persona como culpable de un delito cuando, hasta el momento, solo es sospechosa de su comisión o, únicamente, ha sido denunciada. Porque, aun cuando la información ya hubiera sido divulgada, total o parcialmente por terceros, el riesgo de quiebra de la presunción de inocencia permanece inalterable y con ello, el carácter reservado de la información que, como hemos dicho, es un concepto de naturaleza funcional destinado a la protección, entre otros, de este derecho fundamental. De esta manera, el criterio para determinar el carácter reservado de la información que se divulga no sería tanto el conocimiento previo, o no, de la misma por terceros, cuanto la afectación que dicha divulgación tiene en los derechos

de las personas a las que se refiere la información, precisamente por quien es garante de su observancia»³.

Estas últimas reflexiones del Tribunal Supremo evidencian algunas *dudas* por su parte; vuelve a insistir, en efecto, en la idea de que, aunque la información fuese *total o parcialmente conocida por terceros*, el riesgo de vulneración del principio de presunción de inocencia «permanece inalterable». ¿De verdad es así?

En la sentencia se afirma lo siguiente: «El sujeto investigado que, por evitar el juicio o cualquier otro interés legítimo, procura la conformidad, realiza un reconocimiento de la culpabilidad en el hecho investigado que, en el marco en el que se desarrolla, debe permanecer confidencial para evitar que, si esta no se alcanzara, el reconocimiento manifestado no perjudique su derecho de defensa y su derecho, también fundamental, a la presunción de inocencia. Los protocolos firmados, las normas que surgen de las instrucciones del Ministerio Fiscal y la Directiva acotada, así lo disponen y es una exigencia que resulta del contenido esencial de los derechos fundamentales indicados».

Se destaca, asimismo, después de citar el artículo 6, apartado 2 del CEDH (que «garantiza a toda persona no ser designada ni tratada como culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido acreditada por un tribunal»), que «la presunción de inocencia se menoscaba mediante declaraciones o decisiones que reflejen el sentimiento de que la persona es culpable, que inciten al público a creer en su culpabilidad o que prejuzguen la apreciación de los hechos por el juez competente».

El problema es que, si los hechos son conocidos de forma general y también, por tanto, por el juez competente, su posterior divulgación no incorpora ya el daño con el que amenaza una difusión no autorizada de información: este, en realidad, ya se produjo. Solo restaría afirmar que la divulgación por parte del Fiscal General *oficializa lo que ya se conocía*.

Deberá convenirse en que, si es así, el daño inherente a la conducta formalmente típica es ya menos grave que si no fuera conocido; probablemente,

³ Dado que el tipo básico exige la producción de un daño, y que el referido es el que permite entenderlo realizado, el Tribunal Supremo considera que no se puede aplicar el tipo agravado *recuperando* dicho daño, pues sería valorados doblemente: «Esa consideración de afectación de derechos fundamentales nos impide subsumir la conducta en el párrafo segundo, el grave daño para la causa pública o para tercero, pues conformamos la tipicidad con la revelación de datos reservados que comprometen los derechos procesales de un ciudadano. El grave daño para la causa pública o para un tercero, en este caso, ya aparece recogido en la subsunción del apartado primero del artículo 418 CP».

En realidad, a mi juicio, si realmente se hubiera producido un *grave daño para la causa pública o para tercero*, no debería haber inconveniente en aplicar dicho tipo agravado: el tipo básico se conformaría con la producción de un *daño no grave*; si lo fuere, sería aplicable el tipo agravado.

incluso, si la información que se ha publicado es muy fiable, insuficiente para colmar la lesividad propia del tipo básico.

En el Voto Particular se afirma esto último, si bien sobre la base de subrayar la *elegancia, delicadeza* y objetividad de la nota informativa que ordenó publicar el Fiscal General: «En este contexto, surgen objeciones: una, de lesividad material, pues es difícil identificar en qué medida se lesiona el derecho del perjudicado a la presunción de inocencia por parte de la Fiscalía (...), pues lo que se divulga no comporta ningún juicio anticipado de culpabilidad, más allá de la propia voluntad proyectada por el letrado del Sr. González Amador, previamente divulgada por los medios, sin que sea equiparable el tratamiento dado posteriormente por la prensa de “delincuente confeso” o “defraudador confeso”, al de culpable o condenado. Lo importante es, por un lado, que la citada expresión no es utilizada por el Fiscal General en la nota publicada, persona que es quien tiene el deber especial de respetar la presunción de inocencia, sino que es empleado en términos periodísticos o coloquiales, por la prensa o por determinados políticos. Sin duda, hay que tener en cuenta para valorar si la declaración implica una violación del principio de presunción de inocencia, el contexto en el cual la declaración ha sido formulada, y en el supuesto, por las razones expuestas no apreciamos lesividad».

La clave no es la que se subraya en el Voto Particular, sino si el órgano juzgador llega a tener conocimiento de que la defensa está dispuesta a asumir la culpabilidad, lo cual evidenciaría una cierta *fragilidad* de su posición defensiva.

Con los datos proporcionados por el relato de hechos probados, asumidos en todo momento en el presente comentario de la sentencia objeto de análisis, ¿es posible afirmar que ya era conocida la divulgación de información atribuida al Fiscal General?

El Tribunal Supremo afirma que no, pero repetidas veces asegura que en realidad es irrelevante que fuera así, muy probablemente porque es conocedor de que ese es un punto *vulnerable* de su resolución.

3. Presunción de inocencia, in dubio pro reo y *aceptación*

Ya para concluir es obligado hacer referencia a una importantísima afirmación hecha en el relato de hechos probados que da soporte a toda la condena: «La información recopilada, concretamente, el correo electrónico de 2 de febrero, fue comunicado desde la Fiscalía General del Estado, con intervención directa, o a través de un tercero, pero con pleno conocimiento y aceptación por parte del Sr. García Ortiz, al periodista de la Cadena SER, D. Miguel

Ángel Campos, lo que permitió que, en el programa Hora 25, se difundiera un avance informativo (23:25 horas) que afirmaba: "...el abogado del novio de Ayuso ofreció a la Fiscalía llegar a un pacto en el que se declara culpable para evitar el juicio"».

Con intervención directa, o a través de un tercero, pero con pleno conocimiento y aceptación por parte del Sr. García Ortiz, al periodista de la Cadena Ser, D. Miguel Ángel Campos.

Desde la perspectiva impuesta por el principio de presunción de inocencia es obligado, ante la duda expresada por el Tribunal Supremo, concluir que la comunicación se realizó *desde la Fiscalía general del Estado por una tercera persona distinta del Fiscal General*, quien, sin embargo, tenía pleno conocimiento de ello y lo aceptó: no se declara, es muy importante advertirlo, que el tercero actuara por orden del Fiscal General o a instancias suyas; el Fiscal General, simplemente, conocía el hecho y lo aceptaba.

Con otras palabras: si el Tribunal desconoce si el autor de la filtración fue el Fiscal General o un tercero, fue un tercero; y si simplemente tenía conocimiento de ello, él no fue el inductor ni cooperó. Se podría plantear, a lo sumo, una intervención omisiva: debería haber impedido la comisión de un delito, lo cual implicaría conocer que efectivamente se cometía. Pero, en tal caso, en el relato de hechos probados deberían aparecer los elementos que fundamentan la posición de garante, la posibilidad de evitar el resultado, el dolo, etc.; e, incluso, debería plantearse si la condena, en tal caso, no excedería los límites impuestos por el principio de acusación: el Fiscal General debería haber tenido la ocasión de rebatir, por ejemplo, la acusación de que ocupaba una posición de garante.

El fragmento citado determina, en fin, la imposibilidad de atribuir al Fiscal General del Estado la filtración del correo electrónico de día 2 de febrero remitido por el abogado del Sr. González Amador, D. Carlos Neira, a la Sección de Delitos Económicos de la Fiscalía Provincial de Madrid y a su Fiscal Jefe.

Resta ahora determinar si pudo incurrir en responsabilidad el Fiscal General por la publicación de la nota informativa. Es sumamente importante observar un hecho consignado en el propio relato de hechos probados:

«Esa misma noche, la directora de comunicación de la Fiscalía General del Estado, siguiendo instrucciones expresas del Fiscal General del Estado que le dictaba algunos pasajes, redactó una nota informativa para su difusión a las 10:00 horas del día siguiente.

La referida nota adelantándose tres horas a su difusión oficial, fue publicada por el diario EL PAÍS que la habría obtenido proporcionada con autorización del Fiscal General del Estado».

Es decir, esta vez sí, con certeza, debe concluirse que la nota informativa era ya pública; lo era desde hacía tres horas. Y se dice que EL PAÍS *la habría obtenido* con autorización del Fiscal General. ¿La habría obtenido? ¿No es seguro? ¿No nos hallamos en el terreno *más allá de toda duda razonable*? ¿Si el Fiscal General no la envió, qué significación penal tiene el hecho de que *autorizara* el envío? Es este, parece obvio, un verbo más *poderoso* que el de *aceptar*, que nos remite, eso sí, pues no hay fundamento para sostener una inducción o una cooperación, a una posible intervención omisiva, con la reiteración de los problemas referidos.

30. ¡ESTO ES UN SINDIÓS! POR LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 525 CP

DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. LALACHUS, EL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS, LA VAQUILLA DEL GRAND PRIX, HAZTE OÍR Y EL ARTÍCULO 525 CP

Era 31 de diciembre de 2024, quedaban unos minutos para el cambio de año. En La 1 de Televisión Española habían encargado el clásico trance de «dar» las campanadas a dos humoristas: David Broncano y Lalachus. Esta última, aprovechando el contexto, decidió hacer un homenaje muy particular a un programa tradicional de la misma cadena, el Grand Prix. Para ello, mostró una imagen del Sagrado Corazón de Jesús en cuyo rostro se había sobreimpresionado la cara de la vaquilla del mencionado programa. Mientras sostenía la cómica estampita en la mano, dijo: «Yo siempre llevo encima mi estampita de la vaquilla del Grand Prix. Es la mejor, escúchame, hemos crecido todos viendo el Grand Prix. Lo importante que es la televisión, la pública en este caso más que ninguna, porque ha hecho que toda la familia esté alrededor de la tele gozando fuerte y además, tú, yo y mucha gente estamos hechos de cachitos de tele».

Al día siguiente, 1 de enero de 2025, la asociación Hazte Oír anunció que iba a solicitar la persecución de ambos humoristas (junto con el presidente de Radio Televisión Española) por los mencionados hechos, en el entendido de que los mismos constituían un delito del artículo 525 CP que, en su primer apartado, castiga con pena de multa a «[...] los que, para ofender los senti-

mientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican».

Algo más de tres meses después, el Juzgado de Instrucción número 4 de Madrid ¹ archivaba la denuncia efectivamente presentada por Hazte Oír en uso de la acción popular, haciendo una interpretación no particularmente restrictiva del artículo 525.1 CP. Según el auto, para que se entienda cometido dicho delito «no basta con ofender los sentimientos religiosos, sino que se requiere que con dicha conducta se haga escarnio de una confesión religiosa, con la intención, además, de ofender los sentimientos religiosos». Y esto último no se habría producido, pues se trataba de un espacio humorístico y generalista en el que no se hizo referencia religiosa alguna y en el que, en cualquier caso, prevalecía el derecho a la libertad de expresión.

Aunque bien está lo que bien acaba, este caso es uno más en el que se repite un esquema similar: alguien hace, implícita o explícitamente, una referencia o crítica religiosa de manera pública, una asociación religiosa presenta una denuncia o querrela contra dicha persona, esta acaba siendo objeto de un proceso penal abocado al fracaso y, sobre todo en los supuestos en los que la persona es famosa, el caso adquiere relevancia mediática. En resumen, una declaración pública con contenido religioso determina la apertura de un breve procedimiento penal que supone, para la persona investigada, un coste multifactorial y, para la sociedad en su conjunto, una prevención a realizar dichos comportamientos. El caso Lalachus como un nuevo síntoma de que algo propio del artículo 525 CP no encaja bien en el contexto de una sociedad democrática (y dejando de lado la regulación actual de la institución de la acusación popular, que daría para otro trabajo).

II. EL ARTÍCULO 525 CP EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

Si pensamos en el ordenamiento nacional, lo cierto es que el actual artículo 525 CP es un heredero directo de los artículos 274 CP'1928, 235.3.º CP'1932, 209 CP'1944 y 209 CP'1973. Estos cuatro preceptos castigaban la conducta deliberada de hacer escarnio religioso o de ultrajar públicamente los dogmas, ritos o ceremonias de una religión. En el caso del CP'1932, se tutelaba cualquier religión que «tuviera prosélitos en España», en los Códigos

¹ Auto de 12 de marzo de 2025, del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid.

de 1928 y 1944 la religión tutelada era exclusivamente la católica, mientras que el CP' 1973 extendió un régimen similar al resto de confesiones reconocidas legalmente. Esta línea temporal se cierra con el artículo 525 CP que, en un entendimiento más pluralista e individualista, no hace distinciones entre confesiones religiosas, siendo delictivo el escarnio público de cualquiera de ellas, aunque, eso sí, ahora exclusivamente si media el ánimo de ofender a personas concretas que profesan dicha religión.

Por supuesto, el artículo 525 CP es un avance frente a la regulación previa de este fenómeno, pues supone romper con una protección institucional del factor religioso (es decir, de las confesiones religiosas como colectivos) para pasar a, desde una perspectiva individualista, tutelar los sentimientos religiosos particulares (es decir, de los concretos integrantes de una confesión) derivados de cualquier creencia de esta naturaleza. Pero este avance, desde mi punto de vista, no supone un completo acompasamiento con la relación que, tras la aprobación de la Constitución Española, el Estado guarda con las confesiones religiosas, ni tampoco con el papel central que la Carta Magna otorga a las libertades de expresión y creación. De manera sintética, se podría decir que mientras que nuestro ordenamiento constitucional y la sociedad española han ido evolucionando hacia una desvinculación del fenómeno religioso y una preferencia por las libertades expresivas, el Código Penal se ha quedado anclado en una visión previa en la que las confesiones religiosas y sus miembros ven reconocido un estatus especial.

Si en vez de mirar a nuestra legislación previa, miramos a la legislación de los países de nuestro entorno, la situación dista de ser homogénea. Es cierto que el artículo 525 CP encuentra preceptos muy similares, por ejemplo, en Italia (art. 402 CP de Italia), Austria (§ 188 CP de Austria), Finlandia (sección 11 CP de Finlandia) o Países Bajos (sección 147 CP de Países Bajos). Pero esto es realmente una rareza, pues si miramos al resto de países referentes dentro de la Unión Europea, lo más frecuente es una de estas dos situaciones: que no se prevea un delito similar o que se prevea pero con un ámbito de aplicación objetivamente mucho más restringido.

No hay nada parecido a un delito de escarnio público de creencias religiosas en estados como Francia, Suecia o Irlanda. Y sí que se encuentra un tipo similar pero con un ámbito típico menor en Alemania, Portugal, Bélgica o Polonia. En los dos primeros países, el escarnio público de dogmas religiosos es solo un primer requisito típico del precepto en cuestión, siendo además necesario que dichas manifestaciones sean idóneas para alterar la paz pública (§166 CP de Alemania y artículo 251 CP de Portugal). En el caso de Polonia y Bélgica, la restricción típica se produce por otra vía: no es sufi-

ciente con que se produzca una ofensa pública a sentimientos religiosos sino que es necesario que la misma recaiga sobre un objeto de culto (art. 144 CP de Bélgica) o sobre un objeto o lugar con significado religioso (art. 196 CP de Polonia).

La mirada a nuestro entorno tampoco da un apoyo claro a la decisión de nuestro legislador de 1995, no revisada hasta la fecha, de incorporar a nuestro Código un precepto como el artículo 525 CP que, por su propia configuración, más bien parece corresponderse con un momento histórico-constitucional pasado.

III. EL ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU CORRELATIVA PROTECCIÓN PENAL

Todo lo dicho no pone en cuestión, en ningún sentido posible, la importancia del derecho fundamental a la libertad religiosa ni tampoco la necesidad de su protección penal. Para comenzar porque los artículos 16.1 y 2 CE son diáfanos en esta cuestión, reconociendo una garantía fuerte de dicho derecho, que es completa en lo privado y muy amplia en sus manifestaciones públicas (solo imponiéndose allí el respeto al mantenimiento del orden público).

Como ha reiterado de manera continua la jurisprudencia del Tribunal Constitucional², el derecho a la libertad religiosa posee una doble dimensión: la dimensión interna, que «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual»; y la dimensión externa «de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros», lo que se traduce «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades».

Como también destaca la jurisprudencia constitucional³, «[l]a Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, de acuerdo con el citado precepto y con los textos internacionales (art. 18 de la Declaración universal de derechos humanos, artículo 9.1 del Convenio europeo de derechos humanos, y artículo 18.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos), delimita el contenido de la libertad religiosa y de culto, abarcando la libertad

² Vid. entre otras, las más recientes SSTC 34/2011, 192/2020, 26/2024, 132/2024.

³ Por ejemplo, STC 192/2020.

de profesar, cambiar, y abandonar la religión o creencia, así como la libertad para manifestar las creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en relación, entre otros, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades (art. 2.1). Se crean así las condiciones adecuadas para el pleno ejercicio de dicho derecho y, en todo caso, como señalan los mismos textos internacionales, la libertad de manifestar la propia religión, convicciones o creencias está sujeta a las limitaciones prescritas por la ley necesarias para proteger los derechos y libertades fundamentales de los demás (art. 3)».

La tutela penal de todo ello queda garantizada sobradamente por los artículos 522-524 CP que, de manera general, se aseguran de que cualquier ciudadano pueda ejercer este derecho sin verse sometido a interferencia alguna, tanto en su vertiente interna como externa. Sin embargo, ni el artículo 16 CE ni el artículo 2.1 LO 7/1980 incluyen dentro del derecho a la libertad religiosa una especie de intangibilidad de los sentimientos íntimos de las personas creyentes. Es decir, todos los ciudadanos tenemos libertad de elección, ejercicio y manifestación de nuestras creencias religiosas, pero eso no alcanza a un pretendido derecho de inmunidad de estas creencias frente a la crítica o la burla que pueda ofender los sentimientos de sus seguidores. Por ello, de lo que se encarga el artículo 525 CP no es de tutelar el derecho a la libertad religiosa, pues a ninguna persona se le impide practicar su religión, se le obliga a modificar sus creencias religiosas o se le limitan las posibilidades de manifestarlas libremente a través de las conductas típicas previstas en el mencionado precepto.

Además, y desde el otro lado de este fenómeno, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 10 CEDH en un sentido muy amplio también en lo que tiene que ver con las manifestaciones de contenido religioso. Literalmente, entiende que «[a]quellos que ejercitan el derecho a manifestar su religión bajo el artículo 9 CEDH, con independencia de que lo hagan como miembros de una mayoría religiosa o de una minoría, no pueden esperar la exención de toda crítica. Deben tolerar y aceptar que otros rechacen sus creencias religiosas e incluso la propagación por parte de terceros de doctrinas que sean hostiles con su propia fe»⁴. En cualquier caso, es cierto también que la mencionada jurisprudencia reconoce la existencia de un amplio margen de aprecia-

⁴ SSTEDH as. Otto-Preminger-Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994; as. İ. A. c. Turquía, de 13 de septiembre de 2005; as. Aydın Tatlav c. Turquía, de 2 de mayo de 2006; as. Sekmadienis c. Lituania, de 31 de abril de 2018; as. Rabczewska c. Polonia, de 30 de enero de 2023.

ción por parte de los Estados a la hora de dar una solución a los potenciales conflictos entre la libertad de expresión y la posible ofensa a las convicciones personales íntimas relacionadas con la moral o la religión⁵, aceptando que las autoridades locales están en mejor condición para conocer si una determinada manifestación puede afectar a la paz religiosa en su propio país⁶. Pero dicho esto, lo cierto es que el único límite general que la jurisprudencia europea impone a la libertad de expresión en materia religiosa es la práctica del discurso del odio, es decir, la realización de expresiones que «pretenden diseminar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa»⁷. Esto último, y no nada más intenso, es lo único que vincula de manera fuerte a los estados del Consejo de Europa.

Por lo demás, la estela de la jurisprudencia del TEDH ha sido seguida tanto por el Consejo de la Unión Europea como por la Comisión Europea por la democracia a través del Derecho (la Comisión de Venecia del Consejo de Europa). La primera de estas instituciones, en sus «Orientaciones de la Unión Europea sobre el fomento y la protección de la libertad de religión y creencias», de 24 de junio de 2003, abordó la posible intervención del *ius puniendi* en este campo, entendiendo que solo debe criminalizarse el delito de odio por motivos religiosos, quedando el resto de expresiones de contenido religioso cubiertas por el derecho a la libertad de expresión (un derecho que, por lo demás, también facultad a los creyentes para combatir las críticas que reciban). Por su parte, la Comisión de Venecia, aprobó un informe (de 18 de octubre de 2008) que se hacía cargo de la convivencia entre los derechos a la libertad de expresión y a la libertad religiosa, entendiendo como innecesario e indeseable «crear un delito autónomo de insultos a la religión (es decir, el insulto a los sentimientos religiosos), sin incorporar el elemento de la incitación al odio como componente esencial», entendiendo que «si una expresión o una obra artística no puede ser considerada como incitación al odio, no debería ser objeto de sanciones penales». Por otra parte, también recomendaba suprimir (o no reintroducir) el delito de blasfemia en los ordenamientos de los estados parte.

Tomando todo ello en consideración, creo que se puede entender que nuestro ordenamiento, incluso aceptando los particularismos nacionales, tiene suficientes herramientas para, por un lado, tutelar el contenido del derecho a la libertad religiosa y, por el otro, afrontar los ataques más graves a las

⁵ SSTEDH as. Wingrove c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996; Í. A. c. Turquía, de 13 de septiembre de 2005; as. Murphy v. Ireland, de 10 de julio de 2003; as. Rabczewska c. Polonia, de 30 de enero de 2023.

⁶ SSTEDH as. E. S. c. Austria, de 25 de octubre de 2018; as. Rabczewska c. Polonia, de 30 de enero de 2023.

⁷ SSTEDH as. Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003; as. Rabczewska c. Polonia, de 30 de enero de 2023.

personas creyentes. De lo primero, como mencionaba antes, se encargan muy especialmente los artículos 522-524 CP. A lo segundo hace frente el delito de odio (art. 510 CP), que, entre otras cuestiones, castiga las expresiones públicas que pretendan fomentar o incitar el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un colectivo por motivos religiosos. Pero, además, se cuenta con las distintas herramientas pensadas para tutelar el derecho al honor que, en ciertos extremos, puede verse también afectado por una crítica lanzada contra una persona creyente, y que va desde la tutela civil de este (LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) hasta la aplicación del delito de injurias (arts. 208-210 CP).

VI. LA IMPORTANCIA DE DEROGAR EL ARTÍCULO 525 CP

Todo lo mencionado anteriormente es la explicación principal de dos proposiciones de ley que en este momento se encuentran en tramitación parlamentaria: la Proposición de Ley Orgánica para la protección de la libertad de expresión, presentada por el Grupo Parlamentario Plurinacional Sumar el 29 de septiembre de 2023, y la Proposición de Ley Orgánica de garantía y protección de los derechos fundamentales frente al acoso derivado de acciones judiciales abusivas, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 22 de enero de 2025 (aunque dicha Proposición de Ley fue retirada y vuelta a presentar, con fecha 14 de noviembre de 2025, esta vez sin incorporar modificaciones en la regulación de la acción popular).

Es cierto que estas dos proposiciones abordan materias parcialmente distintas y que, en lo que tiene que ver con las limitaciones a la libertad de expresión por el Derecho penal, la proposición del Grupo Plurinacional Sumar es mucho más ambiciosa. Pero las dos guardan una coincidencia clara: la derogación del artículo 525 CP. Esto, a su vez, es un objetivo que también parece estar en la cabeza del propio Ejecutivo, que en su Plan de Acción por la Democracia (aprobado por Consejo de Ministros el 17 de septiembre de 2024), se compromete a llevar a cabo la siguiente medida: «Abordar una reforma integral de los artículos del Código Penal que pueden afectar al derecho de libertad de expresión y a la creación artística, entre otros casos cuando se refiera a las instituciones del Estado, se trate de delitos contra los sentimientos religiosos o de escarnio público u otros supuestos, con el fin de darles una redacción homologable a los países de nuestro entorno y de atender a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de difamaciones y su encaje legal».

Se trata, además, de propuestas que, en lo que tiene que ver con este precepto concreto, son más que razonables. Y lo son porque, por mucho que aparentemente se trate de una cuestión inocua y poco relevante, el recurso a la querrela por la comisión de este delito está siendo utilizada para disuadir la crítica pública a los dogmas religiosos (y muy significativamente a los de la religión católica) y para imponer una especie de autocensura previa en esta materia a los creadores y, en general, al conjunto de la sociedad.

Es cierto que la gran mayoría de las querellas presentadas por la comisión de este delito tienen un recorrido corto, ya sea porque directamente se inadmiten⁸ o porque se sobreseen y archivan⁹. Esto, sin embargo, es ya una primera forma en la que cristalizan los problemas mencionados en el párrafo anterior, pues implica que, unido a la posible repercusión económica y personal, los querellados sientan de cerca la amenaza de la sanción y todo ello, además, en procedimientos que, por lo excéntrico y políticamente discutible del caso, alcanzan un alto grado de conocimiento público.

Lo más frecuente, sin embargo, es que los hechos denunciados lleguen a enjuiciarse y, eso sí, la sentencia sea absolutoria. Estos casos suponen ya un procedimiento penal completo, que genera repercusiones múltiples en las vidas de los querellados y en los que, llegado el caso, es ya secundaria la existencia o no de condena. Aunque hay muchos ejemplos¹⁰, es importante destacar aquí la Sentencia 448/2019, de 9 de octubre, del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Sevilla, que absolvió a tres mujeres intervinientes en la denominada como «Procesión de la anarcofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos socio-laborales», celebrada el 1 de mayo de 2014. Esta no era más que una manifestación con connotaciones políticas en la que, entre otras cuestiones, se procesionó por las calles del centro de Sevilla una imagen de gran tamaño que reproducía una vagina ataviada como una virgen, y se lanzaron gritos satíricos de contenido religioso (por ejemplo, «la Virgen María también abortaría» o «ni en el nombre del padre, ni del

⁸ Por ejemplo, en los Autos 73/2013, de 24 de enero, de la AP de Madrid (Sección 11.ª); 413/2017, de 30 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Pozuelo de Alarcón; y 865/2017, de 6 de noviembre, de la AP de Barcelona (Sección 5.ª).

⁹ Por ejemplo, en los Autos 112/2005, de 1 de marzo, de la AP de Madrid (Sección 1.ª); 251/2011, de 9 de junio, de la AP de Valladolid (Sección 2.ª); de 4 de mayo de 2017, de la AP de Navarra (Sección 1.ª); de 22 de mayo de 2017, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de A Coruña; y 547/2018, de 30 de julio, de la AP de Las Palmas de Gran Canaria.

¹⁰ Por ejemplo, Sentencias 353/2004, de 7 de junio, de la AP de Sevilla (Sección 4.ª); 367/2005, de 21 de octubre, de la AP de Valladolid (Sección 4.ª); 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid; 346/2013, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sevilla; 211/2018, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Ciudad Real; 365/2018, de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao; 20/2020, de 21 de febrero, del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid.

hijo, sino de nuestro santísimo coño»). En ese supuesto, el Juzgado absolvió a las acusadas porque, aunque se verificó la concurrencia de los elementos objetivos del tipo del artículo 525 CP, no quedó probada la concurrencia del elemento subjetivo especial requerido por el precepto, que no es más que la intención de ofender los sentimientos religiosos de los componentes de una confesión concreta. En palabras, también bastante ofensivas, del magistrado: «Las acusadas participaron en una actividad de protesta que puede gustar o no, que puede ser considerada como una mamarrachada o no, que puede ser compartida o no, pero dicha actividad, absolutamente prescindible y gratuita en sus formas para este juzgador, tenía igualmente una finalidad concreta y era la protesta incardinada en el contexto social propio de aquellas fechas [...] Para efectuar estas protestas, para ensalzar la feminidad, para poner a la mujer en el sitio que le corresponde y que ciertamente merece, no es necesario, a juicio de este juzgador sacar a la calle una vagina de plástico y si se saca, para ensalzar la feminidad de la manera poco glamurosa que acabo de exponer, tampoco es necesario desde luego hacerlo en una ciudad como Sevilla, dotando a dicha vagina de corona, manto, flores a los pies, andas, penitentes, pseudo banda de música e incluso mujeres de mantilla. Pero la finalidad a juicio del juzgador, no era ofender los sentimientos religiosos, y por tanto carecería del elemento subjetivo, a pesar de emplear elementos que objetivamente pueden servir para ello».

Se trata de una resolución muy importante al menos en dos sentidos posibles. Por un lado, porque muestra una forma de razonamiento con relación al artículo 525 CP que es el más frecuentemente utilizado por la jurisprudencia absolutoria: si no se condena por la comisión de este delito es porque se entiende que no concurre el elemento subjetivo del tipo¹¹. Por otra parte, esta resolución del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Sevilla es relevante porque contrasta con la única condena existente por este delito, la que impuso finalmente la Sentencia 226/2021, de 31 de mayo, de la AP de Málaga (Sección 3.ª)¹². Esta última condenó a una participante en la denominada como «Gran procesión del santo chumino rebelde», que se celebró el 8 de marzo de 2013 (fecha, por lo demás, no coincidente con la Semana Santa de ese año) y que recorrió las calles del centro de Málaga. En ella se

¹¹ Por ejemplo, Sentencias 367/2005, de 21 de octubre, de la AP de Valladolid (Sección 4.ª); 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid; 346/2013, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sevilla; 211/2018, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Ciudad Real; 365/2018, de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao.

¹² Y que proviene de la sentencia condenatoria previa de 10 de noviembre de 2020, del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Málaga.

procesionó una reproducción de una vagina de grandes dimensiones ataviada como una virgen y se lanzaron proclamas críticas con contenido religioso (por ejemplo, «viva el santo chumino» o «ni en el nombre del padre, ni del hijo, sino en el de nuestro santísimo coño»). Ante estos hechos, la AP de Málaga entendió que la condenada «limitó su actuación a hacer escarnio de creencias de los cristianos integrantes de la Iglesia Católica con la consiguiente ofensa de sus sentimientos religiosos, o lo que es lo mismo dada la objetividad de la actuación desplegada en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no puede sostenerse en modo alguno que Victoria obrara guiada por un interés público y colectivo de la crítica, sino con la intención o propósito de vilipendiar o escarnecer sentimientos religiosos de los integrantes de la Iglesia Católica».

La posibilidad de que, ante hechos prácticamente idénticos (en las formas, en lo significativo de las fechas de celebración, en el género de las acusadas, en la pretensión de crítica social y política,...), la jurisprudencia pueda hacer interpretaciones tan dispares y que afectan de manera tan intensa al derecho a la libertad de expresión, es otro motivo adicional para la derogación del precepto. No está de más recordar aquí que, además, por el tipo y cuantía de pena asociada al delito en cuestión, la labor nomofiláctica del Tribunal Supremo es prácticamente inexistente, lo que explica que el artículo 525 CP esté operando como un dispositivo que, también por lo amplio de su tenor literal y lo difuso de algunos de sus elementos típicos, reprime de manera preventiva ciertas expresiones políticas y creativas que, en la mayoría de los casos, simplemente tienen la intención de blasfemar y que son (y deben ser) consustanciales a una sociedad democrática.

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo se han dado distintos argumentos para comprometerse con la derogación del artículo 525 CP. Su recapitulación sería la siguiente:

— Este precepto proviene de una especie de inercia legislativa histórica que, por lo demás, desatiende la evolución que se ha producido, tanto constitucional como socialmente, en la relación entre el Estado y la religión y el actual papel preponderante de las libertades de expresión y creación.

— El artículo 525 CP tampoco tiene el respaldo del Derecho comparado, pues la práctica totalidad de los países de nuestro entorno no han incorporado a sus códigos un delito como este sino que, como mucho, lo han

previsto pero con unos contornos de aplicación mucho más restringidos, orientados a buscar una verdadera lesividad a estas conductas (ya sea la afectación al orden público, ya sea la afectación efectiva al derecho fundamental a la libertad religiosa).

— La tutela penal del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa previsto en el artículo 16 CE ya se encuentra asegurada por los artículos 522-524 CP. Estos son los que se encargan de garantizar que no exista interferencia alguna en el ejercicio de este derecho, tanto en su vertiente interna como en su vertiente externa.

— La jurisprudencia del TEDH ha impuesto una interpretación amplia del derecho a la libertad de expresión también en materia religiosa, defendiendo, al menos de manera tácita, la no punición de conductas que simplemente supongan la crítica a dogmas o creencias religiosas, aunque resulten ofensivas. Esta visión ha sido también seguida por organismos internacionales como el Consejo de la Unión Europea o la Comisión de Venecia, que vienen llamando a no castigar las meras ofensas a los sentimientos de los miembros de una determinada confesión religiosa (y, por ello y con mayor motivo, tampoco la exclusiva blasfemia).

— El análisis jurisprudencial demuestra que, incluso en los procedimientos que concluyen de manera muy incipiente, el artículo 525 CP despliega unos efectos perniciosos: carga con consecuencias negativas de todo tipo a ciudadanos que ejercen la crítica política o la libre creación artística y, de manera más amplia, aporta motivos fuertes para que, de cara a evitar lo primero, se imponga una autocensura previa en lo que tiene que ver con las expresiones o creaciones con contenido religioso. Estos efectos, por supuesto, son mucho más acentuados cuando nos encontramos ante procedimientos penales completos, aunque finalicen con la absolució n y, evidentemente, ante procedimientos penales que concluyen con la condena de la persona acusada.

Por todo ello, la decisión de derogar este precepto penal es una de esas que solo supone asumir ganancias, mejorar sin que pueda entenderse que existen pérdidas correlativas. Asumir esta modificación normativa nos convertiría en una sociedad más abierta, en la que no se imponen tabúes sobre cuestiones políticas y culturales, y más tolerante, en la que se convive con normalidad con debates de todo tipo, incluso aquellos que toman la forma de crítica abierta y desabrida. Las conductas castigadas por el artículo 525 CP no son solo socialmente irrelevantes sino que deberíamos verlas como socialmente deseables. Por eso, el único camino posible en una sociedad que quiera considerarse como verdaderamente democrática es el de su no punición.

VI. DEDICATORIA

Esta dedicatoria tiene que comenzar con una especie de explicación. Sé que el trabajo precedente es, en varios sentidos, una rareza. Lo es, por supuesto, por su forma solo parcialmente académica. Y lo es también porque aborda un tema que no ha sido objeto de ninguna publicación del homenajeado. Sin embargo, tengo que reconocerlo aquí, no es la primera excentricidad que Enrique Peñaranda me consiente, ni tampoco la peor. Él ha sabido siempre, a veces en un ejercicio supererrogatorio, aceptarme (y aceptarnos a todos) como soy (como somos), incluidas las facetas que le han podido parecer personalmente inexplicables. Todo ello es así porque el Profesor Peñaranda es un ejemplo de curiosidad, de tolerancia y de aperturismo, y yo voy a seguir abusando algo más de todo ello, aunque esta vez en una situación de estado de necesidad (justificante, ¿es que puede haber otro?).

Con esto por delante, quiero concluir diciendo que el placer de haber trabajado y convivido con él durante los últimos 11 años es infinito. Creo que puedo afirmar sin demasiado miedo a equivocarme que resulta prácticamente imposible encontrar a otra persona que combine excelencia, exigencia, generosidad y paciencia en la manera en que lo hace Enrique. Yo he aprendido de él, he mejorado gracias a él, me he aprovechado de su disponibilidad y de su aguante, y todo ello siempre entre sonrisas y palabras amables. Lo que yo le debo, tanto al Profesor Peñaranda como a Enrique, es imposible de cuantificar y de saldar. Pero, egoístamente, ¡qué placer de impago!

Qué placer de impago y qué vértigo. Redactando estas líneas me he ido haciendo cargo de que este momento ya llega, de que se acerca el día en que Enrique ya no esté, de sol a sol, en el despacho de al lado, con la puerta abierta y en disposición de hablar de Derecho penal, de los problemas académicos y personales, de política, de música, de cine,... Y ese día, sin ninguna duda, será mucho peor para mí, para el Área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid y sus estudiantes, y para la Academia española en su conjunto, que el día previo. Pero es un día merecidísimo, Enrique, y yo, como ya te he dicho en alguna otra ocasión, «te deseo lo que te mereces». Que lo disfrutes y que nos hagas seguir disfrutando de ti.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del TEDH

STEDH as. Otto-Preminger-Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994.
STEDH as. Wingrove c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996.

STEDH as. Murphy v. Ireland, de 10 de julio de 2003.
STEDH as. Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003.
STEDH as. Í. A. c. Turquía, de 13 de septiembre de 2005.
STEDH as. Aydın Tatlav c. Turquía, de 2 de mayo de 2006.
STEDH as. Sekmadienis c. Lituania, de 31 de abril de 2018.
STEDH as. E. S. c. Austria, de 25 de octubre de 2018.
STEDH as. Rabczewska c. Polonia, de 30 de enero de 2023.

Jurisprudencia del TC

STC 34/2011, de 28 de marzo.
STC 192/2020, de 17 de diciembre.
STC 26/2024, de 14 de febrero.
STC 132/2024, de 4 de noviembre.

Jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria

Auto de 22 de mayo de 2017, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de A Coruña.
Auto 413/2017, de 30 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Pozuelo de Alarcón.
Auto de 12 de marzo de 2025, del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid.
Sentencia 235/2012, de 8 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid.
Sentencia 346/2013, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sevilla.
Sentencia 211/2018, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Ciudad Real.
Sentencia 365/2018, de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao.
Sentencia 448/2019, de 9 de octubre, del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Sevilla.
Sentencia 20/2020, de 21 de febrero, del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid.
Sentencia de 10 de noviembre de 2020, del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Málaga.
Auto 112/2005, de 1 de marzo, de la AP de Madrid (Sección 1.^a).
Auto 251/2011, de 9 de junio, de la AP de Valladolid (Sección 2.^a).
Auto 73/2013, de 24 de enero, de la AP de Madrid (Sección 11.^a).
Auto de 4 de mayo de 2017, de la AP de Navarra (Sección 1.^a).
Auto 865/2017, de 6 de noviembre, de la AP de Barcelona (Sección 5.^a).
Auto 547/2018, de 30 de julio, de la AP de Las Palmas de Gran Canaria.
Sentencia 353/2004, de 7 de junio, de la AP de Sevilla (Sección 4.^a).
Sentencia 367/2005, de 21 de octubre, de la AP de Valladolid (Sección 4.^a).
Sentencia 226/2021, de 31 de mayo, de la AP de Málaga (Sección 3.^a).

31. COAUTORÍA, COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD: DEBATE SOBRE LA INTERVENCIÓN EN LA CIBERESTAFA

VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Profesor Titular de Derecho penal
Universidade de Vigo

I. INTRODUCCIÓN¹

El presente estudio se centra en el denominado delito de estafa informática, el cual, desde su incorporación al Código Penal en 1995 ha experimentado diversas reformas a lo largo de los últimos treinta años. Entre las múltiples cuestiones objeto de debate, este trabajo pone el foco en la figura del individuo cuya participación en el ilícito consiste en facilitar una cuenta bancaria destinada a recibir una suma de dinero mediante transferencia, obtenida a través de una manipulación informática, a cambio de una retribución variable en concepto de comisión.

La singularidad de estos supuestos radica en que dicha persona, por lo general, no integra la estructura que ejecuta la alteración informática, siendo habitual que incluso desconozca la identidad del autor material de la transferencia, quien contacta con ella por distintos medios para lograr su colaboración. Es frecuente

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Reforma y evolución del Derecho penal: límites, garantías y respuestas. Especial atención a sectores caracterizados por la vulnerabilidad de sujetos o la complejidad organizativa» (REDPENAL), PID2023-148510NB-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, siendo IPs el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, Catedráticos de Derecho penal de la Universidad de León.

Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Crisis política y sistema penal multiescalar» (MultiPLex) (PID2024-157636NB-I00), financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/, siendo IPs la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana, Catedrática de Derecho penal de la Universidade da Coruña, y el Prof. Dr. Xulio Ferreiro Baamonde, Profesor titular de Derecho procesal de la Universidade da Coruña.

que la propuesta de intervención se presente bajo la apariencia de una actividad económica legítima, de modo que la cesión de la cuenta y el posterior envío del dinero recibido a otras cuentas o destinos se perciba como un trabajo remunerado mediante una comisión o un porcentaje calculado sobre el importe transferido.

El sujeto que actúa de esta manera ha recibido diversas denominaciones en la doctrina y en la jurisprudencia, entre ellas cibermulero, cibermula, mula informática, mulero informático, mula económica, mula financiera o mulero bancario, muchas de ellas tomadas directamente de la terminología anglosajona «cyber mule»². Y son principalmente dos las cuestiones que se discuten desde el punto de vista de la calificación jurídico penal de su conducta: por una parte, en qué tipo penal puede encajar su acción y, por otra, relacionada directamente con la anterior, si su intervención es de autoría o participación en el tipo elegido.

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL MODUS OPERANDI EN LAS CIBERESTAFAS

Lo primero que hay que decir respecto al delito en el que pude encajar la conducta de la cibermula es que las distintas opiniones doctrinales se mueven entre el delito de estafa informática, del artículo 249.1 CP, el delito de recepción, del artículo 298 CP, y el delito de blanqueo de capitales, del artículo 301 CP³. Además, sea cual sea la opción elegida, consideran que la conducta de la cibermula es de autoría, salvo en el caso de la estafa, donde algunos entienden que se trata de un autor y otros de un partícipe⁴. Por razones de espacio, necesariamente me limito a la valoración de la intervención de este y otros sujetos en relación con el delito de estafa informática.

1. La intervención de quien recibe la transferencia

En mi opinión, la cibermula es un partícipe –en concreto, un cómplice– en el delito de estafa informática. Las razones que me llevan a defender esta postura son las siguientes.

² Sobre el uso variado de la terminología señalada en la jurisprudencia española, véase *infra*. En la doctrina española, véase MIRÓ LLINARES, REPC, 2013, 31 ss., quien además de utilizar algunas de las expresiones enumeradas, añade una más: «muleros del phishing»; FERNÁNDEZ TERUELO, RDPC, 2007, 221; VELASCO NÚÑEZ/SANCHÍS CRESPO, 2019, 32.

³ Véase, VELASCO NÚÑEZ/SANCHÍS CRESPO, 2019, 36.

⁴ VELASCO NÚÑEZ/SANCHÍS CRESPO, 2019, 29 s., quienes lo consideran como cooperador necesario.

Siendo posibles distintas modalidades de conducta descritas en el artículo 249.1 a) CP, pero sin constituir en ningún caso un *numerus clausus*, pues la enumeración finaliza con la cláusula de cierre «o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante», la acción típica nuclear consiste en «realizar una transferencia de cualquier activo patrimonial». Por tanto, es necesario esclarecer qué se ha de entender por «transferir un activo patrimonial» para delimitar las conductas de autoría. El Diccionario de la RAE define «transferir» en su primera acepción como «pasar o llevar algo desde un lugar a otro», y en su cuarta acepción como «remitir fondos bancarios de una cuenta a otra». Así pues, de acuerdo con estas definiciones parece claro que se requiere *–mutatis mutandis–* un desplazamiento físico de la cosa como en los delitos de robo y de hurto⁵. En este caso, al tratarse de activos patrimoniales, generalmente de fondos en cuentas bancarias, el desplazamiento se concreta en una doble anotación en cuenta: el cargo en la cuenta de origen y el abono en la cuenta de destino. Así pues, para que se consume el delito, el sujeto activo tiene que conseguir mediante una manipulación informática esa doble anotación en cuenta⁶. Esto exige que exista una cuenta de origen y una cuenta de destino, y sólo cuando en la cuenta de destino se «recibe el dinero», es decir, el sistema realiza la anotación en cuenta, podremos hablar de la consumación del hecho⁷. La intervención de la cibermula, en la gran mayoría de los casos, consiste en poner esa cuenta de destino a disposición, habiéndola abierto *ad hoc* o contando previamente con ella. Sin ese punto de recepción del activo patrimonial no podría haber transferencia, no podría consumarse el hecho. Todo lo anterior significa que la cibermula interviene en la fase ejecutiva del

⁵ BUSTOS RUBIO, IDP, 2023, 5; MIRÓ LLINARES, REPCP, 2013, 1-56, «frente a este tipo de comportamientos en el ciberespacio los delitos tradicionales de apoderamiento, no parecen ser adecuados, dado que en ellos el elemento tomar o apoderarse siempre se ha interpretado en un sentido físico o material que no se da en la mayor parte de estas conductas en las que, además, hay muchos casos en los que es la propia víctima la que realiza el acto de disposición patrimonial que le perjudica»; véase, FARALDO CABANA, 2009, 105; GALÁN MUÑOZ, 2019, 148 s., que incluso emplea el término «trasvase»; GALÁN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, 2023, 76, quienes emplean la expresión «un acto de traspaso entre dos masas patrimoniales».

⁶ GALÁN MUÑOZ, 2019, 146, se refiere a «un cambio de titularidad del activo patrimonial afectado»; GALÁN MUÑOZ, 2005, 591 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 2009, 348, señala en relación con el objeto de la transferencia que «la referencia a los activos patrimoniales tiene la clara finalidad de comprender como objeto de la acción el dinero contable o escritural, valores patrimoniales sin correspondencia con un objeto material. Incluso si se admite el contenido del “artificio semejante” a que nos hemos referido, también la obtención de un servicio sin abono de su importe es equivalente a la transferencia de un activo patrimonial, y desde luego, la supresión de los datos relativos a un pasivo, en cuanto ello comporta la obtención de un activo –ficticio– por el sujeto actuante».

⁷ GALÁN MUÑOZ, 2019, 151.

delito, con una conducta además imprescindible para la consumación del hecho constitutivo del delito de estafa informática⁸. Por tanto, si centramos el análisis en la recepción del dinero en la cuenta bancaria, dejando a un lado la conducta que vendría a continuación (el envío de ese dinero a la cuenta de terceros o la entrega en mano, etc.), no puede considerarse un acto postdelictivo subsecuente al delito de estafa, ni se trata de una conducta diferenciada de éste, constitutiva de un delito autónomo. Se trata de una intervención en el mismo delito de estafa informática. En definitiva, no puede constituir un delito de receptación ni un delito de blanqueo de capitales⁹.

Podría surgir la duda en relación con lo que habitualmente la cibermula realiza una vez ha recibido el dinero en su cuenta bancaria y que consiste en extraer de la cuenta de la que es titular (a donde se ha transferido el dinero) una cantidad en efectivo para, a continuación, entregarlo en mano o vía postal a un tercero. En mi opinión, esta conducta no forma parte del tipo penal de la estafa informática, y cabe preguntarse si se trata de un comportamiento postdelictivo respecto a ese tipo –o bien impune o bien cuyo desvalor ya se tiene en cuenta en el hecho típico del que deriva– o si, por el contrario, ha de considerarse un delito autónomo (blanqueo de capitales), distinto del anterior, con el que entraría, en mi opinión, en concurso real. Me decanto por entenderlo como un comportamiento postdelictivo cuyo desvalor, sin embargo, ya se tiene en cuenta en el delito de estafa informática. Para defender esta postura, podemos plantear la

⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, 2011, 39 s.; En sentido contrario, MIRÓ LLINARES, RECPC, 2013, 32, «resulta difícil situar su conducta en el ámbito del injusto de la estafa común, dado que el mulero no realiza engaño alguno, o en el de la estafa informática, pues no parece haber por su parte, siguiendo una interpretación estricta de tal elemento, ninguna manipulación informática».

⁹ Un sector de la doctrina considera que se trata de un delito de receptación, al tratarse de una conducta que sirve para ayudar a los responsables de la estafa informática a aprovecharse de los efectos del delito, sin haber intervenido en aquella ni a título de autor ni a título de partícipe. En este sentido, VELASCO NÚÑEZ, La ley penal, 2007, 65. En contra de considerarlo un delito de blanqueo de capitales, véase MIRÓ LLINARES, RECPC, 2013, 35 s., «lo cierto es que, pese a esta línea jurisprudencial, la regulación del blanqueo de capitales anterior a la reforma penal de 2010 hacía difícil encuadrar la conducta del cibermulero en el tipo penal del art 301 CP. El citado precepto sancionaba a aquél que “adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”. De ese modo exigía que los bienes que transmitía tuviesen origen en un delito, o bien que realizase actos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero o para evitar que quien cometiese el delito sufriese las consecuencias jurídicas por ello. Pues bien, lo lógico es entender que el mulero no actúa “para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”, ni “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”, sino para favorecer la comisión del delito que, sin su intervención, no puede llevarse a cabo. [...] el delito de estafa se está consumando cuando se ingresa el dinero de una cuenta corriente a otra, que por tanto ya existe, y que es titularidad del mulero del phishing que debe, entonces, sacar el dinero y enviarlo al destinatario. En el blanqueo, como bien se advertía en alguna resolución judicial, el objeto material de la acción de encubrir o enmascarar eran los bienes que tienen su origen en el delito antecedente, mientras que, en este caso, el dinero es el propio objeto material del delito en el que, por tanto, está colaborando el cibermulero».

hipótesis de que sea un único sujeto el que realiza el delito de estafa informática, es decir, el que actúa desde la ejecución de la manipulación informática ordenando la transferencia, quien recibe en su cuenta dicha transferencia y procediendo ese mismo sujeto a retirar el efectivo de la cuenta bancaria destinataria de la transferencia. En ese caso, parece bastante claro que la acción subsiguiente a la transferencia, que es la retirada del efectivo, se trataría como un comportamiento postdelictivo, cuyo desvalor estaría integrado por el propio delito de estafa informática y en ningún caso como un delito de blanqueo de capitales. Siendo así para un solo autor, por coherencia habrá que defender lo mismo cuando esa acción la perpetra otro interviniente en el delito de estafa informática. Si la hipótesis fuese que además del sujeto que logra la transferencia y de la cibermula, que pone su cuenta a disposición para consumar la transferencia, interviene un tercero que es quien retira el efectivo para a continuación enviarlo por correo postal o mensajería a otro, entiendo que ese tercero estaría cometiendo un delito autónomo, distinto al de la estafa informática, que se movería entre la receptación y el blanqueo de capitales.

2. El círculo de sujetos intervinientes y su grado de participación

2.1 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN OBJETIVA Y POSITIVA DEL HECHO

Dejando claro que la acción de la cibermula consistente en poner a disposición una cuenta bancaria a la que transferir el activo patrimonial, y habiendo afirmado que ésta es una acción necesaria para la consumación del delito, que ha de concurrir en fase ejecutiva, hay que decidir si se trata de un (co)autor del delito de estafa informática o de un mero partícipe. Pues bien, esta calificación viene condicionada por el concepto de autor que se asuma como correcto. En mi opinión, de los diferentes conceptos de autor desarrollados por la doctrina, el más acabado y que, por tanto, defiende, es el de la determinación objetiva y positiva del hecho.

La teoría de la «determinación objetiva y positiva del hecho» elaborada por Luzón Peña¹⁰, está inicialmente pensada para los delitos imprudentes, pero se extiende también a los delitos dolosos. Su desarrollo posterior contará

¹⁰ Aunque esta teoría es propuesta por primera vez en LUZÓN PEÑA, RDCir, 1984, 275 ss., el estudio clave es LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1989, 889 ss.

con el apoyo destacado de su discípulo Díaz y García Conlledo¹¹. Se podría decir que la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho constituye algo más que una «versión» de la teoría del dominio del hecho y esto atendiendo a la motivación y al ámbito en el cual se plantea y desarrolla¹². Se propone buscar un criterio de diferenciación entre autoría y participación en el delito imprudente, cuestión «abandonada» por la teoría del dominio del hecho, precisamente por aplicación coherente de sus criterios que llevan a la conclusión de que en el delito imprudente no cabe tal diferenciación¹³. Pues bien, este punto de partida ya podría ser en sí mismo tomado en cuenta para decir que la teoría de la determinación objetiva es «otra cosa». Afirmación que se ve reforzada por el éxito alcanzado por la propia teoría para explicar la distinción entre autores y partícipes en el delito imprudente (también en el delito doloso), distanciándose así, definitivamente, de la teoría del dominio del hecho¹⁴. Para Luzón Peña el dominio negativo, o lo que es lo mismo, la simple posibilidad de impedir el hecho no puede ser considerada como una razón válida para concretar la conducta de autoría. El autor ocupa una posición más relevante, que le permite decidir más allá de la no producción del hecho, le permite decidir sobre su producción y, además, sobre su concreta producción. Guarda así una auténtica posición de control o dirección sobre el hecho delictivo. En este sentido y pensado inicialmente para los delitos imprudentes, el criterio propuesto es «el del dominio objetivo y positivo (no meramente negativo) del hecho, es decir, la posición de control del hecho (con independencia de su intención) por parte del sujeto, aislada o conjuntamente con otras personas, sobre la producción del resultado, pudiendo decidir positivamente el si y el cómo de la misma; a este respecto dominio (o control) objetivo-positivo es más que

¹¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 625, 688 ss. Sobre la génesis de esta teoría, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPCrim, 2004, 44.

¹² Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 603, se ocupa de varias versiones, que califica de «heterodoxas», de la teoría del dominio del hecho; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, AFDUA, 2000, 53; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2001, 576; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, 2003, 90. Aunque esta teoría es propuesta por primera vez en LUZÓN PEÑA, RDCir, 1984, 275 ss., el estudio clave es LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1989, 889 ss.

¹³ Véase PEÑARANDA RAMOS, 1990, 274; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2000, 64; HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, 340 s.; siguiéndolo GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, 2004, 6 ss.

¹⁴ En este sentido, GÓMEZ RIVERO, 1995, 340 ss.; PÉREZ ALONSO, 1998, 59 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, 2003, 233 s.; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, 2004, 65, 68; DEL CASTILLO CODES, 2007, 75. Entre los autores que siguen esta teoría, JORGE BARREIRO, AG., 1990, 124; JORGE BARREIRO, AL., CuadDJ, 1993, 247 s.; GONZÁLEZ RUS, CuadDJ, 1994, 84 ss.; GÓMEZ RIVERO, 1995, 342 ss., aunque con ciertos matices en lo que se refiere a las consecuencias de la teoría en relación con la participación imprudente, según la interpreta la autora; PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1995, 149; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, 392 s.; GARCÍA ÁLVAREZ, 1999, 158 ss.; OLAIZOLA NOGALES, 1999, 174; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2001, 94; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2002, 795; ROSO CAÑADILLAS, 2002, 580 ss.; SOTO NIETO, LL, 2002, 1775; DURÁN SECO, 2003, 45 ss.; BOLEA BARDON, 2004, 47 s.; GARCÍA MOSQUERA, 2006, 256.

el mero dominio negativo del hecho o posibilidad de impedirlo si quisiera»¹⁵. En el mismo sentido señala que «esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero “poder o capacidad de impedir o contener” el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente, “dominio negativo”, característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria»¹⁶. Y como contraargumento al ejemplo planteado por Roxin¹⁷, realiza Díaz y García Conlledo la siguiente apreciación, «ese sujeto [scil. el que vigila] actúa con un dominio puramente negativo; el que este dominio sea más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad positiva (pues aquí se trata de un poder de interrupción mediante la simple pasividad), no le quita el carácter de negativo y lo convierte en positivo; el que realice una aportación esencial (se determine esta esencialidad como se determine) lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el “sí” del hecho, sería un poder sobre el “no”, la “no producción” del hecho), pero, por más que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca, es decir, no podrá determinar objetiva y positivamente el hecho; supongamos un caso de vigilancia en un robo, que se considere un hecho necesario; por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa, no habrá robo, es decir está en manos de otro u otros la realización del tipo»¹⁸. Por otra parte, la teoría del dominio del hecho concebía el dominio en un sentido objetivo-subjetivo¹⁹. Frente a esta idea, se considera que se puede y se debe hablar de «dominio» en términos exclusivamente objetivos, atendiendo a la relevancia de la acción en relación con el hecho típico, cuyo análisis y valoración no depende de que el conocimiento o la voluntad del agente abarquen o no las circunstancias que convierten a esa acción en determinante para la producción del hecho típico. En este sentido, «existe [...] un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el

¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 626 s.

¹⁶ LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1989, 895 s.; también por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 628.

¹⁷ Véase SERRANO GONZALO DE MURILLO, 2000, 313.

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 670.

¹⁹ Al respecto es conveniente tener en cuenta la aclaración sobre el carácter de la teoría del dominio del hecho que realiza con precisión DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 574 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPCrim, 2004, 42, advirtiendo que no se trata de una teoría subjetiva, ni tan siquiera objetivo-subjetiva, tal y como son concebidos estos términos en el marco de las teorías sobre el concepto de autor, porque no tiene en cuenta el ánimo del autor, la inclinación de su voluntad o el interés, para determinar la autoría.

resultado y [...] efectivamente lo hace»²⁰. En esta línea se expresa también Díaz y García Conlledo, para que exista el «dominio» del hecho y, consecuentemente, la autoría, no es necesario que concurra ningún elemento subjetivo, excluyendo, por supuesto, cualquier ánimo o voluntad de autor o interés especial, empleados, como ya expuse, por planteamientos subjetivos de la autoría²¹; pero tampoco el conocimiento de la situación de dominio, la finalidad o el dolo por parte de la persona que ejecuta una acción que de facto decide la producción del hecho típico²². Lo importante para esclarecer la cuestión de la autoría es valorar si esa acción, en sí misma considerada y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, fue suficiente por sí misma para inclinar la balanza en un sentido determinado, el de la producción del delito. La objetivación del «dominio» del hecho otorga otra dimensión al concepto, haciendo posible su aplicación a los delitos imprudentes y sentando un criterio de determinación de la autoría común a delitos dolosos y a delitos imprudentes. En resumen, autor será aquel que a través de su acción «determine» el si y el cómo, e independientemente de los aspectos subjetivos que concurren, del hecho²³.

Aplicando esta teoría a los ejemplos de estafas informáticas en los que actúa una cibermula, podemos concluir que éste no interviene a título de autor, sino de partícipe. Ciertamente, la conducta de la cibermula es muy importante para que se pueda llegar a consumir el delito, pues, como se dijo, de no existir una cuenta bancaria de destino, no será posible realizar la transferencia. Ahora bien, la cibermula en ningún caso puede determinar el si y el como del hecho, que consiste en «transferir» un activo patrimonial. Por muy dispuesto que esté a prestarse (y a prestar su cuenta bancaria) para recibir el dinero, mientras otro sujeto no ejecute un programa informático o lleve a cabo cualquier manipulación informática para que el sistema informático de una entidad bancaria ordene la transferencia económica de una cuenta a otra, el delito no se realizará. Es imprescindible que alguien lleve a cabo la acción típica nuclear, esto es, «una

²⁰ LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1989, 892 s.; *Vid.* también LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, AFDUA, 2000, 67; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2001, 589; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, 2003, 104 s.

²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 577.

²² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 578, observa: «¿Es necesario que se dé el elemento subjetivo (dolo o finalidad, consciencia) para que exista el dominio del hecho y con él la autoría? Yo creo que no». No obstante, no se ignora el valor que el dolo puede tener en la determinación del dominio del hecho, así LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1989, 907; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, AFDUA, 2000, 68; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2001, 590; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, 2003, 106.

²³ Sobre el uso del término «determinación» en lugar de «dominio» cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP, 1989, 893 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 628, 691; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DP-Crim, 2004, 46; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, AFDUA, 2000, 67; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2001, 589; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC, 2003, 104 s.

transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro», por cualquiera de los medios enumerados en el propio artículo 249.1 a) CP, es decir, «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». Sólo ese sujeto es quien puede decidir que la transferencia se haga y cómo se hace; por su parte, la contribución de la cibermula es absolutamente dependiente de la anterior, y podrá decidir, todo lo más, el «no» del hecho, que la transferencia no llegue a consumarse, pero nunca el «sí» del hecho. El sujeto que tiene el dominio y que puede decidir que el hecho típico tenga lugar, es quien ejecuta el programa o realiza la manipulación informática. Pensemos en una cibermula que, habiendo proporcionado su cuenta bancaria, el mismo día en que se ha acordado que se va a realizar la transferencia decide cerrar o bloquear dicha cuenta bancaria, impidiendo así que el «dinero llegue a su destino». Con su decisión, ciertamente, está impidiendo que pueda consumarse la estafa informática, está decidiendo el «no» del hecho. Sin embargo, lo que no podrá hacer es decidir el «sí» del hecho. Es decir, por mucho que la cibermula ponga a disposición su cuenta bancaria, si el sujeto que tiene el control del programa informático o del artificio técnico no da la orden al sistema de información, el hecho nunca podrá ejecutarse. Sólo cuando aquél ordene la transferencia, el delito de estafa habrá podido consumarse.

2.2 LA TEORÍA DE LOS BIENES ESCASOS PARA DISTINGUIR ENTRE COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD

Alcanzada la conclusión de que la intervención de la cibermula en el delito de estafa informática lo es a título de partícipe, se abre un nuevo debate, esta vez sobre la clase de participación a la que adscribirlo. Descartando la figura de la inducción, en la que en absoluto encaja la actuación de la cibermula, queda por resolver si se trata de un cooperador necesario o de un cómplice²⁴. En buena medida, la solución de esta duda ha de dirimirse atendiendo al concepto de cómplice y de cooperador necesario que se asuma.

Conviene señalar que la fórmula empleada en el artículo 28 CP para definir al cooperador necesario («los que cooperan a su ejecución [scil. del hecho] con

²⁴ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, RDPC, 2007, 222; VELASCO NÚÑEZ/SANCHÍS CRESPO, 2019, 30, lo consideran cooperador necesario.

un acto sin el cual no se habría efectuado») no ha facilitado, precisamente, dar con el criterio que nos permita esclarecer de forma indiscutible cuál debe ser el aporte al hecho para poder calificarlo de cooperación necesaria. Lejos de mejorar, la definición del cómplice del artículo 29 CP no ayuda a aquel propósito, pues se limita a señalar de forma lacónica que «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho». Ante estas dificultades hay quien propone la supresión de la figura de la cooperación necesaria. En todo caso, más allá de cualquier propuesta *de lege ferenda*, lo cierto es que en el Derecho positivo español vigente, se contemplan ambas figuras. Pero, además, entiendo, con un sector de la doctrina, que esta distinción está justificada por ser coherente con el concepto restrictivo de autor defendido²⁵. Ello porque limita a la esfera de la autoría aquellas conductas que estrictamente lo son por realizar la acción típica nuclear y determinar con ello el sí y el cómo del hecho, pero a la vez, permite atribuir una pena especialmente relevante (la misma que para el autor) a aquellas personas que han realizado una aportación especialmente relevante al hecho –ahora bien, sin llegar a determinarlo positiva y objetivamente–. Y, por último, atribuir una pena menor a aquellas personas que ni determinan positivamente el hecho ni lo hacen negativamente.

Pues bien, para explicar la cooperación necesaria y diferenciarla de la complicidad, asumo la teoría de los bienes escasos²⁶, y ello, por dos razones. En primer lugar, porque es la utilizada por la jurisprudencia, como veremos más adelante, en muchos de los supuestos en los que se trata de dirimir la responsabilidad penal de la cibermula²⁷. En segundo lugar, porque considero que es la que mejor explica esta cuestión.

Según esta teoría, cooperador necesario será quien haga una aportación que, sin calificarse de autoría²⁸, sea especialmente importante para la consumación del delito. Para valorar el grado de importancia de dicha aportación, esta teoría utiliza como criterio el concepto de «bienes escasos», considerando

²⁵ TORRES CADAVID, 2019, 506, siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2002, 654.

²⁶ La construcción de esta teoría por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966, 151 ss., quien posteriormente pasa a denominarla «teoría de los actos no-neutrales».

²⁷ Véase, con mención y remisión expresa a la teoría de los bienes escasos, las siguientes sentencias: SAP Madrid 25-6-2024 (ECLI:ES:APM:2024:10004), SAP Barcelona 8-4-2024 (ECLI:ES:APB:2024:8136), SAP Barcelona 27-2-2024 (ECLI:ES:APB:2024:4013), SAP Barcelona 26-9-2023 (ECLI:ES:APB:2023:10110), SAP Cantabria 12-6-2023 (ECLI:ES:APS:2023:918). Con carácter general, es la más utilizada por la jurisprudencia, como señalan ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, 320; Díez RIPOLLÉS, 2020, 414; MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO, 2022, 277.

²⁸ En el sentido antes expuesto, tal y como explica MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, 413, «la aportación del cooperador necesario es tan relevante que se puede decir que ostenta una especie de dominio negativo del hecho, porque sin su aportación el plan del autor se detendría. Pero no domina positivamente el hecho, porque no decide el sí y el cómo».

que una conducta será de cooperación necesaria si era difícil de conseguir, mientras que si el autor podía conseguir fácilmente la misma se trataría de una complicidad²⁹. Tratándose de bienes, se consideran abundantes aquellos que están al alcance de cualquier persona, de fácil obtención, por precio o porque se pueda acceder sin dificultad a ellos³⁰. Tratándose de servicios, se debe tratar de una conducta que por sus características claramente criminales no cualquier persona está dispuesta a realizarla sin objeciones, pues de ser así, sería precisamente abundante, debe relacionarse causalmente con el resultado, condicionarlo negativamente, y además debe suponer el remover un obstáculo serio para la realización del hecho³¹.

Por tanto, podríamos decir que cooperador necesario es quien realiza una aportación difícil de substituir³², debido a que cuenta con unos medios, recursos o condiciones que no es fácil encontrar, desarrollar o prestar, de manera que sólo el sujeto en cuestión pueda realizar esa aportación. A partir de aquí, la complicidad se puede definir en sentido negativo, como toda conducta que, ayudando objetivamente a la actuación del autor, no puede calificarse de cooperación necesaria, precisamente porque aporta un bien o un servicio escaso tal y como se ha definido más arriba. O, dicho de otro modo, es perfectamente sustituible por ser precisamente abundante.

La conducta de la cibermula en relación con el delito de estafa es especialmente relevante, pues como antes se ha dicho, tiene la capacidad de decidir el «no» del hecho. Sin la puesta a disposición de la cuenta de destino, no se podrá realizar la transferencia del activo patrimonial y, por tanto, no se consumará el delito de estafa informática. Ahora bien, ¿es una aportación de un bien escaso? Si pensamos en el caso más habitual, consistente en que la cibermula apertura una cuenta bancaria que a la postre será el destino de la transferencia del activo patrimonial realizada sin consentimiento de su titular, podemos concluir que esa acción puede realizarla cualquier persona. La apertura de una cuenta bancaria al uso, o sea, una cuenta corriente o una de ahorro, no requiere condiciones especiales. Basta con cumplir unos mínimos requisitos legales para poder dis-

²⁹ Véase, GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2015, 400. Siguiendo la teoría de los bienes escasos, DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE, 2016, 509; MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO, 2022, 277.

³⁰ Esta síntesis en BOLEA BARDÓN, 2004, 69.

³¹ Esta síntesis en BOLEA BARDÓN, 2004, 70 s.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, 320, señalan en la misma línea, «que toma en consideración [scil. La teoría de los bienes escasos] la escasez de los medios existentes, la remoción de obstáculos, que la aportación sea difícilmente reemplazada o que se trate de aportaciones necesarias o causales para el resultado».

³² En este sentido, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, 320, «que la aportación sea difícilmente reemplazada».

poner de una cuenta bancaria como las referidas. De hecho, desde el punto de vista criminológico se puede afirmar que las personas que actúan como cibermulas presentan características muy heterogéneas, encontrándonos con individuos de todas las clases sociales, procedencia y edad³³. Así pues, a pesar de la reconocida importancia en el hecho, lo cierto es que se trata de una aportación fácilmente sustituible, absolutamente fungible. Hasta el punto de que, en la mayoría de las ocasiones, como se puede ver en la jurisprudencia recogida más abajo, entre quien ejecuta la manipulación informática ordenando la transferencia y la cibermula, no existe relación previa, en muchas ocasiones, no se conocen. En esta línea, podemos señalar que no se trata de una conducta claramente criminal que, por tanto, no cualquier persona está dispuesta a realizar. Al contrario, se trata de una conducta –abrir una cuenta bancaria o simplemente ponerla a disposición–, cotidiana, habitual, que incluso podríamos calificar de neutral³⁴. Además, no supone remover un obstáculo insalvable para la realización del hecho, ni considerándolo en abstracto ni en concreto, porque quien realiza la transferencia por medio de la manipulación informática, puede decidir con libertad a qué cuenta dirigir la transferencia incluso en el supuesto de que la cibermula con el que antes había contactado y acordado la recepción del dinero, dejase de estar interesado en el negocio propuesto. El autor puede transferir a una cuenta de un tercero con el que previamente no ha contactado, y una vez lo ha hecho, revelarle lo realizado o idear un plan que sin revelar lo realizado logre, por medio de un engaño, que quien recibió ese dinero en su cuenta bancaria se lo entregue a quien ejecutó la transferencia, mediante, por ejemplo, otra transferencia bancaria. Y es que, en relación con la estafa informática, la aportación de la cibermula hay que limitarla al hecho de aportar la cuenta en la que se recibe la transferencia. Cosa distinta es qué hace a continuación con el

³³ En este sentido, BEKKERS/VAN HOUTEN/SPITHOVEN/LEUKFELDT, 2023, 1370 s., que señalan que «ciertas características parecen aumentar las posibilidades de que ciertas personas sean reclutadas como cibermulas. En general, se buscan individuos vulnerables, fácilmente influenciables. Esto incluye a los inmigrantes, los desempleados y estudiantes, pero también personas con escasos recursos económicos, endeudas, con problemas de adicción a drogas, alcohol u otras sustancias, o un déficit psicológico como una discapacidad mental leve. También se observa que las ciber mulas suelen venir de barrios pobres y desfavorecidos y es más probable que tengan un nivel educativo más bajo. Algunas redes de ciberdelinquentes tienen su sede local y prefieren reclutar ciber mular en su entorno, lo que les garantiza un mayor control sobre la red; en otros, los delincuentes operan internacionalmente y usan ciber mulas extranjeras que operan desde terceros países». Que predominen estos perfiles no varía la consideración de estos sujetos como cómplices y no cooperadores necesarios; es más, precisamente estos perfiles demuestran que la aportación de las ciber mulas no es escasa, sino al contrario.

³⁴ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, 627, partiendo del concepto significativo de autor, señala entre los datos objetivos que permiten identificar la conducta de un sujeto como de cooperación necesaria es el siguiente: «el segundo criterio usualmente invocado radica en la disponibilidad general de la prestación del interviniente, en el sentido de que cuanto más cotidiana (o ubicua) sea la actividad de favorecimiento más difícil será afirmar la punibilidad del partícipe».

dinero recibido, pero éste es un acto que se encuadra en la fase de agotamiento, porque la estafa informática ya se habrá consumado. Por tanto, nos encontramos con un sujeto que al abrir una cuenta o poner a disposición la que ya tiene, realiza una conducta que en absoluto es clandestina, en absoluto es claramente criminal —máxime cuando el título de imputación subjetiva que se le atribuye mayoritariamente a la cibermula es el del dolo eventual. Esto quiere decir que ni siquiera ese sujeto tiene, en muchos casos, la certeza de que la transferencia de dinero que recibe en su cuenta tiene un origen ilícito—, que puede ser calificada incluso de neutral, que puede realizar cualquier persona, es decir, se trata de un sujeto totalmente fungible, y que no remueve o retira un obstáculo esencial para poder consumir el hecho. Si esto es así, conforme a la teoría asumida, no podemos decir que la cibermula lleve a cabo una aportación que encaje en lo que se entiende como «bienes escasos» y, por tanto, su aportación se debería de calificar, todo lo más, de complicidad.

III. CONCLUSIONES

La calificación jurídica más habitual en la jurisprudencia española respecto a la actuación de la denominada cibermula es la de cooperador necesario en un delito de estafa informática, lo que conlleva la imposición de la misma pena que al autor del ilícito³⁵. No obstante, todavía encontramos resoluciones que califican dicha conducta como autoría en un delito de blanqueo de capitales —aunque ya ninguna como receptación—³⁶.

Desde el punto de vista objetivo, la acción de la cibermula consiste esencialmente en poner a disposición una cuenta bancaria para recibir una suma de dinero que, posteriormente, transfiere, remite o entrega a terceros. Por ello, la diferenciación jurisprudencial se establece atendiendo al elemento subjetivo. Así, se le atribuye la condición de autor en un delito de blanqueo imprudente del artículo 301.3 CP cuando no se acredita la existencia de acuerdo con quien

³⁵ Véase SAP de Madrid 6-9-2024 (ECLI:ES:APM:2024:11907); SAP Zaragoza 23-5-2024 (ECLI:ES:APZ:2024:1565); SAP Gran Canaria 23-4-2024 (ECLI:ES:APGC:2024:708); SAP Salamanca 3-4-2024 (ECLI:ES:APSA:2024:263); SAP Madrid 6-3-2024 (ECLI:ES:APM:2024:3453); SAP Zaragoza 26-1-2024 (ECLI:ES:APZ:2024:78); SAP Navarra (ECLI:ES:APNA:2023:1538); SAP Granada 31-10-2023 (ECLI:ES:APGR:2023:1195); SAP Soria 22-7-2023 (ECLI:ES:APSO:2023:206); SAP Gran Canarias 14-7-2023 (ECLI:ES:APGC:2023:2556); SAP Asturias 26-1-2023 (ECLI:ES:APO:2023:131).

³⁶ Véase, SAP Murcia de 31-5-204 (Pte. BARDAJÍ GARCÍA, Jaime) (ECLI:ES:APMU:2024:1468); SAP Barcelona de 8-4-2024 (Pte. GÓMEZ UDÍAS, José María) (ECLI:ES:APB:2024:8136); SAP Barcelona 27-2-2024 (Pte. GÓMEZ UDÍAS, José María) (ECLI:ES:APB:2024:4013); SAP Zaragoza 18-12-2023 (Pte. LAJUSTICIA PÉREZ, Alfredo José) (ECLI:ES:APZ:2023:2113); SAP Barcelona 26-9-2023 (Pte. DEL AMO SÁNCHEZ, José Manuel) (ECLI:ES:APB:2023:10110).

ejecuta la transferencia ni se demuestra dolo, ni siquiera eventual, respecto al origen ilícito de los fondos. En tales casos, debe probarse que la cibermula vulneró un deber de cuidado exigible, siendo, además –por mandato del tipo penal– una infracción grave.

Conviene precisar que la cibermula es un particular que carece de deberes especiales de diligencia en materia de prevención del blanqueo, a diferencia de ciertos profesionales. Sin embargo, se le reprocha que, en los supuestos en que interviene, tiene –como mínimo– la obligación de indagar, verificar e intentar cerciorarse del origen del dinero recibido, y que, ante la sospecha de ilicitud, no puede adoptar una actitud de indiferencia ni persistir en la ignorancia deliberada. Este razonamiento es el que los tribunales emplean, en términos prácticamente idénticos, para fundamentar el dolo eventual en la estafa informática, recurriendo en ocasiones a la teoría de la ignorancia deliberada.

En definitiva, con una misma argumentación, unas veces se califica la conducta como cooperación necesaria en la estafa informática y otras como autoría imprudente en blanqueo de capitales. Más allá de lo errático de aplicar idénticos fundamentos para soluciones opuestas, lo cierto es que la calificación como autor de blanqueo resulta incorrecta. La razón principal radica en el análisis objetivo: la intervención de la cibermula se produce siempre en la fase ejecutiva de la estafa informática, aportando una colaboración que permite su consumación. Tanto es así que, en algunos casos, la jurisprudencia llega a considerarla autora de la estafa, aunque lo habitual es calificarla como cooperador necesario, al entender que su aportación es decisiva para la realización del hecho. Si esto es así, no cabe subsumir la conducta en el tipo de blanqueo, que presupone una intervención posterior a la consumación del delito precedente.

Debe advertirse, además, que en numerosas resoluciones se observa un uso impreciso de términos como mula informática, cibermulero o cibermula, aplicándolos para designar al partícipe en una estafa tradicional en la que se emplea algún medio informático para engañar a la víctima (por ejemplo, ofertar un producto en una web de compraventa y no entregarlo tras recibir el pago). Sin embargo, el mero uso de herramientas informáticas no convierte el delito en estafa informática, que solo concurre cuando se manipula el sistema o programa para realizar la transferencia. Tampoco resulta adecuado denominar cibermula a quien interviene en esa estafa clásica.

Por otro lado, no pocas sentencias confunden el conocimiento de los elementos del tipo con el conocimiento de la prohibición, al fundamentar el dolo eventual en la conciencia actual o potencial de la ilicitud de la conducta, cuando lo correcto es referirse al conocimiento del origen ilícito del dinero, obtenido sin consentimiento de su titular. Igualmente, el empleo de la teoría de la

ignorancia deliberada en la práctica judicial resulta errático: unas veces se utiliza para explicar el dolo eventual, otras como método interpretativo de la aceptación del riesgo, y en ocasiones se prescinde de ella para recurrir a la teoría tradicional del consentimiento. La confusión se agrava cuando, en los casos de autoría imprudente en blanqueo, se fundamenta materialmente con los mismos argumentos que el dolo eventual, apelando a la ignorancia deliberada («prefirió ignorar cualquier hecho o circunstancia...»).

La decisión de calificar la participación de la cibermula como cooperación necesaria y no como complicidad se apoya, conforme a la teoría de los bienes escasos, en considerar su aportación esencial para la consumación del delito. Sin embargo, esta aplicación es sesgada, pues omite uno de los criterios diferenciadores: el grado de disponibilidad del servicio. Desde un enfoque cuantitativo, debe valorarse si el servicio es fácil de obtener por ser abundante, lo que implica que muchas personas estarían dispuestas a proporcionarlo. Abrir o disponer de una cuenta bancaria es una actividad cotidiana, y la posibilidad de recibir transferencias forma parte de su naturaleza. Tanto es así que podría hablarse de actos neutros. Por ello, aunque la aportación sea relevante para la consumación, no es escasa, sino fungible, lo que lleva a sostener que la calificación más adecuada sería la de cómplice en la estafa informática.

Finalmente, conviene subrayar que, en un altísimo porcentaje de procesos por estafa informática, se condena únicamente a la cibermula como cooperador necesario, sin que se llegue siquiera a identificar al autor material, lo que evidencia una tendencia a criminalizar la marginalidad mediante el Derecho penal. La cibermula no suele partir de una posición económica privilegiada ni obtiene el mayor beneficio del ilícito; además, es quien se encuentra en territorio español, mientras que el ejecutor de la manipulación informática suele operar desde el extranjero. En todo caso, su conducta está muy alejada de la acción típica nuclear –la manipulación informática para ordenar la transferencia–, que exige conocimientos y medios técnicos no accesibles para cualquiera. No parece razonable, desde la perspectiva de justicia material, atribuirle la misma pena que al autor, máxime cuando este, por lo general, ni siquiera será identificado ni juzgado.

IV. DEDICATORIA

Con este capítulo de libro he tratado de contribuir al Libro Homenaje del Profesor Enrique Peñaranda Ramos. He elegido un tema que necesariamente aborda problemas de autoría y participación, campo en el que el profesor Peñaranda tantas y tan buenas contribuciones ha hecho.

A la hora de sentarme a escribir estas letras se agolpan los recuerdos. En muchos momentos de la vida académica he tenido la oportunidad de encontrarme con el profesor Peñaranda, destacando sobre todos ellos los Seminarios de Derecho penal celebrados en la Universidad de Alcalá. En ellos he podido aprender directamente de su magisterio. Aprecio muy especialmente los diálogos que durante el proceso de elaboración de mi tesis doctoral pude mantener con él y que contribuyeron, sin duda alguna, al desarrollo y conclusión del trabajo. Siempre ha transmitido una gran pasión por el Derecho penal, por el rigor científico, por la argumentación hasta la extenuación, y todo ello desde la pausa y la sencillez.

Querido Enrique, además de seguir leyéndote, espero que nos encontremos en seminarios, congresos y reuniones científicas para seguir aprendiendo y compartiendo buenos momentos.

BIBLIOGRAFÍA

- BEKKERS, Luuk/VAN HOUTEN, Yzen/SPITHOVEN, Remco/LEUKFELDT, Eric Ruger: *Money Mules and Cybercrime Involvement Mechanisms: Exploring the Experiences and Perceptions of Young People in the Netherlands*, Deviant Behaviour, 2023, pp. 1368-1385.
- BOLEA BARDÓN, Carolina: La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial, Barcelona, 2004.
- BUSTOS RUBIO, Miguel: *La reforma de la ciberestafa y la incorporación de los medios de pago digitales en el Código Penal*, Revista de Internet, derecho y Política (IDP), 2023, pp. 1-11.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: El delito de estafa, Barcelona, 2009.
- DEL CASTILLO CODES, Enrique: La imprudencia: autoría y participación, Madrid, 2007.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo/Rodríguez Yagüe, Cristina (coords.): Curso de Derecho penal, Parte general, Barcelona, 2016.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano*, DPCrim, 2004, pp. 33-65.
- La autoría en Derecho Penal, Barcelona, 1991.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Derecho penal español, Parte general, Valencia, 2020.
- DURÁN SECO, Isabel: La coautoría en Derecho Penal: aspectos esenciales, León, 2003.
- FARALDO CABANA, Patricia: Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Valencia, 2009.

- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: *Respuesta penal frente a fraudes cometidos por internet: estafa, estafa informática y los nudos de la red*, Revista de Derecho penal y Criminología (RDPC), 2007, pp. 217-243.
- *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid, 2011.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso: El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 CP, Valencia, 2005.
- Los cibercrimitos en el Ordenamiento español, Barcelona, 2019.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso/NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: Manual de Derecho penal económico y de la empresa, Valencia, 2023.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Valencia, 1999.
- GARCÍA MOSQUERA, Marta: La estafa de seguro, Madrid, 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid, 1966.
- GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen: La inducción a cometer el delito, Valencia, 1995.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Autoría única inmediata, autoría medita y coautoría*, CuadDJ, 1994, pp. 57-133.
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando: Intervención delictiva e imprudencia, Granada, 2004.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: La autoría mediata en Derecho penal, Granada, 1996.
- JORGE BARREIRO, Agustín: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, 1990.
- JORGE BARREIRO, Alberto: *La imprudencia profesional*, CuadDJ, 1993, pp. 221-262.
- LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen: La complicidad en el delito, Valencia, 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la STS 27-1-1984)*, RD-Cir, 1984.
- *La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, ADPCP, 1989, pp. 889-913.
- Lecciones de Derecho penal: Parte general, Valencia, 2016.
- Luzón Peña, Diego-Manuel/Díaz y García Conlledo, Miguel: *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, AF-DUA, 2000, pp. 53-88.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, RDPC, 2003, pp. 89-128.
- *Objektive positive Tatbestimmung und Tabestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale*, en: FS– Roxin, 2001.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa/Laurenzo Copello, Patricia: El Derecho penal en casos, Parte general, Valencia, 2022.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa, Parte general, Valencia, 2014.
- MIRÓ LLINARES, Fernando: *La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), 2013, pp. 1-56.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal, Parte general, Valencia, 2022.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: El delito de cohecho, Valencia, 1999.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: Compendio de Derecho penal, Parte general, Valencia, 2023.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia, 1995.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriidad, Madrid, 1990.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Granada, 1998.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: Imprudencia, en EPB, Granada, 2002.
- ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Madrid, 2000.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E: La *codelinquencia* en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995, Madrid, 2001.
- SOTO NIETO, Francisco: *Coautoría en los delitos de imprudencia médica*, LL 2002, pp. 1774-1776.
- TORRES CADAVID, Natalia: *La responsabilidad penal del asesor fiscal*, Valencia, 2019.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy: *Fraudes informático en Red: del phishing al pharming*, La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, 2007, pp. 57-66.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy/SANCHÍS CRESPO, Carolina: Delincuencia informática: tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015, Valencia, 2019.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, 2003.

32. A VUELTAS CON LA DEFINICIÓN DEL DELITO FISCAL COMO UN TIPO PENAL ABIERTO

NATALIA TORRES CADAVID¹

Profesora Permanente Laboral de Derecho Penal
Universidade de Vigo

I. DEDICATORIA

Con este trabajo quiero contribuir al libro homenaje del profesor Enrique Peñaranda Ramos, como muestra de respeto y reconocimiento por su trayectoria académica y su decisiva contribución al desarrollo del Derecho Penal. Junto a su rigor intelectual, su constante exigencia metodológica y su magisterio, he tenido ocasión de apreciar, en distintos encuentros y foros científicos, su calidad humana y su trato siempre generoso, que constituyen también una referencia para quienes compartimos la investigación penal desde otras escuelas jurídicas.

Muchas gracias, Enrique, por ser siempre un referente en todos los sentidos y por la oportunidad, que espero seguir teniendo, de continuar aprendiendo de tu ejemplo académico y personal.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Reforma y evolución del Derecho penal: límites, garantías y respuestas. Especial atención a sectores caracterizados por la vulnerabilidad de sujetos o la complejidad organizativa» (REDPENAL), PID2023-148510NB-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, siendo IPs el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, Catedráticos de Derecho penal de la Universidad de León.

Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Crisis política y sistema penal multiescalar» (MultiPLex) (PID2024-157636NB-I00), financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/, siendo IPs la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana, Catedrática de Derecho penal de la Universidade da Coruña, y el Prof. Dr. Xulio Ferreiro Baamonde, Profesor titular de Derecho procesal de la Universidade da Coruña.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS

La caracterización dogmática de los elementos que integran el tipo penal constituye un presupuesto esencial para la determinación del objeto del dolo y del tratamiento del error, así como la correcta delimitación entre tipo de injusto y culpabilidad. Estas cuestiones, que atraviesan transversalmente la teoría del delito, adquieren una especial complejidad en aquellos supuestos en los que el legislador incorpora al tipo penal elementos normativos, esto es, elementos cuya comprensión no se agota en la percepción de datos empíricos, sino que requieren de la referencia a alguna norma para ser comprendidos².

La presencia de estos elementos en el Código Penal ha dado lugar a diversos intentos de sistematización dirigidos a explicar la estructura del injusto y a resolver los problemas que se plantean en el ámbito de la imputación subjetiva. El delito fiscal ha ocupado desde hace décadas una posición central en este debate³, al haberse propuesto distintas reconstrucciones de su estructura dogmática, en particular en lo que se refiere a la delimitación del injusto típico. Ello se explica, en buena medida, por la elevada complejidad normativa del tipo penal y por la necesidad de acudir al ordenamiento tributario para concretar el significado de buena parte de sus elementos⁴, circunstancia que ha suscitado, en concreto, para lo que aquí importa, interesantes discusiones en torno a su eventual calificación como ley penal en blanco, como un tipo con elemen-

² Siguiendo el criterio de remisión normativa que propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 44, son elementos normativos en sentido amplio aquellos que requieren de la referencia a alguna norma para ser comprendidos, en contraposición con los elementos descriptivos, que serían aquellos que no precisan de dicha referencia. Para la explicación de una posible clasificación de los elementos normativos, cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, pp. 77 ss.; TORRES CADAVID, 2019, pp. 133 ss.

³ De hecho, gran parte de las investigaciones en materia de error en Alemania como en España se han desarrollado en el contexto del artículo 305 CP y del §370 AO, y sus versiones anteriores. Entre muchos otros, cfr. MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, pp. 379 ss.; BACHMANN, 1993, pp. 145 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, CDJ 1997-II, pp. 111 ss.; DLL 2017-9051, *passim*; GRACIA MARTÍN, RDPCr 13 (2004), p. 445 ss.; ROXIN, 2006, §12/91 (= 1997, §12/91); SENGE, 2008, §370; FERRÉ OLIVÉ, 2018, pp. 269 ss., 468 ss., 476 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, *passim*; FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, p. 73; HEUEL, 2016, §370; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2017, pp. 30 ss.; TORRES CADAVID, 2019, pp. 169 ss.; 2022, pp. 137 ss.; 2025, pp. 795 ss.

⁴ Existe un amplio consenso doctrinal en que el delito fiscal se articula a partir de un tipo penal integrado mayoritariamente por elementos cuyo significado solo puede precisarse mediante la interpretación de normas de Derecho tributario, de modo que la remisión a la normativa extrapenal resulta indispensable tanto para la comprensión del tipo como para la determinación de su realización. Sin embargo, este acuerdo no se extiende a la calificación dogmática de tales elementos. Para una revisión detallada de las diferentes posturas, de los autores que las defienden y, también de sus limitaciones, cfr. TORRES CADAVID, 2019, pp. 128-131.

tos normativos⁵ o, como un sector de la doctrina ha defendido, como un tipo penal abierto o integrado por elementos de valoración global del hecho⁶.

Esta última tesis, que es la que pretendo analizar en este trabajo, ha tenido diferentes formulaciones que no pueden ser tratadas aquí en detalle, pero que coinciden en afirmar que el delito fiscal incorpora elementos directamente referidos a la antijuridicidad⁷. Cabe destacar que Maiwald⁸, por ejemplo, que entendía que el elemento pretensión tributaria del Estado constituía un elemento del deber jurídico en el sentido defendido por Roxin⁹ y calificaba el error sobre la normativa tributaria como un error de prohibición, conforme opinaba que no es posible separar los elementos del delito fiscal en dos niveles identificables (conciencia del significado social y conciencia de la antijuridicidad)¹⁰. Ahora bien, el análisis que se desarrolla a continuación se centra en una propuesta más reciente en la doctrina española, conforme a la cual el elemento «indebidamente», presente en las modalidades típicas de obtención de devoluciones y disfrute de beneficios fiscales del delito fiscal del artículo 305 CP, debe ser interpretado como un elemento de valoración global del hecho, de modo que la antijuridicidad del comportamiento pasa a depender de una valoración global posterior a la realización de los elementos típicos: de la comprobación que la conducta sea «indebida»¹¹.

⁵ Siguiendo a LUZÓN PEÑA, 2025, §5/50, entiendo que en las leyes penales en blanco hay una remisión en bloque a la norma extrapenal, de modo que se le deja establecer el elemento típico (consistente precisamente en la infracción de la norma extrapenal), mientras que en los elementos normativos del tipo hay solamente una remisión interpretativa a una norma extrapenal, por lo que ésta solo sirve para interpretar el alcance de un elemento típico que ya ha establecido la propia ley penal. En este sentido, el tipo penal en blanco sería una ley penal incompleta en su contenido, mientras que el tipo penal con elementos normativos necesitaría ser interpretado conforme a la norma de remisión. Cfr. también, GARCÍA ARÁN, EPCr XVI (1992/1993), pp. 71 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 128.

⁶ Siguiendo a ROXIN, 1970, pp. 82 ss. (= 1979, pp. 132 ss.; 213 ss.); 2006, pp. 301 ss. (=1997, pp. 299 ss., 463 ss.). entiendo que los elementos de valoración global del hecho son aquellos que están constituidos por dos componentes: por unos presupuestos o circunstancias objetivas o materiales fundamentadores de la antijuridicidad (por remisión al ordenamiento jurídico), que pertenecerían al tipo; y por el juicio mismo de antijuridicidad, que se correspondería precisamente con la antijuridicidad. Cfr. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 114.

⁷ Entre otros, MAIWALD, 1984, pp. 21 ss.; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 59; 2015, p. 384 («elemento referido a la antijuridicidad»); GRACIA MARTÍN, RDPCr 13 (2004), p. 475 (que se declara seguidor de MAIWALD); MORILLAS CUEVA, 2005, p. 634; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 118 n. 64. Sobre el interesante tratamiento que propone ROXIN del §370 AO, 2006, §12/91 (= 1997, §12/91), *vid.* TORRES CADAVID, 2019, pp. 190 ss.

⁸ MAIWALD, 1984, *passim*. Cfr. GRACIA MARTÍN, RDPCr 13 (2004), p. 475.

⁹ La construcción de Maiwald se apoya en la inicial teoría de Roxin sobre las características del deber jurídico, que posteriormente denominara «elementos de valoración global del hecho». *Vid.* ROXIN, 1970, p. 147 (= 1979, p. 232). Cfr., además, MAIWALD, 1984, pp. 21 ss.

¹⁰ MAIWALD, 1984, p. 19.

¹¹ Esta propuesta ha sido desarrollada principalmente por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, pp. 117 s. Ya en TORRES CADAVID, 2019, pp. 144 ss., apuntaba las principales ideas sobre una posible propuesta de tratamiento del elemento típico «indebidamente», y Díaz y García Conlledo, ha contestado a algunas de

La delimitación de la configuración del tipo objetivo y la determinación de la naturaleza de los elementos que integran el delito del artículo 305.1 CP no responden a una preocupación meramente sistemática, sino que constituyen un presupuesto necesario para fijar el objeto del dolo y el tratamiento del error en el delito fiscal, extremo de especial relevancia en un delito que no admite modalidad imprudente. Ahora bien, es preciso advertir que la identificación de los elementos típicos como descriptivos o normativos (en sus diversas clasificaciones, incluidos los elementos de valoración global del hecho) no permite, por sí sola, ofrecer soluciones automáticas o completas a la definición del conocimiento exigido para afirmar el dolo o la calificación del error que pueda recaer sobre dichos elementos¹². Con todo, esta caracterización dogmática resulta indispensable para situar correctamente tales problemas y para evitar desplazamientos entre los ámbitos de la tipicidad y de la culpabilidad.

El elevado grado de complejidad de la materia y la imposibilidad de abordar aquí un análisis exhaustivo de los problemas justifican una referencia preliminar a los presupuestos dogmáticos desde los que se aborda la cuestión. En primer lugar, siguiendo a Luzón Peña, asumo como correcta la teoría de los elementos negativos del tipo¹³ de modo que el dolo se concibe como el conocimiento y la voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto, esto es, tanto de los elementos objetivos positivos del tipo indiciario como de la ausencia de los presupuestos objetivos o materiales de las causas de atipicidad y de justificación. Desde esta perspectiva, el dolo se configura como dolo objetivamente malo¹⁴, en cuanto exige el conocimiento de los elementos objetivos del injusto en su conjunto, sin requerir la conciencia de la antijuridicidad, que permanece como elemento autónomo de la culpabilidad. Como consecuencia de la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo, defendiendo la teoría restringida de la culpabilidad¹⁵, conforme a la cual el

estas cuestiones en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2018, pp. 119-152; 2024, pp. 217-231. Cabe señalar también, que he trabajado este tema, más recientemente en 2022, pp. 137 ss.; 2025, pp. 795 ss.

¹² Se sigue la vía intermedia propuesta por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, pp. 74 s. que parte de las distinciones entre elementos normativos y figuras afines como marco para delimitar el objeto del dolo y el tratamiento del error.

¹³ LUZÓN PEÑA, 2025, §12/10, §16/32, §17/75. Para un detallado análisis de las críticas y respuestas a dichas críticas que se le hace a la teoría de los elementos negativos del tipo, en el contexto de la teoría de la culpabilidad, *vid.* TRAPERO BARREALES, 2004, pp. 223 ss.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, 2025, §16/36. Cfr. también, OLAIZOLA NOGALES, 2007, pp. 40 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, pp. 150, 155, 169.

¹⁵ *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1997, pp. 674 s.; 1999, p. 349; 2001, p. 224; 2008, pp. 170, 173; LUZÓN PEÑA, 1995, pp. 2844, 2846; 2002, pp. 662 ss.; 2025, §17/74 ss.; TRAPERO BARREALES, 2004, pp. 223 ss.; OLAIZOLA NOGALES, 2007, p. 38 n. 17. Cabe advertir que no me parece convincente la teoría del dolo en ninguna de sus formulaciones. Para una exposición de las teorías de la culpabilidad y de las teorías del dolo y sus variantes, cfr.: MUÑOZ CONDE, 1989, pp. 25 ss.; LUZÓN PEÑA, 1995, pp. 2844, 2845 ss.; 2002, pp. 662

error invencible de prohibición excluye la conciencia de la antijuridicidad, mientras que el error que recae sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de atipicidad o de justificación constituye un error de tipo, y el error sobre la existencia o los límites de tales causas, un error de prohibición. Esta opción la considero preferible tanto por razones político-criminales, de orden legal porque creo que la teoría de la culpabilidad encaja mejor en la regulación del artículo 14.3 CP y por razones sistemáticas, al permitir una diferenciación clara entre el conocimiento de los elementos fundadores del injusto, relevante para la valoración objetiva de la conducta, y el conocimiento de la prohibición, que incide exclusivamente en la culpabilidad ¹⁶.

Siguiendo a Roxin, asumo una concepción flexible de la culpabilidad ¹⁷, conforme a la cual determinados errores de prohibición situados fuera del núcleo del Derecho penal pueden justificar una atenuación muy intensa de la pena o incluso la exclusión de la punibilidad por falta de necesidad de pena, manteniendo la conciencia de la antijuridicidad como elemento separado del dolo. Y como última elección dogmática, siguiendo a Díaz y García Conlledo, entiendo que el error específico sobre la prohibición penal de la conducta ¹⁸ puede, en determinados supuestos, incidir en la culpabilidad del sujeto cuando su motivación no es la misma con el mero conocimiento de la prohibición general del comportamiento que con el conocimiento de su concreta prohibición penal, justificando entonces la apreciación de una atenuante analógica, incluso muy cualificada, siempre que concorra efectivamente una disminución de la culpabilidad que permita una analogía material, cuya aplicación ha de concebirse, en todo caso, como facultativa.

Partiendo de estas premisas, este trabajo se propone examinar críticamente la caracterización del delito fiscal como un delito con elementos de valoración global del hecho. Para ello, el análisis se centrará en la función dogmática del elemento «indebidamente», determinando si dicho elemento cumple efectivamente los requisitos necesarios para ser considerado un auténtico elemento de valoración global del hecho o si, por el contrario, debe ser entendido como un elemento normativo típico, plenamente integrado en el tipo objetivo del injusto. Este examen permitirá, a su vez, valorar las consecuencias que se derivan de una u otra interpretación para el tratamiento del dolo y del error en el delito fiscal.

s., 664 ss.; 2025, §17/56 ss.; §17/70 ss. Cfr. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1999, pp. 339 ss.; 2008, pp. 139 ss.; TRAPERO BARREALES, 2004, pp. 78 ss.; OLAIZOLA NOGALES, 2007, pp. 35 ss., 43 ss.

¹⁶ Más ampliamente y con ulteriores referencias en TORRES CADAVID, 2019, p. 125.

¹⁷ ROXIN, 2006, pp. 944 ss. (= 1997, pp. 865, 878 ss.) Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1997, p. 675; 2008, p. 175; 2016, pp. 207 s., quien añade además que la regulación española (la rebaja de obligatoriedad de pena en el 14.3 CP) fomenta o favorece esta teoría; OLAIZOLA NOGALES, 2007, pp. 42 ss.

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 163, propone una solución próxima a la de LUZÓN PEÑA, 1995, p. 2843; 2002, p. 662; 2025, §17/50. Cfr., además, OLAIZOLA NOGALES, 2007, pp. 61 ss., 65.

III. EL ELEMENTO TÍPICO «INDEBIDAMENTE» Y LAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS DE SU CARACTERIZACIÓN COMO ELEMENTO DE VALORACIÓN GLOBAL DEL HECHO

En mi opinión, el artículo 305.1 CP incorpora el adverbio «indebidamente» tanto en relación con la modalidad típica de obtención de devoluciones como con la de disfrute de beneficios fiscales, y no exclusivamente respecto de la primera. Esta idea se desprende de la propia literalidad del precepto, que alude a la conducta de «obtener indebidamente devoluciones o disfrutar beneficios fiscales de la misma forma», expresión que solo puede entenderse referida al carácter indebido aplicable a ambas modalidades. Esta interpretación se ve además reforzada por la redacción posterior del tipo penal, que establece que la cuantía relevante viene determinada por «las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados», formulación que vincula de manera conjunta el adverbio «indebidamente» a las dos conductas típicas previstas¹⁹.

Como decía antes, existen diversas propuestas de tratamiento del delito fiscal como un tipo penal que contiene elementos referidos a la antijuridicidad, no obstante aquí, centraré el análisis en la interpretación del elemento «indebidamente»²⁰. No se trataría de un elemento normativo en sentido estricto, sino de un elemento del deber jurídico (o de un elemento especial de antijuridicidad) según la caracterización de Welzel²¹, hoy superada de manera prácticamente unánime por la doctrina²², o bien de un elemento de valoración global del hecho, conforme a la concepción desarrollada por Roxin²³. Esta forma de entender el carácter indebido de determinadas conductas típicas aparece vinculada, al menos en principio, a la problemática de los denominados tipos abiertos y a la forma en que en ellos se articula la relación entre tipicidad y antijuridicidad.

Según Roxin, los elementos de valoración global del hecho se caracterizan por poseer una doble dimensión: por un lado, describen determinados presupuestos objetivos o materiales del comportamiento; por otro, entrañan simultáneamente el juicio de antijuridicidad, que no se desprende automáticamente de la mera constatación de aquellos presupuestos²⁴. En estos supuestos, cabe distinguir entre unas circunstancias objetivas fundamentadoras de la antijuridicidad

¹⁹ TORRES CADAVID, 2019, p. 144.

²⁰ *Vid. supra* n. 7.

²¹ WELZEL, 1969, pp. 23 s., 82 s. (= 1976, pp. 41, 119 s.); 1961, pp. 24 s. (= 1964, pp. 59 s.). Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, pp. 106 s., TORRES CADAVID, 2019, p. 145.

²² Para una crítica de la postura de Welzel, *vid.*, por todos, ROXIN, 1970, pp. 60 ss. (= 1979, pp. 89 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, pp. 106 s.; LUZÓN PEÑA, 2025, §14/23.

²³ ROXIN, 1970, pp. 82 ss. (= 1979, pp. 132 ss.); 2006, pp. 301 ss. (=1997, pp. 299 ss., 463 ss.).

²⁴ ROXIN, 1970, p. 82 (= 1979, p. 132).

(que pertenecerían al tipo) y la valoración global misma, que correspondería propiamente al ámbito de la antijuridicidad. Los tipos que contienen este tipo de elementos serían, en consecuencia, tipos con elementos de valoración global del hecho, en los que el injusto no queda plenamente definido en el tipo penal estricto²⁵. Roxin niega, sin embargo, la existencia de auténticos tipos abiertos, al considerar inadmisibles que el tipo penal deje de funcionar siquiera como indicio de la antijuridicidad. Para quienes sí admiten la existencia de tipos abiertos, los tipos con elementos de valoración global del hecho constituirían precisamente una manifestación de aquellos²⁶. Sin entrar aquí en el análisis de las distintas concepciones doctrinales de los tipos abiertos ni en las críticas que se les han formulado, puede afirmarse, siguiendo a Díaz y García Conlledo (quien adopta a su vez la concepción de Luzón Peña), que existen tipos abiertos cuando el intérprete se ve obligado a acudir a la valoración que el conjunto del ordenamiento jurídico merece un hecho o conducta para decidir si esta resulta antijurídica²⁷.

En este orden de ideas, la presencia en un tipo penal de un elemento de valoración global del hecho sería indicativa de que nos encontramos ante un tipo penal abierto (en los términos apuntados) y, además, de que los elementos de valoración global del hecho pertenecen en parte al tipo y en parte a la antijuridicidad. De esta forma, pues, en relación con el delito fiscal previsto en el artículo 305.1 CP, la obtención de una devolución o el disfrute de un beneficio fiscal aparecerían, en principio, como comportamientos jurídicamente neutros o incluso lícitos, cuya eventual antijuridicidad no se desprendería directamente del tipo penal, sino de una valoración global posterior. El elemento «indebidamente» operaría así como el punto de conexión entre el tipo penal y una valoración normativa más amplia del comportamiento, necesaria para afirmar la infracción penal. Esta reconstrucción supone una alteración de la estructura clásica de los tipos penales (de los denominados cerrados), en la medida en que invierte la relación regla-excepción que los caracteriza. Mientras que en estos la regla es que la realización del tipo positivo constituya ya una lesión o puesta en peligro antijurídica del bien jurídico, en el delito fiscal la antijuridicidad no se seguiría automáticamente de la realización del tipo, sino que dependería de una valoración global extra²⁸.

Desde esta configuración estructural del injusto se derivan consecuencias relevantes en el ámbito de la imputación subjetiva, en particular

²⁵ Cfr. ROXIN, 1970, p. 82 (= 1979, p. 131); 2006, pp. 489 ss. (=1997, pp. 299 ss., 463 ss.).

²⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 113; LUZÓN PEÑA, 2025, §14/24.

²⁷ Vid. LUZÓN PEÑA, 1991, p. 96; ADPCP, 1993, p. 30 n. 41; 2025, §14/27; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 111.

²⁸ LUZÓN PEÑA, 2025, §14/27.

en lo que respecta al tratamiento del error. Si la antijuridicidad del comportamiento no se desprende directamente de la realización del tipo penal, sino de una valoración global posterior, el desconocimiento o la errónea interpretación de las normas tributarias aplicables no afectaría primariamente al conocimiento de los elementos del tipo objetivo del injusto, sino a la valoración de la ilicitud del hecho en su conjunto. El error recaería así sobre la conciencia de la antijuridicidad y no sobre el dolo típico²⁹. De este modo, el objeto del dolo queda circunscrito al conocimiento de los elementos fácticos o indiciarios del tipo, mientras que la infracción normativa que fundamenta el injusto penal se desplaza al ámbito de la culpabilidad. Ello explica que los errores relativos a la interpretación del Derecho tributario sean tratados, en este marco, como errores de prohibición y no como errores de tipo, con la consiguiente ampliación del primero y la reducción del segundo.

De este modo, la caracterización del delito fiscal como un tipo penal abierto conduce a una reducción del ámbito del error de tipo y a una expansión correlativa del error de prohibición. Los errores relativos a la interpretación de normas tributarias, a la corrección jurídica de determinadas prácticas fiscales o a la licitud de ciertas operaciones económicas serían reconducidos preferentemente al ámbito de la culpabilidad, aun cuando incidan directamente sobre el significado de elementos normativos relevantes para la configuración del injusto. Al calificar estos errores como de prohibición, se preserva la posibilidad de afirmar el dolo típico, relegando la incidencia del error al ámbito de la culpabilidad y, en su caso, de la punibilidad. El error de prohibición cumpliría así una función correctora, al permitir evitar soluciones de atipicidad subjetiva derivadas del desconocimiento o de la interpretación errónea de un entramado normativo especialmente complejo.

En suma, la caracterización del delito fiscal como tipo penal abierto, construida en torno a la función atribuida al elemento «indebidamente», conduce a una reconstrucción dogmática en la que la antijuridicidad del comportamiento depende de una valoración global posterior y en la que el tratamiento del error se desplaza de manera sistemática hacia el ámbito del error de prohibición. Estas consecuencias dogmáticas constituyen el marco conceptual desde el que debe abordarse el análisis crítico del elemento «indebidamente» y de su correcta función en la estructura del delito fiscal.

²⁹ TORRES CADAVID, 2019, pp. 186 ss.

IV. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN

Para analizar el tratamiento dogmático que se le debe dar al elemento típico «indebidamente» considero especialmente seguir la explicación de Luzón Peña de los tipos abiertos³⁰. Luzón Peña ha caracterizado los tipos abiertos señalando que su rasgo distintivo reside precisamente en la inversión de la relación regla–excepción que normalmente rige en los tipos penales cerrados. Mientras que en estos la regla es que la realización del tipo positivo o estricto suponga ya una perturbación antijurídica de bienes jurídicos, siendo la excepción la concurrencia de causas de justificación que autoricen tal perturbación y eliminen su carácter antijurídico. En los tipos abiertos sucede lo contrario: la regla es que la realización de los (restantes) elementos del tipo positivo no suponga todavía una perturbación antijurídica de bienes jurídicos (o incluso no afecte a bienes jurídicos), tratándose de una conducta normal o jurídicamente permitida, y la excepción, de carácter cualitativo, viene dada por la adición de una infracción normativa adicional, el denominado elemento de valoración global del hecho, que transforma dicha conducta en una perturbación desvalorada y prohibida de bienes jurídicos³¹.

Este enfoque permite delimitar con mayor precisión cuándo un elemento del tipo introduce una verdadera valoración global del hecho y cuándo, por el contrario, se limita a cumplir una función normativa dentro de la estructura del tipo penal. Desde esta perspectiva, entonces, el análisis debe centrarse en la función estructural que desempeña el elemento controvertido y, en particular, en comprobar dos condiciones: en primer lugar, si su presencia implica una inversión de la relación regla–excepción y, dos, si comporta una remisión al conjunto del ordenamiento jurídico para afirmar la antijuridicidad del comportamiento.

Aplicando esta metodología al análisis del elemento «indebidamente», cabe plantearse si dicho término introduce en el delito fiscal una inversión de la relación regla–excepción en los términos descritos. En efecto, si el carácter indebido fuese entendido como un elemento de valoración global del hecho, el «indebido-excepción», en palabras de Luzón Peña, añadiría una infracción adicional de normas que convertiría en antijurídica una conducta que, en el contexto de la regla, sería perfectamente conforme a Derecho. Desde esta óptica, obtener devoluciones o disfrutar de beneficios fiscales constituiría, en principio, una conducta normal y jurídicamente permitida,

³⁰ LUZÓN PEÑA, 1991, p. 96; ADPCP, 1993, p. 30 n. 41; 2025, §14/27.

³¹ LUZÓN PEÑA, 1991, p. 96; ADPCP 1993, p. 30 n. 41; 2025, §14/27.

que solo adquiriría relevancia penal mediante la concurrencia de ese elemento adicional de valoración global.

A mi juicio, sin embargo, esta primera condición no se cumple en el delito fiscal. El elemento «indebidamente», interpretado en conjunto con los restantes elementos que integran las dos modalidades típicas de defraudación mediante obtención de devoluciones y disfrute de beneficios fiscales, no introduce una infracción normativa adicional que transforme una conducta inicialmente lícita en una perturbación desvalorada de bienes jurídicos. Antes bien, incluso prescindiendo del término «indebidamente», la realización de dichas conductas ya presenta un carácter defraudatorio que impide calificarlas como comportamientos normales o ajustados a Derecho³². Por ello, la supresión del adverbio «indebidamente» no eliminaría la naturaleza defraudatoria de tales conductas ni alteraría su carácter típicamente antijurídico. En este sentido, la relación regla–excepción permanece intacta en los términos habituales de los tipos penales cerrados: la regla es que la realización del tipo positivo o estricto supone ya una perturbación antijurídica de bienes jurídicos, mientras que la excepción viene dada por la concurrencia de causas de justificación que, en su caso, autoricen dicha perturbación y eliminen su carácter antijurídico. No se produce, por tanto, la inversión estructural que caracteriza a los tipos abiertos ni la lógica propia de los elementos de valoración global del hecho.

Díaz y García Conlledo ha formulado, en relación con este punto, una observación muy próxima a la aquí sostenida, al señalar que la idea de la inversión de la relación regla–excepción no resulta especialmente clara en el delito fiscal, puesto que incluso si se suprimiera el adverbio «indebidamente», el carácter defraudatorio de la conducta, exigido expresamente por el tipo, dificulta concebirla como una conducta normal, no desvalorada o conforme a Derecho³³. No obstante, puntualiza que el término «indebidamente» podría suponer una remisión con carácter de valoración global del hecho para determinar uno de los posibles modos de defraudación tipificados por el precepto, de modo que, en todo caso, dicho término habría de ser entendido como un elemento de valoración global de la conducta³⁴.

Ahora bien, incluso aceptando esta última afirmación, surge inmediatamente la cuestión de si el elemento «indebidamente» añade realmente un plus de antijuridicidad a la conducta típica. A mi entender, esta conclusión no resulta compatible con la propia definición de los elementos de valoración glo-

³² TORRES CADAVID, 2019, pp. 148-149.

³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 118 n. 64.

³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 118 n. 64.

bal del hecho. En efecto, no nos encontramos aquí ante un comportamiento que, en ausencia de dicho elemento, no genere una perturbación antijurídica de bienes jurídicos. Por el contrario, la realización de una conducta defraudatoria consistente en la obtención de devoluciones o en el disfrute de beneficios fiscales, aun prescindiendo del adverbio «indebidamente», supone ya la concurrencia de los presupuestos materiales de la prohibición penal, esto es, de todas las circunstancias que fundamentan la antijuridicidad penal de la conducta y justifican su tipificación.

La segunda condición que debería cumplir el término «indebidamente» para ser calificado como elemento de valoración global del hecho es la de implicar una remisión al conjunto o a la totalidad del ordenamiento jurídico para completar la descripción típica. Tampoco esta exigencia se satisface, a mi juicio, en el delito fiscal previsto en el artículo 305.1 CP. El carácter indebido de una devolución o de un beneficio fiscal debe determinarse necesariamente por referencia a la normativa tributaria, aun cuando esta pueda apoyarse, de forma instrumental, en otros sectores del Derecho, como el civil, el mercantil o el administrativo. La ilegalidad o la contrariedad a Derecho de la devolución encuentra su marco de referencia específico en el Derecho tributario y no en una valoración global del ordenamiento jurídico en su conjunto³⁵.

En consecuencia, desde esta perspectiva, caben dos interpretaciones del elemento «indebidamente». O bien se trata de un elemento superfluo desde el punto de vista estructural del tipo penal, o bien, y esta es la opción que considero más razonable, debe interpretarse conforme a la primera acepción del término «indebido» recogida en el Diccionario de la RAE, esto es, como aquello que no es obligatorio o exigible, y no en el sentido de ilícito, injusto o falto de equidad, que corresponde a una acepción distinta y que ha sido mayoritariamente asumida por la doctrina³⁶.

Dos argumentos refuerzan esta interpretación. En primer lugar, la introducción expresa de la modalidad de obtención de devoluciones mediante la LO 6/1995, de 29 de junio, respondió a la voluntad del legislador de corregir una interpretación previa del delito fiscal que limitaba su ámbito de aplicación a los supuestos de falta de ingreso en la Hacienda Pública. Al incorporar explícitamente la obtención de devoluciones, el legislador precisó que también se defraudaba cuando la Hacienda Pública se ve obligada a pagar al contribuyente una devolución que no es debida, en el sentido de no obligatoria o exigible. En estrecha relación con lo anterior, el propio tenor literal del artículo 305.1 CP refuerza esta

³⁵ TORRES CADAVID, 2019, p. 150.

³⁶ TORRES CADAVID, 2019, p. 150.

conclusión cuando establece que la cuantía relevante viene determinada por «la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados». En este contexto, el adverbio «indebidamente» cumple la función de expresar el desvalor del resultado en estas dos modalidades típicas, junto con la cuota defraudada y el importe no ingresado, evitando que dichas conductas queden carentes de un término que refleje su carácter desvalorado³⁷.

En suma, el elemento «indebidamente» debe ser entendido en el sentido de no obligatorio o exigible (y no en el sentido de ilícito o injusto) como un elemento normativo del tipo, en cuanto remite a un conjunto de normas, fundamentalmente tributarias, necesarias para delimitar el alcance del comportamiento típico, pero sin introducir una valoración global del hecho ni desplazar el fundamento de la antijuridicidad fuera del tipo penal. Esta interpretación permite preservar la estructura dogmática del delito fiscal y evita una caracterización del mismo como delito integrado por elementos de valoración global del hecho.

V. ALGUNAS CONSECUENCIAS EN EL TRATAMIENTO DEL ERROR

Una vez adoptada una interpretación alternativa del elemento «indebidamente», el tratamiento del error en el delito fiscal debe abordarse desde una reconstrucción distinta de la estructura del tipo penal y del objeto del dolo. En particular, la consideración de dicho elemento como un elemento normativo del tipo (en sentido estricto) impone analizar el error conforme a los criterios generales de la teoría del delito, sin recurrir a desplazamientos sistemáticos hacia el ámbito de la culpabilidad³⁸.

Desde la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo y de la concepción del dolo como dolo objetivamente malo, el dolo exige el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo total de injusto, incluidos los elementos normativos que delimitan el carácter defraudatorio de la conducta. En este marco, el carácter indebido de la obtención de devoluciones o del disfrute de beneficios fiscales forma parte del contenido cognoscitivo del dolo, en la medida en que permite afirmar que el sujeto conoce la concurrencia de los presupuestos objetivos que fundamentan la prohibición penal. El error que

³⁷ TORRES CADAVID, 2019, p. 151.

³⁸ En este trabajo se adopta la postura de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, *passim*., para el tratamiento del error sobre elementos normativos del tipo.

recaiga sobre dichas circunstancias impide, por tanto, afirmar el conocimiento completo del tipo objetivo del injusto³⁹.

La consecuencia dogmática de esta reconstrucción es clara: el error sobre la obtención indebida de devoluciones o el disfrute indebido de beneficios fiscales constituye un error de tipo. No se trata de un error sobre la ilicitud global del hecho, sino de un error que afecta al conocimiento de uno de los elementos objetivos que integran el tipo penal. En la medida en que dicho error excluye el dolo, conduce a la atipicidad subjetiva del comportamiento porque, como decía antes, el delito fiscal es un delito que no admite la modalidad imprudente. Parte de la doctrina ha considerado excesivamente severa esta consecuencia desde un punto de vista político-criminal, lo que ha favorecido el recurso a otras reconstrucciones dogmáticas que procuran desplazar el error hacia la culpabilidad mediante la ampliación del ámbito del error de prohibición⁴⁰.

Sin embargo, considero que estas dificultades no pueden resolverse a través de una alteración de la estructura del tipo penal ni mediante una redefinición del objeto del dolo. La expansión del error de prohibición para absorber errores que recaen sobre elementos normativos del tipo supone una desnaturalización de la tipicidad subjetiva y una confusión entre tipicidad y culpabilidad incompatible con la función garantista del tipo penal. Las exigencias de política criminal deben ser atendidas, en su caso, a través de los instrumentos dogmáticos que tenemos a disposición, dentro de la teoría de la culpabilidad⁴¹. En particular, la aceptación de una concepción flexible de la culpabilidad, en la línea propuesta por Roxin, permite modular las consecuencias penales de determinados errores de prohibición situados fuera del núcleo del Derecho penal, sin necesidad de alterar el objeto del dolo ni de redefinir el contenido del tipo penal. Asimismo, cuando concurren circunstancias que reduzcan de manera relevante la capacidad de motivación del sujeto por la norma, podrá valorarse la aplicación de atenuantes de culpabilidad, incluso de carácter muy cualificado, siempre que se respeten los presupuestos sistemáticos correspondientes.

En este contexto, la intervención de asesores fiscales y la distribución de roles en la toma de decisiones tributarias adquieren relevancia a efectos de la imputación subjetiva, pero no permiten una reconducción automática del error al ámbito de la prohibición. Será necesario examinar en cada caso si el

³⁹ La doctrina unánimemente considera que el error sobre los presupuestos fácticos empíricos de un elemento normativo del tipo es un error de tipo (que excluye el dolo). Cfr., entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 205; FAKHOURI GÓMEZ, 2009, pp. 33 s.; LLP 2011-82, pp. 61 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2016, p. 423; LUZÓN PEÑA, 2025, §17/18

⁴⁰ Cfr. TORRES CADAVID, 2019, pp. 185 ss.

⁴¹ Cfr. sobre la discusión sobre la adopción en el delito fiscal la teoría del dolo o de la teoría de la culpabilidad, TORRES CADAVID, 2019, pp. 206 ss.

error del obligado tributario o del asesor recae sobre elementos del tipo objetivo del injusto o sobre la conciencia de la antijuridicidad, atendiendo a la concreta posición del sujeto, a su acceso a la información relevante y a su grado de dominio sobre el hecho.

En concreto, en esta materia, cabe puntualizar que el error sobre los elementos normativos del delito fiscal y, por tanto, el error sobre las normas extrapenales que regulan la aplicación de los tributos sigue y seguirá siendo una cuestión ampliamente estudiada y profundamente controvertida, con una trascendencia práctica decisiva tanto para la determinación de la responsabilidad penal de los obligados tributarios como para la de sus asesores⁴². En efecto, siempre que el delito fiscal incorpore términos cuyo significado incida de manera directa en el tipo subjetivo de injusto, en la medida en que el conocimiento del fundamento de la prohibición penal necesario para la existencia de dolo vaya necesariamente unido al conocimiento de la norma extrapenal de remisión que lo complementa, no será posible, prácticamente, encontrar errores de prohibición (en estricto sentido). Esto es así porque, si el sujeto conoce la obligación jurídico-tributaria material, entonces, además de no existir un error de tipo y concurrir el dolo, parece difícil o imposible que se produzca un error de prohibición⁴³. No obstante, puede concurrir un error sobre la prohibición penal de la conducta, sobre su carácter delictivo que, aunque es menos eficaz que el error de prohibición, no resulta irrelevante, sino que puede desplegar efectos atenuatorios que pueden ser importantes en su caso (atenuantes muy cualificadas). Este error se daría en aquellos supuestos en los que el sujeto reflexiona expresamente sobre si el hecho está o no penalmente prohibido. Lo normal será que llegue a advertir su prohibición, pero puede suceder que, aun siendo consciente de la ilicitud, considere erróneamente que se trata únicamente de una infracción tributaria. Por el contrario, existirá error de tipo cuando la equivocación o igno-

⁴² En concreto, sobre el error en el delito de defraudación tributaria, entre muchos otros, cfr. MUÑOZ CONDE, ADPCP 1986, pp. 379 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, CDJ 1997-II, pp. 111 ss.; DLL 2017-9051, *passim*; FERRÉ OLIVÉ, 2018, pp. 269 ss., 468 ss., 476 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008, *passim*; 2018, 143 ss.; 2024, pp. 217 ss.; FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, 60 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2017, *passim*; 2024, 53 ss.; TORRES CADAVID, 2019, pp. 169 ss.; 2022, pp. 137 ss.; 2025, pp. 795 ss.; CUELLO CONTRERAS, RECPC 22, 2020, pp. 1 ss.; CISNEROS GONZÁLEZ, 2023, pp. 155 ss.; PARADA CANO-LASSO, DLL 2024-10492, pp. 1 ss.

⁴³ En este sentido entiendo que, en el delito de defraudación tributaria, el dolo abarca el conocimiento de la existencia de la norma de remisión, en concreto de la obligación tributaria, y con ello la conciencia de la antijuridicidad. Entonces parece que no es posible distinguir claramente la función de llamada del dolo del conocimiento de la prohibición. Por lo que, en consecuencia, tanto un error sobre las circunstancias fácticas empíricas del hecho como un error sobre la existencia de la obligación, y con ello (habría que aceptar) sobre la prohibición, tendrían el efecto de excluir el dolo, y así estos dos errores tendrían el tratamiento de un error de tipo. Así mismo, aunque partiendo de la teoría del dolo, *vid.* FAKHOURI GÓMEZ, LLP 2011-82, 68 ss. Cfr. Torres Cadavid, 2019, pp. 205 s.

rancia impidan conocer el significado o la concurrencia en el hecho del sentido material auténtico del elemento típico, siempre que ello imposibilite la comprensión de los propios presupuestos de la prohibición. En particular, si la equivocación o ignorancia impiden al sujeto conocer la obligación tributaria, el error habrá de calificarse necesariamente como error de tipo⁴⁴.

Desde esta perspectiva, la interpretación del elemento «indebidamente» como elemento normativo del tipo permite ofrecer una reconstrucción coherente del tratamiento del error en el delito fiscal, preservar la delimitación entre tipicidad y culpabilidad y asumir de forma explícita las consecuencias que se derivan de la configuración del tipo penal. Solo desde esta premisa resulta posible evitar una expansión del error de prohibición y mantener una concepción del dolo compatible con las exigencias sistemáticas y garantistas del Derecho penal, incluso en un ámbito normativamente complejo como el tributario.

BIBLIOGRAFÍA

- BACHMANN, Jochen: *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Berlin, 1993.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Problemas de la prueba y del error en el delito fiscal*, Cuadernos de Derecho Judicial 1997-II, pp. 111-132.
- *Cuestiones de error (artículo 14 CP) en los delitos económicos y especialmente en el delito fiscal*, Diario La Ley 2017-9051.
- CISNEROS GONZÁLEZ, José María: *El tratamiento del error en el delito fiscal: reflexiones a propósito de la relevancia del desconocimiento de la defraudación tributaria*, Revista de derecho y proceso penal 72, 2023, pp. 155-172.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *Dolo y valoración. Restricciones del tipo subjetivo en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo. Peculiaridades de la imprudencia, ejemplificadas en la insolvencia punible imprudente*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología 22, 2020, pp. 1-38.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, I, Valencia, 1997, pp. 657-703.
- *El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999, pp. 335-368.
- «¿Error de tipo o error de hecho?», El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Pamplona, 2001, pp. 207-228.

⁴⁴ Para una explicación detallada de mi propuesta de tratamiento del error, cfr. TORRES CADAVID, 2019, pp. 203 ss.

- El error sobre elementos normativos del tipo penal, Madrid, 2008.
 - *Imputación subjetiva y problemas de error en el Derecho penal económico y empresarial*, Fraude a consumidores y Derecho Penal. Fundamentos y talleres de leading cases, Madrid/Montevidéo/Buenos Aires, 2016, pp. 199-233.
 - *Peculiaridades del error en el Derecho penal económico*, 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, Madrid, 2018, pp. 119-151.
 - *Supuestos de error en derecho penal de empresa*, El principio de responsabilidad penal por el hecho, Madrid, 2024, pp. 217-231.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila: Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático, Cizur Menor, 2009.
- *El tratamiento del error sobre el delito fiscal: desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en España y en Alemania y propuestas de solución*, La Ley Penal 2011-82, pp. 60-81.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Valencia, 2018.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, Estudios Penales y Criminológicos XVI (1992/1993), pp. 63-103.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *Recensión sobre Martínez-Buján Pérez, Carlos: Derecho penal económico. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp. , Revista de Derecho Penal y Criminología 13 (2004), pp. 445-481.
- HEUEL, Ingo: «§370. Steuerhinterziehung», Steuerstrafrecht Kommentar, I, Köln, 2016, pp. 585-622 (es una edición actualizable).
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Concurrencia aparente o real de error sobre supuestos o sobre límites de una causa de justificación (Error sobre la ilegalidad de una detención intimidatoria de autoridad por funcionario)*, Estudios Penales, Barcelona, 1991, pp. 83-112.
- *La relación del merecimiento y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993, 21-33.
 - *Error de tipo y error de prohibición*, Enciclopedia Jurídica Básica II, Madrid, 1995, pp. 2838-2845
 - *Error de tipo y error de prohibición*, Enciclopedia Penal Básica, Granada, 2002, pp. 655-664.
 - Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 4.ª ed., Valencia, 2016.
- MAIWALD, Manfred: Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, Heidelberg, 1984.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Parte General, 5.ª ed., Valencia, 2016.
- El error en la teoría jurídica del delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa, Valencia, 2017.

- *Los elementos subjetivos del tipo y el dolo (caracterización y ubicación sistemática a la luz de la concepción significativa de la acción)*, Revista Ius Criminale 1, 2024, pp. 53-82.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Lección 26. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Derecho penal español, Parte Especial, 2.^a ed., Madrid, 2005, pp. 629-639.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986, pp. 379-393.
- *El error en Derecho penal*, Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*, 9.^a ed., Valencia, 2015.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Madrid, 2007.
- PARADA CANO-LASSO, Sofía: *El «derecho al error» en el ámbito tributario y su posible alcance en el delito fiscal*, Diario La Ley 10492, 2024.
- ROXIN, Claus: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.^a Aufl., Berlin, 1970.
- *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, 1979.
- *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997.
- *Strafrecht, AT: Grundlagen, der Aufbau de Verbrechenslehre*, Bd. 1, 4.^a Aufl., München, 2006.
- SENGE, Lothar: «§370. Steuerhinterziehung», Kurtz Kommentar, München, 2008.
- TORRES CADAVID, Natalia: *La responsabilidad penal del asesor fiscal: problemas de autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, Valencia, 2019.
- *El error (de tipo) sobre la normativa de remisión en el delito fiscal*, Debates y aportes al sistema integral de derecho penal. Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar, vol. 1, Bogotá, 2022, pp. 137-169.
- *El error sobre el elemento «indebidamente» del delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 CP, ¿un error sobre la valoración global del hecho?*, Un derecho penal moderno para una democracia del siglo XXI: Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez, Valencia, 2025, pp. 795-802.
- TRAPERO BARREALES, María A.: *El error en las causas de justificación*, Valencia, 2004.
- WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.^a Aufl., Berlin, 1969. (= *Derecho Penal alemán, Parte General*, 2.^a ed., Santiago de Chile, 1976).
- *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4.^a Aufl., Göttingen, 1961.
- *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964.

33. EL DELITO DE PRENDER FUEGO A MONTES O MASAS FORESTALES: COMENTARIO AL ARTÍCULO 354 CP

MARÍA A. TRAPERO BARREALES
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN¹

El año 2025 ha sido un verano negro². Este sería el titular si se hablara de incendios forestales en este año, y específicamente en la época estival. Los grandes incendios, de sexta generación³, han afectado principalmente a tres Comunidades Autónomas, Galicia, Castilla y León y Extremadura, y más concretamente, a las provincias de Ourense y Lugo, León y Zamora y Cáceres.

Las factores que contribuyen a la aparición de estos grandes incendios son muy variados, exigiendo la adopción de muy diferentes medidas para su prevención. A su vez, en el surgimiento de un incendio forestal pueden inter-

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación PID2023-148510NB-I00 financiado por MICINNU/AEI/10.13039/501100011033, así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León; en todos los casos el investigador principal y director es el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo y en el PID2023-148510NB-I00 es segunda IP la Prof.^a Dra. María A. Trapero Barreales.

² V. La superficie afectada en 2025, según la información provisional publicada en <https://www.miteco.gob.es/content/dam/mites/es/biodiversidad/temas/incendios-forestales/Avance%20informativo%2030%20de%20noviembre%202025.pdf>, asciende a 351.347,09 ha, faltando por computar un incendio más, tal como se explica en la nota aclaratoria sobre estos datos.

³ Los incendios de sexta generación se caracterizan por su alta capacidad devastadora, la imposibilidad de su extinción y las grandes dimensiones que alcanzan. Véase CALVO GALVÁN, 2021, p. 27.

venir diferentes causas, entre las que ha de citarse la conducta humana, dolosa o imprudente, que está guiada por diferentes motivaciones⁴.

Como última medida preventiva hemos de citar al CP, en la medida en que se acepte que el Derecho penal tiene como principal misión la protección de bienes jurídicos a través de la prevención⁵.

No hay discusión en torno a la justificación de la intervención penal en la prevención (y sanción) de los incendios forestales, afirmación apoyada en la importancia del bien jurídico que ha de ser protegido, el medio ambiente, aunque en la ubicación sistemática de los incendios forestales se haya optado por el criterio de la unificación atendiendo al medio comisivo incendiario entre los delitos contra la seguridad colectiva, con el resto de los delitos de incendio⁶.

En esta decisión de recurrir al Derecho penal para la prevención (y sanción) de incendios forestales, ya desde la reforma del CP anterior en 1987, se ha introducido una modalidad delictiva que genera gran debate sobre su exégesis: el delito consistente en prender fuego a monte o masa forestal sin que llegue a propagarse el incendio (por causas ajenas a la voluntad del sujeto).

En este breve comentario en homenaje al Profesor Peñaranda Ramos se va a tratar de dar respuesta a las dos cuestiones centrales que plantea el estudio del artículo 354 CP: la naturaleza de este delito y de la eximente recogida en este mismo precepto penal.

II. EL DELITO DE PRENDER FUEGO A MASAS FORESTALES SIN PROPAGACIÓN DEL INCENDIO (ART. 354.1 CP)

Este tipo privilegiado o atenuado de incendio forestal se define legalmente como prender fuego al monte o masa forestal sin que se propague el incendio por este objeto material.

⁴ Las causas de los incendios forestales y las motivaciones humanas, en conductas dolosas e imprudentes, aparecen identificadas en los datos estadísticos del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Por ejemplo, en los datos estadísticos de 2021: <https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/incendios-forestales/estadisticas-datos.html>.

⁵ Para más detalles sobre las funciones del Derecho penal, entre ellas, la citada en el texto, LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 14 ss.

⁶ En la explicación sobre el principal bien jurídico protegido, el medio ambiente [al equilibrio medioambiental se refiere la STS 317/2021, 15 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1696)], no se toma en consideración la modalidad delictiva del artículo 352.2 CP, donde se pone en primer lugar la protección de la vida e integridad personales frente al riesgo o peligro generado por el incendio forestal. Desde la reforma aprobada por la LO 1/2015, también en el artículo 353.1.4.^a CP se ha introducido una circunstancia cualificante que parece que pone en primer lugar la protección de bienes personales, al castigar más gravemente el incendio forestal que afecte a zonas próximas o núcleos de población o a lugares habitados.

La previsión de esta modalidad delictiva ha servido para construir doctrinalmente la teoría general sobre la fase ejecutiva, más concretamente, en la explicación sobre el inicio de la ejecución y su delimitación con la fase de actos preparatorios, impunes, principalmente en los incendios forestales, y, más allá, en los delitos de incendio en general⁷ y, adicionalmente, para la explicación de la consumación de estos delitos: con el incendio, lo que supone o significa que ha de tratarse de un fuego que se propaga autónomamente sobre el objeto material⁸.

Aunque la respuesta requiere un estudio pormenorizado que aquí no puede llevarse a cabo, *a priori* la primera deducción sobre el inicio de la fase ejecutiva de los incendios forestales puede ser asumible, si comparamos los diferentes verbos típicos utilizados por el legislador en la descripción de los delitos de incendios forestales (arts. 352 y 353: incendiar, incendio, artículo 354.1, prender fuego sin llegar a propagarse el incendio). No es tan evidente que pueda extraerse esta misma conclusión en todos los delitos de incendio, ni en el inicio de la fase ejecutiva ni tampoco en la fase de la consumación, probablemente no en el descrito en el artículo 351 CP⁹, pues su descripción típica es provocar un incendio, y el elemento central para su interpretación es la puesta en peligro personal, y con reservas también en el delito de incendio de bienes propios, artículo 357 CP, principalmente porque en su redacción típica no se alude a la conducta, incendiar, sino que se ha optado por una redacción propia del DP de autor: el incendiario de bienes propios.

En todo caso, la decisión de si el delito consistente en prender fuego a monte o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio puede servir para explicar el inicio de la fase ejecutiva y la consumación de los incendios forestales depende de la interpretación que se mantenga sobre esta figura delictiva construida como un tipo privilegiado o atenuado de incendio forestal.

Y sobre este particular cabe diferenciar tres posturas en la doctrina: la tesis que defiende que nos encontramos ante un delito consumado de incendio forestal; la tesis que interpreta que se ha tipificado expresa y autónomamente la ten-

⁷ De esta opinión, PRATS CANUT, 2008, p. 244. Comparte esta opinión TAMARIT SUMALLA, 2024, p. 927.

⁸ Para más detalles, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC, 1996, pp. 409 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC, 1996, pp. 1186 ss.; 1999, pp. 73 ss., p. 130.

⁹ No comparte la interpretación sobre el inicio de la ejecución, entre otros, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC, 1996, pp. 409 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC, 1996, pp. 1186 ss.; más claramente en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1999, pp. 73 ss., 130, pues este autor admite que los actos anteriores al acto de prender fuego en el objeto sí forman parte de la fase ejecutiva, atendiendo al plan del autor: de esta forma, reconoce que constituye una tentativa inacabada la conducta de rociar con el combustible el objeto, prender el fósforo pero sin aplicarle aún al objeto..., ofreciendo esta explicación en la exégesis del delito de incendio común, artículo 351 CP (p. 74 s.).

tativa, acabada, de incendio forestal y la tesis que mantiene que se trata de la tipificación de la tentativa, acabada, de incendio forestal elevada a delito autónomo.

Para el primer sector de la doctrina nos encontramos ante un delito consumado¹⁰, regulando un supuesto normal o no especial en todo caso, porque la consumación en los delitos de incendio ha de establecerse en el momento en el que el objeto al que se le prende fuego comienza a arder de manera autónoma, circunstancia que sí se produce en este tipo penal privilegiado.

Se ofrecen varios argumentos para llegar a esta conclusión. Comenzando por el literal o gramatical, se toma en cuenta la propia redacción del artículo 354.1 CP al referirse a «sin que llegue a propagarse el incendio»¹¹.

El segundo argumento descansa en el concepto de incendio y la forma como se establece la consumación en los delitos de incendio: se está ante un incendio, consumado, cuando el fuego se comunica al objeto material, comenzando la combustión autónoma del objeto con posibilidad de propagación a otras partes del mismo, con independencia de que se llegue a producir o no dicha propagación¹².

¹⁰ Esta interpretación se ha defendido también en el anterior CP. Véase, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, 1990, p. 1507; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, 1993, p. 527; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC 1996, pp. 409 ss. Ya con la regulación vigente de los delitos de incendios forestales, ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR, 1996, pp. 1638 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC 1996, pp. 1187 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1999, pp. 130 ss., p. 135; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1997, p. 3364; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2004, p. 351; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, 2012, p. 1252; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, 2001, p. 199; 2004, pp. 100 ss.; MORENO ALCÁZAR, 2002, pp. 510 ss.; MORENO ALCÁZAR, 2016, p. 241; CUGAT MAURI, 2004, p. 1516; MONGE FERNÁNDEZ, 2006, p. 212; MONGE FERNÁNDEZ, 2024, pp. 410 ss.; LANDERA LURI, EPC, 2008, pp. 136 ss.; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, 2021, p. 622; ARMAZA ARMAZA, 2023, p. 667; ABADÍAS SELMA, 2023, p. 455; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 659; MARAVER GÓMEZ, 2024, núm. 14845, 14848. También parece defender esta interpretación CARDENAL MONTRAVETA, 2024, p. 1585, al afirmar que se trata de un incendio de menor relevancia objetiva. Califica de modalidad atenuada del artículo 352 CP, por tanto, se trata de un delito consumado, la STS 317/2021, 15 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1696).

¹¹ Recurren a este argumento literal, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, 1993, p. 527; ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR, 1996, p. 1638; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC 1996, p. 409 n. 14; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC 1996, p. 1187 n. 16; 1999, p. 130 n. 187; MORENO ALCÁZAR, 2016, p. 241; LUZÓN CUESTA, 2023, pp. 372 ss. Véase, también STS 317/2021, 15 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1696).

¹² Para más detalles, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC, 1996, pp. 409 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC, 1996, pp. 1187 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1999, p. 130. Véase, también, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, 1993, p. 527; ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR, 1996, pp. 1638 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1997, p. 3364; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2004, p. 351; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, 2012, p. 1252; RUIZ RODRÍGUEZ, 2016, p. 54; RUIZ RODRÍGUEZ/SOLARI MERLO, 2023, p. 54 ss.; MORENO ALCÁZAR, 2016, p. 241; ARMAZA ARMAZA, 2023, p. 667; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 659. Para LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 165, el concepto de incendio ha de entenderse como la propagación del fuego al objeto aunque sea mínima y no llegue a su absoluta destrucción. En términos parecidos MARAVER GÓMEZ, 2024, núm. 14848, cuando advierte que la diferencia entre los artículos 352 y 354.1 CP depende de la mayor o menor propagación del incendio. Para LANDERA LURI, EPC, 2008, pp. 136 ss., el contenido de los verbos típicos de los artículos 352 y 354.1 CP es idéntico, apoyando esta consideración en la tesis de que el delito de incendio es deli-

Adicionalmente, se ha añadido que, en la regulación de este tipo privilegiado se exige el peligro real de propagación del incendio, lo que supone o significa que el fuego ha de prender en el monte o masa forestal y este objeto ha de arder de manera autónoma. En este caso el peligro para el bien jurídico protegido comienza en el momento en el que se prende fuego a la masa forestal, al margen y con independencia de que, por las circunstancias concretas del caso, el riesgo real de propagación existente no se llegue a materializar o producir. A mayor abundamiento, se está en presencia de un delito contra la seguridad colectiva, lo que significa que se trata de un delito en que el peligro para el bien jurídico mediante el riesgo de propagación ha de ser objetivo y real, por lo que han de darse las condiciones objetivas para que el incendio consumado que se inicia con la quema del primer árbol pueda propagarse. Si ello no es así, porque lo incendiado se consume sin posibilidad de propagación, será una conducta atípica, por faltar el elemento típico de peligro, a no ser que se pueda incluir en el Título XVI, relativo a la protección del medio ambiente, en el Capítulo IV, sobre los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna¹³.

Para los partidarios de la tesis de la consumación la cuestión que ha de plantearse de manera inmediata es de qué manera se establece y castiga la imperfecta ejecución en los delitos de incendios forestales. En particular, habrán de explicar cuándo se estará ante la tentativa del delito de incendio forestal básico del artículo 352.1 CP y cuándo ante la tentativa del delito de incendio forestal privilegiado del artículo 354.1 CP. Porque, si la distinción entre el delito básico de incendio forestal del artículo 352.1 CP y el incendio forestal privilegiado del artículo 354.1 CP es que haya propagación efectiva del incendio, en el primer caso, o solo riesgo de propagación del incendio, en el segundo, cuando el sujeto se dispone a prender fuego a masa forestal, ¿se estará ante una tentativa? Y esta tentativa, ¿de qué modalidad delictiva? Y cuando ya ha

to de peligro abstracto o porque la consumación se ha de establecer en la capacidad en abstracto del fuego para propagarse. Ofrece también otro argumento, en su opinión decisiva, las consecuencias que se derivarían (de impunidad) si se establece una interpretación diferente a estos verbos incendiar, prender fuego, en los artículos 352 y 354 CP. Por su parte, la STS 317/2021, 15 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1696), descarta la aplicación del artículo 354.1 CP cuando se produce la propagación del fuego, reconociendo, no obstante, que habrá casos en los que no resulte fácil determinar si se ha llegado a producir o no la propagación del incendio, pues entre el momento en el que el objeto incendiado combustiona autónomamente y el momento en el que puede claramente apreciarse la propagación pueden surgir zonas difusas o fases intermedias. El criterio delimitador habrá de ser el de la escasa significación del incendio producido. Esta interpretación ya había sido planteada en la STS 1389/2003, 24 de octubre, entendiendo que el artículo 354.1 se aplicará cuando se inicia la combustión de algún material arbustivo por la aplicación del fuego, el incendio forestal del artículo 352 CP cuando este foco se desborda y se desarrolla. En el caso enjuiciado se ha calificado de incendio forestal al haberse calcinado una superficie de 40 y 65 metros cuadrados.

¹³ De esta opinión RUIZ RODRÍGUEZ, 1997, pp. 90 ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, 2016, pp. 54 ss.; RUIZ RODRÍGUEZ/SOLARI MERLO, 2023, pp. 54 ss.

comunicado el fuego al objeto que pretende incendiar, a la masa forestal o al monte, pero aún no ha comenzado su combustión autónoma, se planteará la tentativa, pero ¿desde qué modalidad delictiva?

A no ser que, desde la defensa de que el artículo 354.1 CP tipifica un delito consumado de incendio forestal, se interprete que las formas de imperfecta ejecución han de plantearse siempre desde este tipo privilegiado de incendio forestal, recurriendo para ello a datos objetivos, desde el inicio y desarrollo de la conducta prender fuego a masa forestal¹⁴, pues, desde el punto de vista del dolo, el sujeto ha de actuar en todo caso con dolo de cometer un incendio forestal, es decir, con dolo de que el fuego se propague efectivamente por la masa forestal. Por tanto, cuando el sujeto esté a punto de prender fuego o cuando ha prendido fuego pero aún no ha comenzado la combustión autónoma de la masa forestal, ambos casos serán supuestos de tentativa, inacabada y acabada, del delito de prender fuego a masa forestal del artículo 354.1 CP.

Para otro sector de la doctrina en el artículo 354.1 CP en realidad se está ante la tipificación expresa de una tentativa acabada de incendio forestal, ya que el autor ha practicado todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pero falta un elemento típico para su consumación: la propagación del incendio¹⁵.

El principal argumento para la defensa de esta tesis estriba en un concepto diferente de incendio y, consecuentemente, de consumación en los incendios forestales. Para que haya un incendio y, en particular, un incendio forestal, es necesario que el fuego se comunique al monte o a la masa forestal, comience su combustión autónoma y, adicionalmente, el fuego se propague por el objeto material¹⁶; por tanto, la consumación requiere la efectiva propagación del in-

¹⁴ Pues, como han señalado PRATS CANUT, 2008, p. 244; TAMARIT SUMALLA, 2024, p. 927, las acciones anteriores a la de prender fuego (por ejemplo, acumular material combustible, rociar con gasolina) pertenecen a la fase de actos preparatorios impunes.

¹⁵ Esta tesis también se ha defendido con la regulación del CP 1944/1973, aquí calificando el delito de prender fuego a masa forestal como delito frustrado. Véase, de esta opinión, entre otros, GONZÁLEZ GUITIÁN, 1989, p. 374; ORTS BERENGUER, 1990, p. 997; ORTS BERENGUER, 1993, p. 1007; BUSTOS RAMÍREZ, 1991, p. 246; POLAINO NAVARRETE, 1991, pp. 389 ss.; GONZÁLEZ RUS, 1992, p. 389. Ya con la regulación actual del artículo 354.1 CP, son partidarios de la tesis de la tentativa, FEJOO SÁNCHEZ, 1997, p. 977; GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 121, si bien este autor cambia de opinión en GONZÁLEZ RUS, 2005, p. 744, al considerar ahora que estamos ante un delito consumado de incendio forestal; RODRÍGUEZ SOL, 1999, 531 ss.; VERCHER NOGUERA, 2002, p. 2119; VERCHER NOGUERA, 2018, p. 2150; CALDERÓN CEREZO, 2005, p. 388; QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 1010; CORTÉS BECHIARELLI, 2023, p. 415. Esta parece también la interpretación defendida por BLANCO LOZANO, RTSJyAP, 2005, p. 28; RODRÍGUEZ YAGÜE, 2007, p. 784; AGUDO FERNÁNDEZ/JAEN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, 2019, p. 152. También parece ser la tesis defendida por TAMARIT SUMALLA, 2024, p. 928, al afirmar que se asimila la conducta del incendio sin propagación a la tentativa a través del artículo 354.1 CP.

¹⁶ Véase, entre otros, FEJOO SÁNCHEZ, 1997, pp. 977 ss.; CALDERÓN CEREZO, 2005, p. 388. Más claramente DE LA CUESTA AGUADO, 2011, p. 1206, al criticar la redacción del art 354.1 CP, al advertir que

cendio, no siendo suficiente con que exista riesgo de propagación, menos aún con que se comunique el medio incendiario al objeto material y este comience su combustión autónoma (y haya riesgo de propagación). Consecuentemente, cuando el objeto comienza su combustión autónoma pero no llega a producirse la propagación, pese al riesgo objetivo y real de propagación existente, se estará ante una tentativa acabada de incendio forestal. Es decir, ante el delito del artículo 354.1 CP consistente en prender fuego con riesgo de propagación, pero sin que efectivamente se haya producido la efectiva propagación.

La cuestión principal a la que ha de hacer frente este sector doctrinal es la necesidad y justificación de la tipificación expresa de la tentativa (acabada) de incendio forestal, y que se haya adoptado esta decisión solo en los delitos de incendios forestales y no en general en los delitos de incendio, cuando además la punibilidad de las formas imperfectas de ejecución ya está prevista con carácter general en el artículo 16 CP, pudiendo convertir al artículo 354.1 CP en un precepto superfluo¹⁷. Adicionalmente, de tratarse, en efecto, de la tipificación expresa de la tentativa de incendio forestal, los partidarios de esta interpretación tendrán que aclarar a qué modalidad delictiva ha de aplicarse dentro de los incendios forestales. Dicho con más claridad, habrá que decidir si se está ante la tentativa de todos o solo de alguno de los siguientes delitos de incendios forestales: el tipo básico de incendio forestal del artículo 352 primer párrafo CP, el tipo básico de incendio forestal con peligro concreto para las personas del artículo 352 párrafo segundo CP, el tipo agravado de incendio forestal atendiendo principalmente a los efectos ambientales del artículo 353.1 CP y el tipo agravado de incendio forestal por el móvil económico del artículo 353.2 CP.

Se ha defendido una tercera tesis doctrinal caracterizada por aunar las dos posturas anteriores: porque, en primer lugar, se reconoce que el tipo privilegiado de incendio forestal (art. 354.1) se contiene lo que aparece como una tentativa acabada del delito de incendio forestal, atendiendo tanto al tenor literal del precepto regulador de este tipo privilegiado como a una interpretación del sentido valorativo de esta modalidad delictiva¹⁸. O, incluso, se ha llegado a inter-

lo que se propaga o no es el fuego, no el incendio, que aún no se ha producido. En este precepto el término incendio es equivalente o significa fuego. También la STS 1389/2003, 24 de octubre, ha reconocido el diferente significado de prender fuego e incendiar, ya diferenciado en el lenguaje común (por ejemplo, se dice prender una cerilla, pero no incendiar una cerilla), planteando el significado de incendiar como prender fuego a algo generalmente grande, no destinado a arder.

¹⁷ Véase, por todos, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC, 1996, pp. 409, 411; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC, 1996, pp. 1187, 1189; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1999, pp. 131 ss.

¹⁸ De esta opinión, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2000, pp. 147 ss., quien fundamenta la punición de este tipo privilegiado en la especial peligrosidad inherente al hecho de provocar un incendio en un monte o masa forestal, aun cuando el incendio forestal no llegue a concretar dicha peligrosidad en una efectiva lesión de los recursos naturales; la abstracta peligrosidad de todo incendio aumenta por lo genuino del

pretar que en esta modalidad delictiva se está anticipando la consumación a lo que constituirían actos preparatorios¹⁹. En segundo lugar, porque esta tentativa acabada de incendio forestal ha sido elevada a la categoría de tipo específico por el legislador, se convierte en un delito autónomo, y, en consecuencia, cuando se prende fuego a un monte o masa forestal sin que se llegue a propagar el incendio de los mismos estamos ante un delito consumado²⁰.

En mi opinión, en el artículo 354.1 CP se ha tipificado de manera expresa la tentativa acabada de incendio forestal, siguiendo el modelo del delito de emprendimiento, atendiendo a las siguientes consideraciones.

Si atendemos de manera genérica al concepto de delito consumado, como realización de todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) descritos por la ley, desde esta perspectiva no hay ninguna objeción posible a las tesis que, desde uno u otro argumento, concluyen que estamos ante un delito consumado cuando el sujeto realiza todos y cada uno de los elementos típicos descritos en el artículo 354.1 CP: prende fuego a monte o masa forestal y ese fuego que ha prendido presenta riesgo real de propagación al resto del monte o masa forestal.

Ahora bien, desde el punto de vista material, no cabe concluir que estamos ante un auténtico incendio forestal, salvo que se utilicen dos conceptos diferentes de incendio aplicables a los incendios forestales, uno para la definición del artículo 352 párrafo primero CP (y aplicable al resto de los incendios

objeto material en los incendios forestales, teniendo en cuenta además la frecuencia y dañosidad de los incendios forestales en nuestro país, lo que aconseja su punición aunque no realicen la ofensividad típica del delito de incendio forestal básico (art. 352.1) por la falta de propagación efectiva del fuego. Lo que se sanciona en el tipo privilegiado de incendio forestal es la abstracta peligrosidad del hecho de provocar un incendio, un delito de peligro abstracto en el que se castiga un comportamiento peligroso en sí mismo sin exigir una ulterior concreción de dicha peligrosidad. Este autor en 2024, p. 1147, se ha decantado por la tesis de que en el artículo 354.1 CP se ha tipificado expresamente una tentativa acabada de incendio forestal, aclarando que no se ha llegado a incendiar ni a provocar un incendio, sino que se está ante una conducta consistente en prender fuego sin que se produzca la propagación. Se adhieren a la tesis de este autor, la defendida en el año 2000, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, 2004, p. 45; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, 2007, p. 162. También defienden que nos encontramos ante lo que técnicamente constituye una tentativa, pero se ha elevado a delito consumado LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 165; DE LA CUESTA AGUADO, 2011, p. 1206.

¹⁹ HERVÁS VERCHER/HERREROS VENTOSA, 1999, p. 331.

²⁰ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 336; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2000, pp. 149 ss. Este autor ha cambiado de opinión en SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2024, p. 1147, al considerar que en el artículo 354.1 CP se tipifica la tentativa acabada de incendio, pues no se llega a incendiar ni a provocar un incendio; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, 2004, p. 45; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, 2007, p. 162; PRATS CANUT, 2008, p. 244, para quien se recoge un auténtico delito de incendio diferenciado de los otros desde el dato fáctico de que no se ha propagado; GÓMEZ TOMILLO, 2015, p. 293. Esta parece ser también la tesis que ahora defiende POLAINO NAVARRETE, 1998, p. 277; 2002, p. 813, si bien hasta este momento seguía aludiendo a que esta modalidad delictiva «acoge una noción imperfecta de la conducta de incendio de montes o masas forestales»; más claramente en POLAINO NAVARRETE, 2019, p. 462.

forestales) y otro para la definición del artículo 354.1 CP. De descartarse esta hipótesis, manteniendo por tanto el mismo concepto de incendio aplicable a los incendios forestales, el que se utiliza en el artículo 352 párrafo primero CP, el propio tenor literal sirve para concluir que nos encontramos ante una tentativa acabada de incendio forestal²¹: en el artículo 352 párrafo primero sí se tipifica un auténtico incendio forestal, consistente en prender fuego a montes o masas forestales, fuego que consigue su combustión autónoma propagándose al resto del monte o masa forestal, convirtiéndose así en un incendio. Por tanto, el incendio requiere propagación del fuego por el objeto material, aquí el monte o la masa forestal. Y habría que añadir un elemento no escrito, este fuego que se propaga hasta convertirse en un incendio tiene que hacerlo de manera descontrolada. En el artículo 354.1 CP se ha realizado la misma conducta, se ha prendido fuego a monte o masa forestal, concurriendo las circunstancias que hacen que exista riesgo de propagación de ese fuego por el resto de la masa forestal, pero tal propagación no se llega a producir efectivamente, de ahí que no se esté ante un auténtico incendio forestal.

La distinción entre los artículos 352 párrafo primero y 354.1 CP puede plantearse diferenciando entre el incendio forestal y el conato de incendio forestal, términos empleados en los datos estadísticos sobre incendios forestales en España²².

El elemento diferenciador entre las modalidades delictivas de los artículos 352 párrafo primero y 354.1 CP es la propagación del fuego/incendio: en el primer precepto ha de haberse producido efectivamente, en el segundo ha de existir riesgo de propagación, pero no se ha llegado a materializar de manera efectiva. Por esta razón aquí se concluye que en este segundo precepto se ha tipificado la tentativa acabada de incendio forestal.

²¹ Como ya se ha señalado, critica la redacción del artículo 354.1 CP DE LA CUESTA AGUADO, 2011, p. 1206, ya que advierte que, en realidad, lo que se propaga o no es el fuego, no el incendio, pues este aún no se ha producido. Esto significa que, en el artículo 354.1 CP, el término incendio significa fuego.

²² Una de las cuestiones que suscita la interpretación de esta modalidad delictiva, particularmente si se interpreta desde la tesis de la tentativa, es la dificultad para distinguir entre el incendio forestal del artículo 352.1 CP y el incendio del artículo 354.1 CP, pues tanto en uno como en otro supuesto el fuego ha de prender en la masa forestal y arder de manera autónoma, preguntándose cuántos árboles han de combustionar de manera autónoma para deducir de ello que hay un incendio propagado, no estando ya en un incendio con riesgo de propagación. Véase, entre otros, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC, 1996, p. 410; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC, 1996, pp. 1187 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1999, p. 131; COBOS GÓMEZ DE LINARES, 1999, p. 205. Como se ha comentado en el texto, en la recopilación de datos estadísticos sobre incendios forestales, en <https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/incendios-forestales/estadisticas-datos.html>, estos se clasifican, atendiendo a la superficie afectada, en conato de incendio (superficie quemada 1 ha o inferior), incendio (a partir de 1 ha) y grandes incendios forestales (cuando la superficie afectada supera las 500 ha).

Y, atendiendo a la pena con la que se conmina, aunque las razones para llegar a esta conclusión no se pueden desarrollar aquí, cabe deducir que se trata de la tentativa acabada de incendio forestal del artículo 352 párrafo primero CP.

III. LA EXENCIÓN DE PENA DEL ARTÍCULO 354.2 CP

La discusión doctrinal sobre la interpretación de la modalidad delictiva consistente en prender fuego a monte o masa forestal sin que llegue a propagarse el incendio repercute en la interpretación de la causa de exención de la pena del artículo 354.2 CP.

Así, para el sector doctrinal que interpreta que estamos ante un auténtico tipo privilegiado de incendio forestal, por tanto, un delito consumado, la exención de responsabilidad penal pertenece a la categoría de las causas personales de supresión o levantamiento de la punibilidad²³, requiriendo para su apreciación un comportamiento postdelictivo positivo del autor que, por razones a veces de carácter político criminal, a veces de conveniencia política o económica, suprimen o anulan la punibilidad que en principio merecía el hecho²⁴.

²³ En terminología empleada por LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 1055 ss.; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 844 ss.; LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 568, 571 ss., quien incluye entre estas causas personales de supresión o levantamiento de la punibilidad algunas conductas posteriores a la consumación del delito, citando en particular el artículo 354.2 CP, referido a la conducta positiva y voluntaria del autor que impide la propagación del fuego por el monte o masas forestales.

²⁴ No hay unanimidad en la terminología empleada en la denominación de esta causa personal de exclusión de la punibilidad. Así, consideran que el artículo 354.2 CP regula una excusa absolutoria, postura defendida con el CP anterior, MANZANARES SAMANIEGO, 1990, p. 1507; RODRÍGUEZ RAMOS, 1990, p. 361; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, 1993, p. 527. Y en el vigente CP, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC, 1996, pp. 409 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC, 1996, p. 1188; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1999, pp. 134 ss., quien entiende que constituye un caso *sui generis* de arrepentimiento activo; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1997, p. 3364; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2004, p. 351; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, 2012, p. 1252; RUIZ RODRÍGUEZ, 1997, p. 93; RUIZ RODRÍGUEZ, 2016, p. 56; RUIZ RODRÍGUEZ/SOLARI MERLO, 2023, p. 56; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, 2001, p. 200; DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, 2004, p. 103; MORENO ALCÁZAR, 2002, pp. 513 ss.; CUGAT MAURI, 2004, p. 1516; BLANCO LOZANO, RTSJyA, 2005, p. 28 (pese a que este autor parecía defender la interpretación de que nos encontrábamos ante la tipificación de una tentativa de incendio forestal); BLANCO LOZANO, RDPC, 2008, p. 112; MANZANARES SAMANIEGO, 2010, p. 903; MANZANARES SAMANIEGO, 2016, p. 1180 ss.; GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, 2017, p. 229; RODRÍGUEZ MONTSERRAT, AJA, 2020, p. 22; MORAL DE LA ROSA, 2021, p. 600; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, 2021, p. 622; ARMAZA ARMAZA, 2023, p. 667; CARBONELL MATEU, 2023, pp. 641 ss.; LUZÓN CUESTA, 2023, p. 372; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 659; MONGE FERNÁNDEZ, 2024, p. 410. En ocasiones se califica sin más como la previsión de una causa de exención o exclusión de la pena. Es el caso de RODRÍGUEZ DEvesa/SERRANO GÓMEZ, 1995, p. 396. Se limita a afirmar que se ha previsto una exención de la pena en el artículo 354.2 CP GRANADOS PÉREZ, 2015, tema 44/7. En otros casos se alude a que se está ante una causa de exención o exclusión de la pena fundamentada en el arrepentimiento activo del sujeto. En este sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1990, p. 1042; ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR, 1996, p. 1639; MORENO ALCÁZAR, 2016, p. 242. O como un supuesto de reparación de naturaleza

Los argumentos que se han esgrimido para llegar a esta conclusión son, en primer lugar, la consideración de que este tipo privilegiado de incendio forestal es un delito consumado, ya que se defiende que la consumación en los delitos de incendio se establece en el momento en que se prende fuego al objeto comenzando su combustión autónoma con riesgo de propagación del fuego. Y, en segundo lugar, se interpreta que el legislador se ha visto en la necesidad de declarar expresamente la impunidad del autor cuando es este el que evita la propagación del incendio, lo que descarta que estemos ante un desistimiento de la tentativa acabada de incendio forestal, porque para la aplicación del desistimiento en la tentativa no hubiera sido necesaria su regulación específica, bastando con la aplicación de las reglas generales sobre la tentativa establecidas en el artículo 16 CP²⁵.

Los defensores de la tesis de que la modalidad delictiva prevista en el artículo 354.1 CP es la tipificación específica de la tentativa de incendio forestal son de la opinión de que en el apartado segundo se está recogiendo un supuesto de desistimiento activo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 16.2 CP²⁶, o una causa de exclusión de la pena basada en el arrepentimiento activo del autor, norma especial respecto de la contenida en el artículo 16.2, por lo que la exención se produce aunque exista una mínima propagación que permitiera deducir alguna responsabilidad por los actos ya ejecutados²⁷.

semejante a la atenuante genérica del artículo 21.5.^a CP, pero con mayores efectos. En este sentido, MA-RAVER GÓMEZ, 2024, núm. 14848. Para otros autores se trata de una causa personal de supresión o levantamiento de la punibilidad, consistente en la rectificación postdelictiva como eximente, como LUZÓN PEÑA, 2002, p. 1055; LUZÓN PEÑA, 2002, p. 844; LUZÓN PEÑA, 2025, pp. 571 ss., o una causa de levantamiento de la pena, como FARALDO CABANA, 2000, 229 ss. Otro es el planteamiento realizado por LANDERA LURI, EPC, 2008, pp. 135, 179 ss., considerando que estamos ante una acción contratípica, esto es, el reverso de la acción típica, fundamentada en la eliminación o disminución una vez consumado el delito, bien porque se evita una mayor afectación al bien jurídico (de tratarse de un delito de lesión) o porque se contrarresta el peligro de lesión (en los delitos de peligro).

²⁵ Véase, por todos, ORTS BERENGUER/MORENO ALCÁZAR, 1996, p. 1639; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC 1996, pp. 409, 411; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RDPC, 1996, pp. 1187, 1189; 1999, pp. 130 ss.; CONDE-PUMIDO FERREIRO, 1997, p. 3364; MORENO ALCÁZAR, 2016, p. 242; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 659.

²⁶ Para más detalles sobre esta interpretación, GONZÁLEZ GUTIÁN, 1989, pp. 376 ss., si bien este autor utiliza la terminología causa personal exclusión de la pena y excusa absolutoria para la impunidad del autor del delito de incendio forestal en grado de frustración; BUSTOS RAMÍREZ, 1991, p. 246; POLAINO NAVARRETE, 1991, pp. 389 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, 1997, pp. 977 ss.; CALDERÓN CEREZO, 2005, p. 388; RODRÍGUEZ YAGÜE, 2007, p. 784; QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 1010, para quien nos encontramos ante una excusa absolutoria, añadiendo que se ha creado la figura del incendiario arrepentido; AGUDO FERNÁNDEZ/JAEN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, 2019, p. 152; MESTRE DELGADO, 2022, p. 711; TAMARIT SUMALLA, 2024, p. 928. También afirma que el artículo 354.2 CP es un supuesto específico de desistimiento activo, CARDENAL MONTRAVETA, 2024, p. 1585, pese a que parece defender que el artículo 354.1 CP es un delito consumado, al afirmar que se trata de un incendio de menor relevancia objetiva.

²⁷ De esta opinión, GONZÁLEZ RUS, 1992, pp. 389 ss.; GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 121, quien es de la opinión que el fundamento de la exención es semejante al arrepentimiento activo, pues si el incendio aún no se

El debate que a continuación se plantea por los partidarios de esta tesis es si la exención se extiende también a los posibles daños consumados con el acto de prender fuego, discutiéndose si esta regulación específica del desistimiento o arrepentimiento activo en una tentativa supone o no la derogación del régimen general contenido en el artículo 16.2 CP respecto al mantenimiento de la punibilidad de los actos consumados.

Finalmente, para la postura doctrinal que reconoce que el tipo privilegiado de incendio forestal del artículo 354.1CP es técnicamente una tentativa (acabada) de incendio forestal, pero que por su tipificación expresa ha adquirido plena autonomía, rechaza que en el artículo 354.2 CP se haya regulado un supuesto de desistimiento activo. El contenido de esta causa de exención de la responsabilidad penal toma como referente una conducta que constituye un ilícito propio, que se consume con la simple realización de la acción de prender fuego, y la exención de responsabilidad penal va referida a un delito *sui generis* consumado, por lo que ha de tratarse de una excusa absolutoria, basada en el arrepentimiento²⁸.

ha consumado el mismo es posible. Este autor sigue manteniendo la misma opinión respecto del artículo 354.2 CP en GONZÁLEZ RUS, 2005, p. 744, si bien ahora considera que el artículo 354.1 es un delito consumado de incendio forestal; VERCHER NOGUERA, 2002, p. 2119; VERCHER NOGUERA, 2018, p. 2150. Se limita a afirmar que se está ante una causa de exclusión de la pena fundada en la evitación voluntaria de la propagación del incendio ORTOS BERENGUER, 2022, p. 626. Este autor en 1993, p. 1008, sí ha aclarado que esta exención presupone que el sujeto ha de realizar todos los actos de ejecución y sobrepasado todos los estadios de la fase de imperfecta ejecución (en el CP anterior la tentativa y el delito frustrado), por lo que resulta impropio hablar de desistimiento. Por esta razón considera que se trata de una causa de exclusión de la pena basada en el arrepentimiento activo del sujeto. Y LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 165, desde su tesis de que se ha adelantado la consumación a la fase de tentativa en el artículo 354.1 CP, la eximente del apdo 2 es una norma especial respecto de la prevista en el artículo 16.2 CP. Con mayor claridad, RODRÍGUEZ SOL, 1999, p. 533, para quien el desistimiento también tiene consecuencias en la impunidad de los hechos consumados, y ésta puede ser una de las razones para la regulación expresa de la tentativa de incendio forestal.

²⁸ Véase SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2000, pp. 59 ss., 61, 156 ss., 159 ss., quien añade que, al tratarse de una excusa absolutoria, alcanza también a los daños causados con el acto de prender fuego. Este autor en 2024, pp. 1147, considera que el artículo 354.2 CP regula el desistimiento en una tentativa acabada de incendio forestal; DE LA CUESTA AGUADO, 2011, p. 1206 ss. También admiten que se trata de una excusa absolutoria, o más técnicamente, una causa especial de exclusión de la pena, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, 2004, p. 47; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, 2007, p. 163; GÓMEZ TOMILLO, 2015, p. 293. LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 336, son de la opinión de que se trata de la atenuante de disminución de los efectos del delito (art. 21.5.^a CP) a la que el legislador ha querido conceder eficacia especial. PRATS CANUT, 2008, p. 245, defiende que se trata de una regla específica del arrepentimiento activo frente al artículo 16.2 CP, pero no alcanza la exención a los daños ya consumados si resultan punibles. Para HERVÁS VERCHER/HERREROS VENTOSA, 1999, p. 331, defensores de la tesis de que en el artículo 354.1 CP se está anticipando la consumación a actos preparatorios, interpretan el artículo 354.2 CP desde la tesis de que se trata de una excusa absolutoria que no es otra cosa que la concreción del artículo 16.2 CP. Y POLAINO NAVARRETE, 1998, p. 277; 2002, p. 813, si bien aquí parece aludir a que en el artículo 354.1 se está ante una tentativa de incendio forestal, sí defiende claramente que en el artículo 354.2 se ha previsto una excusa absolutoria. Más claramente a favor de la tesis del artículo 354.1 como delito consumado y de la exención basada en una excusa absolutoria en el artículo 354.2 CP, en POLAINO NAVARRETE, 2019, p. 462.

En mi opinión, a la vista de las razones dadas para concluir que el artículo 354.1 CP tipifica la tentativa acabada de incendio forestal, consecuentemente, en el artículo 354.2 CP se ha incorporado de manera expresa la regulación del desistimiento en esta tentativa, concretando la regulación general prevista en el artículo 16.2 CP.

Literalmente, el artículo 354.2 CP dispone que la exención de pena está referida a la conducta prevista en el apartado anterior, por tanto, la exención exclusivamente afecta a la conducta de prender fuego (a monte o masa forestal). El eventual resultado y/o perjuicio que haya causado esta conducta no está abarcado por esta exención. Por tanto, si con la acción de prender fuego ha iniciado la combustión de algún elemento de la masa forestal, sin que finalmente no se haya producido la propagación del fuego al resto de la masa forestal por el desistimiento activo del sujeto, tal combustión ha podido provocar un resultado-daño en masa forestal, generando como mínimo la eventual responsabilidad civil por el perjuicio causado. No se descarta que, además, esta mínima combustión de algún elemento del monte o masa forestal pueda llegar a tener relevancia penal, por ejemplo, porque se cause daños en propiedad ajena o, inclusive, porque puede cometerse un delito contra los recursos naturales, en particular, el delito contra la flora del artículo 332 CP.

BIBLIOGRAFÍA

- ABADÍAS SELMA, Alfredo: Derecho penal. Parte especial. Temas prácticos para su estudio, 3.^a, A Coruña, 2023.
- AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique/JAEN VALLEJO, Manuel/PERRINO PÉREZ, Ángel Luis: Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos, Madrid, 2019.
- ARMAZA ARMAZA, Emilio José: *Delitos contra la seguridad colectiva I. Delitos de riesgo catastrófico. Incendios*, en Derecho penal. Parte especial, 3.^a, Granada, 2023, pp. 649-669.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Incendios y otros estragos*, en Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos), 2.^a, Madrid, 1993, pp. 515-530.
- BLANCO LOZANO, Carlos: *Delitos de riesgo catastrófico e incendios en el Código Penal*, Revista de Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales, 2005, pp. 11-30.
- *Los incendios forestales en el Código Penal español*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, 2008, pp. 103-117.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho penal. Parte especial, 2.^a, Barcelona, 1991.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel: *Delitos contra la seguridad colectiva*, en Manual de Derecho penal. Parte especial, Barcelona, 2005, pp. 375-396.
- CALVO GALÁN, Leonor: *Ojos en el espacio para el estudio de los incendios de sexta generación*, en VII Jornadas de investigadoras de Castilla y León. La aventura de la ciencia y de la tecnología, 2021, pp. 27-28.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Delitos contra la seguridad colectiva (I): riesgos catastróficos. Estragos e incendios*, en Derecho penal. Parte especial, 8.^a, Valencia, 2023, pp. 635-644.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: *Artículo 354*, en Comentarios al Código Penal, 2.^a, Valencia, 2024, pp. 1584-1585.
- Cobo del Rosal, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel: *Sobre los incendios*, Valencia, 2004.
- *Los incendios forestales*, en Comentarios al Código Penal. Segunda época, tomo X, vol. III, Libro I Título XVII de los delitos contra la seguridad colectiva (artículos del 341 al 358), Madrid, 2007, pp. 147-166.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel: *Delitos de riesgo catastrófico e incendios*, en Derecho penal. Parte especial III: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I). Delitos contra la hacienda pública, derechos de los trabajadores, medio ambiente y patrimonio cultural. Delitos contra la seguridad colectiva, Madrid, 1999, pp. 191-209.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *Art. 354*, en Código penal. Doctrina y jurisprudencia, tomo II, Madrid, 1997, p. 3364.
- *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicaturas. Parte especial. Temas 27 a 60*, 4.^a, Madrid, 2004.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier: *Art. 354*, en Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia. tomo II. Artículos 319 al final, 3.^a, Barcelona, 2012, pp. 1251-1252.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: *Delitos contra la seguridad colectiva (II). Los delitos de incendio*, en Fundamentos de Derecho penal. Parte especial. Volumen I, 2.^a, Madrid, 2023, pp. 411-419.
- CUESTA AGUADO, Paz de la: *Delitos de incendio*, en Derecho penal español. Parte especial (II), Valencia, 2011, pp. 1193-1216.
- CUGAT MAURI, Miriam: *Art. 354*, en Comentarios al Código Penal. Parte especial. tomo II, Madrid, 2004, pp. 1515-1516.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *Artículos 553 bis a) a 553 bis c)*, en Código penal comentado, Madrid, 1990, pp. 1041-1043.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Las causas de levantamiento de pena*, Valencia, 2000.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Artículo 354*, en Comentarios al Código Penal, Madrid, 1997, pp. 977-978.

- GARCÍA VALDÉS, Carlos/MESTRE DELGADO, Esteban/FIGUEROA NAVARRO, Carmen: Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 3.^a, Madrid, 2017.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Artículo 354*, en Comentarios prácticos al Código Penal. tomo IV. Delitos contra el medio ambiente, el patrimonio histórico, la ordenación del territorio y contra la seguridad colectiva. Artículos 319 a 385 ter, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 293-294.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis: *La nueva regulación del delito de incendios forestales*, en Estudios penales. Libro homenaje a Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989, pp. 365-380.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Incendios, estragos y daños*, en Manual de Derecho penal (Parte especial) II. Delitos contra la propiedad, Madrid, 1992, pp. 377-408.
- *Delitos contra la seguridad colectiva*, en Curso de Derecho penal español. Parte especial, tomo II, Madrid, 1997, pp. 93-124.
- *Delitos contra la seguridad colectiva. Delitos de riesgo catastrófico. Incendios*, en Derecho penal español. Parte especial, 2.^a, Madrid, 2005, pp. 731-746.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos: *Delitos contra la seguridad colectiva. Delitos de riesgo catastrófico*, en Contestaciones al programa de Derecho penal. Parte especial, para acceso a las carreras judicial y fiscal, tomo II (temas 26 a 62), 6.^a, Valencia, 2015, Tema 44/1 a 44/13.
- HERVÁS VERCHER, José Vicente/HERREROS VENTOSA, Máximo Javier: *Delitos de incendios. Capítulo II*, en Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios), Barcelona, 1999, pp. 311-364.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: Derecho penal español. Parte especial, redactado conforme al nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995, 2.^a, Madrid, 1996.
- LANDERA LURI, Mertxe: *La salvación in extremis del bien jurídico en el delito de incendio forestal sin propagación (artículo 354.2 CP)*, Estudios Penales y Criminológicos, 2008, pp. 127-204.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes: El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996.
- LUZÓN CUESTA, José María: Compendio de Derecho penal. Parte especial, 25.^a, actualizada por Alejandro Luzón Cánovas, María, Madrid, 2023.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Punibilidad*, en Enciclopedia Penal Básica, Granada, 2002, pp. 1049-1056.
- *La punibilidad*, en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002, pp. 831-847.
- Lecciones de Derecho penal. Parte general, 4.^a, Valencia, 2025.
- MADARIAGA Y APELLÁNIZ, Juan Ignacio de: La protección del medio ambiente frente al delito de incendios forestales. Problemática jurídica y criminológica, Madrid, 2001.

- La protección penal frente a los incendios forestales en España (Adaptado a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes y a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificadora de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), Madrid, 2004.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Artículos 553 bis a) a 553 bis c)*, en Código Penal (comentarios y jurisprudencia), 2.^a, Granada, 1990, pp. 1506-1507.
- Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. Parte especial (artículos 138 a 639), Granada, 2010.
- Comentarios al Código Penal, Madrid, 2016.
- Maraver Gómez, Mario: *Incendios*, en Memento práctico Penal, Madrid, 2024, nm. 14775-14904 (pp. 1714-1729).
- MESTRE DELGADO, Esteban: *Delitos de incendio*, en Delitos. La parte especial del Derecho penal, 7.^a, Madrid, 2022, pp. 697-718.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *Excursio sobre los delitos de incendios forestales*, en Derecho penal ambiental, Madrid, 2006, pp. 197-218.
- *Delitos contra la seguridad colectiva (II)*, en Compendio de Derecho penal. Parte especial (I), Madrid, 2024, pp. 405-413.
- MORAL DE LA ROSA, Juan: *Delitos contra la seguridad colectiva: delitos de riesgo catastrófico. Incendios. Breve referencia a los delitos contra la salud pública relacionados con el comercio*, en Derecho penal. Parte especial, 3.^a, Madrid, 2021, pp. 585-618.
- MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel: El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad), Valencia, 2002.
- *Delitos de incendio*, en Derecho penal. Parte especial. Volumen III. Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, contra la seguridad colectiva y de falsedades, Madrid, 2012, pp. 225-248.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte especial, 25.^a, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia, 2023.
- ORTS BERENGUER, Enrique: *Delitos contra la propiedad (continuación). Incendios y estragos*, en Derecho penal. Parte especial, 3.^a, Valencia, 1990, pp. 989-1000.
- *Delitos contra la propiedad (continuación). Incendios y estragos*, en Derecho penal. Parte especial, Valencia, 1993, pp. 999-1010.
- *Delitos contra la seguridad colectiva (I): riesgos catastróficos. Incendios*, en Derecho penal. Parte especial, 7.^a, Valencia, 2022, pp. 619-627.
- ORTS BERENGUER, Enrique/MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel: *Artículo 354*, en Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II (arts. 234 a Disposiciones finales), Valencia, 1996, pp. 1638-1639.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Sistema legal de incriminación de los delitos de incendio en la reforma de 1987. Especial referencia a los incendios forestales*, en Comentarios a la legislación penal. tomo XIII. Propiedad industrial e intelectual, libertad sexual, incendios forestales, Madrid, 1991, pp. 261-390.
- *Medio ambiente e incendios forestales en el sistema del Código penal de 1995*, en Actas del Congreso de Derecho Penal y procesal El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado, Sevilla, 1998, pp. 255-288.
- *Incendios*, en Enciclopedia Penal Básica, Granada, 2002, pp. 807-816.
- *Incendios*, en Lecciones de Derecho penal. Parte especial, tomo I, 2.^a, Madrid, 2019, pp. 451-475.
- PRATS CANUT, José Miguel: *Artículo 354*, en Comentarios al nuevo Código Penal. tomo III. Parte especial (artículo 319 a DF 7.^a), 5.^a, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 244-245.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: Derecho penal español. Parte especial, 7.^a, Valencia, 2015.
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho penal español. Parte especial, 18.^a, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MONSERRAT, Manuel: *La protección penal del medio ambiente: análisis de los incendios forestales en Andalucía*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2020, pp. 1-32.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Daños, incendios y estragos*, en Manual de Derecho penal. Parte especial, tomo II, Madrid, 1990, pp. 349-362.
- RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Los incendios forestales y los incendios fraudulentos en bienes propios*, en Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial, manual V, Madrid, 1999, pp. 515-548.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: *Artículo 354*, en Comentarios al Código Penal, Madrid, 2007, pp. 783-784.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón: *Los incendios forestales y la protección del medio ambiente*, en Derecho penal del medio ambiente, Madrid, 1997, pp. 83-108.
- *Los delitos de incendio*, en Derecho penal. Parte especial. Volumen II, 2.^a, Madrid, 2016, pp. 51-62.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/SOLARI MERLO, Mariana: *Los delitos de incendio*, en Derecho penal. Parte especial, volumen II, 3.^a, Madrid, 2023, pp. 52-63.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.: Los delitos de incendio, Granada, 2000.
- *Delitos contra la seguridad colectiva (I). Delitos de riesgo catastrófico. De los incendios*, en Sistema de Derecho penal. Parte especial, 5.^a, Madrid, 2024, pp. 1123-1150.
- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO/SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Los delitos contra la seguridad colectiva*, en Curso de Derecho penal. Parte especial, 6.^a, Madrid, 2021, pp. 607-624.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: *Los delitos de incendios forestales*, Cuadernos de Política Criminal, 1996, pp. 401-416.

- *Los delitos de incendios forestales en el nuevo Código Penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1996, pp. 1175-1199.
 - *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1999.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María: *Artículo 354*, en Comentarios al Código Penal español. tomo II. (Artículos 234 a DF. 7.^a), 8.^a, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 927-928.
- VERCHER NOGUERA, Antonio: *Artículo 354*, en Código penal. Comentarios y jurisprudencia, tomo II (artículos 138 a 639), 3.^a, Granada, 2002, p. 2119.
- *Artículo 354*, en Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. Artículos 234 a 616 quater, Granada, 2018, pp. 2149-2151.

V

En particular, los delitos contra la vida

1. ¿LESIONES CONSENTIDAS?

CARLOS CASTELLVÍ MONSERRAT
Profesor titular de Derecho penal
Universitat de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

El Código penal prevé una pena atenuada para las lesiones consentidas (art. 155 CP). Y, a renglón seguido, exime de dicha pena atenuada a determinadas lesiones consentidas; concretamente, las que consisten en «trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo» (art. 156 CP). Estas previsiones plantean inmediatamente el problema de delimitar qué es una «lesión consentida». Pues si dicha noción se interpreta en un sentido muy amplio (abarcando cualquier intervención médico-quirúrgica) muchos cirujanos deberían ser castigados; en particular, todos aquellos que realizan intervenciones quirúrgicas que no consisten en un trasplante de órganos, esterilización o cirugía transexual. En cambio, si se entiende que una «lesión consentida», simplemente, no es una lesión (dado que esta presupone la ausencia de consentimiento) los artículos 155 y 156 CP quedarían vacíos de contenido; al fin y al cabo, un «delito de lesiones», para ser considerado como tal, requeriría la ausencia de un «consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido» (art. 155 CP).

Obviamente, ninguna de las dos interpretaciones anteriores resulta plausible: ni pueden limitarse las intervenciones quirúrgicas lícitas a las propias del artículo 156 CP (trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual), ni puede dejarse sin contenido el artículo 155 CP (que castiga –con una pena

atenuada— las lesiones consentidas). Por ello, debe identificarse una noción de «lesión consentida» que no haga ni lo uno ni lo otro; es decir, que no incluya todas las intervenciones quirúrgicas y, al mismo tiempo, no excluya todas las lesiones.

Para lograr lo anterior, la doctrina española ha optado mayoritariamente por entender que las intervenciones quirúrgicas «curativas» no son lesiones. De este modo, el artículo 155 CP solo sancionaría las intervenciones quirúrgicas «no curativas» (distintas a los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual). Así, de acuerdo con dicha doctrina, las lesiones consentidas del artículo 155 CP tendrían en común su carácter *no curativo*. En cambio, el Prof. Peñaranda Ramos sostiene que el consentimiento excluye la propia existencia de las lesiones leves y menos graves (art. 147 CP). De forma que el artículo 155 CP solo sancionaría las lesiones graves consentidas (distintas a los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual). Así, de acuerdo con nuestro homenajeado, las lesiones consentidas del artículo 155 CP tendrían en común su carácter *grave*.

El objetivo de esta breve contribución es poner de manifiesto que la posición defendida por el Prof. Peñaranda Ramos es preferible a la de la doctrina mayoritaria. Sin embargo, para ello deberá explicitarse algo que él oculta: que dicha posición solo es compatible con el tenor literal de la ley si se asume que los artículos que prevén las lesiones graves (arts. 149 y 150 CP) no son tipos agravados del artículo 147 CP, sino tipos autónomos. Ello, en última instancia, condicionará la resolución de un determinado grupo de casos: aquellos en que se realizan sobre otro unas lesiones graves no consentidas que «objetivamente mejoren, preserven o al menos no perturben de forma relevante su salud como base para el futuro desarrollo de su personalidad»¹; por ejemplo, una esterilización no consentida que sea médicamente indicada. Creo que, pese a que Peñaranda Ramos no lo admita, su planteamiento obliga a concluir que, en estos casos, no concurre una lesión grave del artículo 149 CP, sino una menos grave del artículo 147 CP.

II. ¿LO QUE CURA NO LESIONA?

La doctrina mayoritaria considera que, con independencia de que haya consentimiento, las intervenciones quirúrgicas «curativas» no son lesiones².

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2003, p. 371.

² Por todos, JORGE BARREIRO, *CPC*, 1982, p. 12.

Ello comporta que, por un lado, las intervenciones quirúrgicas *curativas no consentidas* deban sancionarse como delitos contra la libertad (*de lege lata* como coacciones o *de lege ferenda* como delitos de tratamiento médico arbitrario). Y, por otro lado, que las intervenciones quirúrgicas *no curativas consentidas* deban castigarse como lesiones consentidas del artículo 155 CP (cuando sean distintas a los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual).

Dejando de lado lo insatisfactorio que resulta subsumir en el delito de coacciones una intervención quirúrgica *curativa no consentida*, la posición anterior debe rechazarse por el siguiente motivo: si se toma en serio, obligaría a castigar mediante el delito de lesiones consentidas del artículo 155 CP la realización de cualquier tatuaje, piercing u operación de cirugía estética. Y si a esto se replica que dichas intervenciones también son curativas (dado que contribuyen a la salud o bienestar psíquico del sujeto que las solicita³) gran parte del artículo 156 CP quedaría vacío de contenido; al fin y al cabo, las esterilizaciones y la cirugía transexual también serían (en ese sentido) curativas. De modo que el artículo 156 CP estaría eximiendo de responsabilidad por dos conductas que, en realidad, son atípicas (dado que una esterilización o cirugía transexual consentida no constituiría una lesión). Veámoslo por separado.

La realización de un tatuaje, piercing u operación de cirugía estética sin consentimiento constituye, sin lugar a dudas, un delito de lesiones. De modo que hacer lo propio con consentimiento también debería calificarse como tal. Lo cual comportaría la inaceptable consecuencia de castigar dichas conductas como lesiones consentidas del artículo 155 CP. Precisamente, para evitar algo así, la doctrina mayoritaria está obligada a afirmar que los tatuajes, piercings y operaciones de cirugía estética son curativos cuando son consentidos. Y que, por tanto, no constituyen delitos de lesiones.

Sin embargo, dejando de lado los problemas que comporta emplear una noción tan amplia de lo «curativo» (que se fundamente en el bienestar o la salud emocional del paciente), dicha interpretación supone dejar sin contenido gran parte del artículo 156 CP; concretamente, aquella en virtud de la cual el consentimiento «exime de responsabilidad penal en los supuestos de [...] esterilizaciones y cirugía transexual». Teniendo en cuenta que una esterilización o cirugía transexual consentida también encaja en esa noción tan amplia de «lo curativo» (dado que favorece el bienestar y la salud emocional de quien lo consiente), el artículo 156 CP estaría eximiendo de responsabilidad por dos conductas atípicas; es decir, por dos conductas que no constituyen lesiones. Lo cual constituye una interpretación del texto legal contraria al principio de vigencia.

³ CORCOY BIDASOLO, 1999, p. 267.

Esto último no puede solventarse afirmando que, cuando se realiza una operación de cirugía estética consentida, concurre una lesión justificada por el ejercicio de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP)⁴. Pues si lo que otorga dicha justificación es el ejercicio de la profesión médica, de nuevo, el artículo 156 CP quedaría vacío de contenido. Sobre todo, teniendo en cuenta que este solo exime de responsabilidad por los «supuestos de trasplante de órganos *efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley*», así como por las «esterilizaciones y cirugía transexual *realizadas por facultativo*» (art. 156 CP). En este sentido, el artículo 156 CP presupone el ejercicio de la profesión médica. De modo que, con la interpretación anterior, dicho precepto estaría eximiendo de responsabilidad por conductas justificadas por el ejercicio de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP); es decir, por conductas que no dan lugar a responsabilidad. Lo cual vuelve a constituir un atentado contra el principio de vigencia.

En resumen: la interpretación mayoritaria debe rechazarse porque no logra dar coherencia a las previsiones del artículo 156 CP. En tanto que dicho precepto «exime de responsabilidad» (art. 156 CP), debe referirse a conductas que puedan generar responsabilidad. Cosa que no ocurre cuando se interpreta que un trasplante, una esterilización o una cirugía transexual no es una lesión (o es una lesión justificada por el ejercicio de un derecho) porque favorece la salud o el bienestar emocional de quien lo consiente (o porque se lleva a cabo en el ejercicio de la profesión médica). Una interpretación así hace decir al legislador: «consentir exime de responsabilidad por conductas que, igualmente, no darían lugar a responsabilidad». Y al legislador, siempre que sea posible, se le debe presuponer racionalidad.

III. NO TODAS LAS LESIONES SON IGUALES

De acuerdo con el Prof. Peñaranda Ramos, el consentimiento excluye la existencia de las lesiones leves y menos graves (art. 147 CP). Y, en cambio, no hace lo propio con las lesiones graves (arts. 149 y 150 CP)⁵. De modo que, por un lado, las lesiones leves y menos graves consentidas, simplemente, no serían lesiones. Y, por el otro, las lesiones graves consentidas serían, efectivamente, «delitos de lesiones». Precisamente, dichos delitos de lesiones graves consentidas serían los que el artículo 155 CP sanciona con una pena atenuada; al

⁴ Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 1619-1625.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2019, p. 710.

menos, siempre que dichas lesiones no consistan en un «trasplante de órganos [...] esterilizaciones y cirugía transexual» (art. 156 CP).

La posición de nuestro homenajeado tiene la virtud de dar coherencia a las previsiones del artículo 156 CP. Pues tanto los trasplantes de órganos, como las esterilizaciones y la cirugía transexual constituyen lesiones graves; es decir, lesiones que consisten en causar «la pérdida o la inutilidad de un órgano», «la impotencia», o «la esterilidad» (art. 149 CP). De esta forma, el artículo 156 CP «exime de responsabilidad» por conductas que, sin dicho precepto, generarían responsabilidad; concretamente, por lesiones del artículo 149 CP que, siendo consentidas, deberían sancionarse mediante el artículo 155 CP. Además, este planteamiento permite a Peñaranda Ramos afirmar que:

«es precisamente el consentimiento del afectado lo que de un modo general determina la imposibilidad de considerar y sancionar como delitos de lesiones gran parte de las alteraciones del estado de salud físico o mental o de la integridad corporal de una persona producidas con tal consentimiento por terceros; entre ellas, muy destacadamente, las modificaciones, no siempre inequívocamente favorables, que se ocasionan en el curso de un tratamiento médico-quirúrgico, tenga este o no un carácter curativo»⁶.

En efecto, el consentimiento hace que la mayoría de tratamientos médico-quirúrgicos no constituyan lesiones. Pues todo tratamiento consentido que no comporte una lesión grave (arts. 149 o 150 CP) será, directamente, atípico. Y ello con independencia de si dicho tratamiento es (o no) curativo. En este sentido, el consentimiento también hace que un tatuaje, piercing u operación de cirugía estética no constituya una lesión⁷. Sin que ello requiera que la operación pueda calificarse (en algún sentido) como «curativa».

Obviamente, si el consentimiento hace que una intervención quirúrgica no sea una lesión, la ausencia de dicho consentimiento determinará que esa intervención quirúrgica sí sea una lesión. De modo que el médico que realiza una operación «curativa» no consentida deberá ser sancionado por un delito de lesiones. Lo cual hace innecesario recurrir al delito de coacciones (*de lege lata*) o a un eventual delito de tratamiento médico arbitrario (*de lege ferenda*). Pues dicha intervención «curativa» inconsentida no constituirá un delito contra la libertad, sino, directamente, contra la salud.

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2019, pp. 705-706.

⁷ DE VICENTE REMESAL, *RECPC*, 2021, p. 22.

Lo anterior implica asumir una noción «subjética» de salud; es decir, una que «depende en gran medida de la definición que de ella efectúe el afectado en función de sus preferencias individuales»⁸. De modo que, tal y como indica Peñaranda Ramos:

«el bien jurídico de la salud personal no consiste simplemente en su sustrato material, un determinado estado del cuerpo o de la mente (esto es más bien el objeto material del delito de lesiones, pero todavía no su bien jurídico), sino que comprende también la relación de ese sustrato con su titular»⁹.

De todos modos, esta noción «subjética» de salud coexiste con otra noción «objetiva» que, precisamente, consiste en un determinado estado del cuerpo; es decir, en el propio sustrato de la salud «subjética». De modo que la salud personal se configuraría como un «bien jurídico pluridimensional»¹⁰. De nuevo, en palabras de Peñaranda Ramos:

«Hasta cierto punto, la salud es un medio para la satisfacción de las necesidades materiales o espirituales del ser humano y tiene, como los bienes patrimoniales, un valor de cambio [...]. Para determinar si nos hallamos o no aquí ante una lesión del bien jurídico es, hasta ese punto, esencial la forma en que el sujeto defina sus propios intereses [...]. Sin embargo, a partir de un cierto grado de afectación de su sustrato material la salud personal [...] afecta ya objetivamente a la base misma que es necesaria para el futuro ejercicio de su libertad»¹¹.

Pese a su claridad, el planteamiento anterior suscita varios interrogantes. El primero de ellos guarda relación con su compatibilidad con el texto del Código penal español. Pues, aunque *de lege ferenda* sea adecuado distinguir entre el consentimiento en las lesiones leves o menos graves (que provoca la atipicidad) y el consentimiento en las lesiones graves (que lleva a una pena atenuada), es dudoso que dicha distinción sea sostenible *de lege lata*. Sobre todo, teniendo en cuenta que el artículo 155 CP dice que «[e]n los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento [...] se impondrá la pena inferior en uno o dos grados» (en vez de decir que «en los delitos de lesiones graves, si ha mediado el consentimiento [...] se impondrá la pena inferior en uno o dos

⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2019, p. 706.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2019, p. 707.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2019, p. 708.

¹¹ PEÑARANDA RAMOS, 2003, p. 367.

grados»). En segundo lugar, el planteamiento expuesto también genera dudas acerca de cómo deben calificarse los tratamientos quirúrgicos «curativos» que dan lugar a una lesión grave (del artículo 149 CP); por ejemplo, la amputación de un brazo para evitar la propagación de la gangrena. Teniendo en cuenta que dichas lesiones no están recogidas en la exención del artículo 156 CP (que solo se refiere a donaciones de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual), ¿significa eso que deben sancionarse con la pena atenuada de las lesiones consentidas? ¿Y qué ocurre si la amputación no se ha consentido (porque el paciente prefería morir a perder su brazo)? Los siguientes apartados intentarán dar respuesta a estos interrogantes.

IV. UNA EXPLICACIÓN PENDIENTE

Durante la exposición del ejercicio de investigación que me permitió obtener la plaza de profesor titular, el Prof. Peñaranda Ramos, como miembro de la comisión evaluadora, expresó ciertas dudas acerca de una de las ideas que allí defendí; concretamente, la de distinguir entre las categorías de acuerdo y consentimiento en función de si niegan la relevancia penal de una conducta *desde dentro* o *desde fuera* del tipo¹². Tengo pendiente ofrecer una explicación más detallada al respecto en otro lugar. Pero quiero aprovechar este trabajo para mostrar que dicha distinción puede explicar por qué el planteamiento del Prof. Peñaranda Ramos es perfectamente compatible con las previsiones del Código penal español.

El artículo 147.1 CP tiene el siguiente tenor literal: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión *que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental*, será castigado [...]».

En este precepto, el menoscabo de la salud es un elemento del tipo; es decir, constituye un requisito para poder apreciar un «delito de lesiones». Lo cual significa que, si la salud se entiende en el sentido subjetivo defendido por Peñaranda Ramos, una intervención quirúrgica consentida nunca realizará el tipo del artículo 147.1 CP; es decir, que nunca será uno de los «delitos de lesiones» (art. 155 CP) que se castigan con una pena atenuada cuando hay consentimiento.

En cambio, el artículo 149 CP tiene este otro tenor literal: «El que causara a otro [...] la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de

¹² De forma muy desarrollada, MAÑALICH RAFFO, p. 45.

un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado [...]».

Adviértase que, al contrario de lo que ocurría antes, el menoscabo de la salud no es un elemento del tipo contenido en el artículo 149 CP; es decir, que no es un requisito para apreciar un delito de lesiones graves. Así, por ejemplo, causar a otro «la esterilidad» es una conducta que siempre realiza los elementos del tipo contenido en el artículo 149 CP. Y ello con total independencia de si dicha esterilidad ha sido (o no) consentida. En este sentido, una esterilidad consentida sigue siendo una esterilidad. Y, por ello, sigue realizando los elementos del artículo 149 CP. De modo que, claramente, constituye uno de los «delitos de lesiones» consentidas que el artículo 155 CP castiga con una pena atenuada (al menos, siempre que no se den las condiciones que exige el art. 156 CP para eximir de responsabilidad).

En resumen: en el artículo 147.1 CP, el consentimiento impide apreciar un elemento típico (consistente en menoscabar la salud de otro). Por el contrario, en el artículo 149 CP (o en el 150 CP), el consentimiento es perfectamente compatible con el comportamiento típico. Precisamente por ello, las «lesiones leves o menos graves consentidas» no son lesiones. Mientras que las lesiones graves consentidas son los únicos «delitos de lesiones» que el artículo 155 CP puede castigar con una pena atenuada. Lo cual se debe a que, en el primer caso, el consentimiento opera *desde dentro del tipo*; es decir, negando concurrencia del tipo de lesiones del artículo 147 CP. En cambio, en el segundo caso, el consentimiento opera *desde fuera del tipo*; es decir, sin cuestionar la concurrencia del tipo de lesiones del artículo 149 CP. Esta es, precisamente, la diferencia esencial entre el acuerdo y el consentimiento¹³.

V. ¿TIPO AGRAVADO O AUTÓNOMO?

La explicación anterior no solo hace compatible el planteamiento de Peñaranda Ramos con el texto penal vigente, sino que además saca a la superficie una consecuencia implícita del mismo: que las lesiones graves (arts. 149 y 150 CP) no son tipos agravados respecto a las lesiones menos graves (art. 147 CP), sino, más bien, tipos autónomos; es decir, tipos que no requieren la concurrencia de los elementos propios de las lesiones menos graves. Pues, de ser así, una lesión grave consentida nunca constituiría un «delito de lesiones». Al fin y al cabo, dicha lesión grave consentida no cumpliría con el requisito del tipo bási-

¹³ MAÑALICH RAFFO, pp. 48-49.

co de menoscabar la «salud subjetiva»; es decir, no cumpliría con el requisito de que, al lesionar a otro, se «menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental» (art. 147 CP). Lo cual llevaría a la absurda consecuencia de dejar sin contenido al artículo 155 CP, dado que nunca podría existir un «delito de lesiones» (graves, menos graves o leves) en el que concorra consentimiento.

Esto último pone de manifiesto que lesiones graves son tipos autónomos que, como tales, no requieren una afectación a la «salud subjetiva». De modo que su objeto de protección no puede ser dicha noción de salud, sino otra distinta. En concreto, una «salud objetiva» que, únicamente, consiste en mantener un determinado estado del cuerpo; un estado del cuerpo que es completamente independiente de la voluntad de su titular. Así, el carácter «pluridimensional»¹⁴ que Peñaranda Ramos atribuye al bien jurídico «salud» se plasma en que algunos tipos de lesiones protegen la «salud subjetiva» y otros la «salud objetiva»; concretamente, los tipos de lesiones leves y menos graves (art. 147 CP) protegen la «salud subjetiva», mientras que los tipos de lesiones graves (arts. 149 y 150 CP) protegen la «salud objetiva». De forma que los primeros tutelan la relación existente entre un determinado estado del cuerpo y su titular, mientras que los segundos tutelan, por sí mismo, un determinado estado del cuerpo.

Obviamente, lo anterior no implica que la concurrencia conjunta de ambos tipos deba sancionarse mediante un concurso de delitos. En este sentido, aunque una amputación inconsciente pueda subsumirse tanto en el artículo 147 como en el artículo 149 CP (al contrario de lo que ocurre con una amputación consentida, que solo puede subsumirse en el artículo 149 CP), dicho concurso no será de delitos, sino de normas. Pues a pesar de que el artículo 149 no sea un precepto especial con respecto al artículo 147 CP, el desvalor adicional que comporta la ausencia de consentimiento ya queda plasmado en la pena prevista por el artículo 149 CP. Sobre todo, teniendo en cuenta que, cuando concurre consentimiento, deberá imponerse «la pena inferior en uno o dos grados» (art. 155 CP).

VI. ¿LESIONES GRAVES CURATIVAS?

Teniendo en cuenta que el consentimiento no impide apreciar los tipos de lesiones graves (y que el art. 156 CP solo exime de responsabilidad por las lesiones que consisten en donaciones de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual), surge inmediatamente la duda de cómo calificar un tratamiento

¹⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2019, p. 708.

quirúrgico «curativo» que da lugar a una lesión grave. Por ejemplo, la amputación de un brazo para evitar la propagación de la gangrena. Obviamente, sería absurdo sancionar dicha amputación con la pena atenuada del artículo 155 CP. Pues el primer perjudicado sería quien padece la gangrena. En consecuencia, debe ofrecerse una respuesta alternativa que permita excluir la responsabilidad en estos casos; una respuesta alternativa que, en el caso de Peñaranda Ramos, pasa por afirmar que:

«también carecen del significado típico de lesiones aquellas otras modificaciones consentidas de su integridad corporal que, aun teniendo irreversible o permanente, objetivamente mejoren, preserven o al menos no perturben de forma relevante su salud como base para el futuro desarrollo de su personalidad. Como ya se ha señalado anteriormente, no basta para excluir la existencia de una lesión que el hecho realizado reporte como saldo final, en una valoración global y “objetiva”, más beneficio que daño a la salud del sujeto, pero ello no impide que esa valoración sea precisamente la que asuma también el propio afectado»¹⁵.

En este párrafo se sostiene que las lesiones graves, cuando son «curativas» y consentidas (como en el ejemplo de la amputación consentida para evitar que se extienda la gangrena), simplemente, no constituyen lesiones. Sin embargo, no queda claro por qué. Y ello impide resolver adecuadamente los casos en que dichas lesiones graves, pese a ser «curativas», no son consentidas (por ejemplo, la amputación de un brazo para evitar que se extienda la gangrena en alguien que prefiere morir a quedarse sin brazo¹⁶). Precisamente por ello, a continuación, se explicitará cuál es el argumento que permite negar la relevancia penal de las lesiones graves «curativas y consentidas». Gracias a él se hará evidente cómo deben calificarse las lesiones graves «curativas, pero no consentidas».

En primer lugar, debe advertirse que una lesión grave «curativa y consentida» no realiza el tipo del 147.1 CP. Pues la existencia de consentimiento impide que se lesione la «salud subjetiva». En consecuencia, dichas lesiones solo podrían subsumirse en el artículo 149 CP. No obstante, ese precepto protege la «salud objetiva». Y dicha salud mejora mediante las intervenciones «curativas»; es decir, mediante las intervenciones que «objetivamente mejo-

¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2003, p. 371.

¹⁶ Defendiendo su equiparación a las lesiones graves «ni curativas ni consentidas», PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, 2018, p. 4.

ren, preserven o al menos no perturben de forma relevante su salud como base para el futuro desarrollo de su personalidad»¹⁷. De modo que es posible sostener que, en esta clase de intervenciones, tampoco se lesiona el bien jurídico «salud objetiva». Y, por ello, mantener, con Peñaranda Ramos, que estas «carecen del significado típico de lesiones»¹⁸.

Adviértase que, con esta última maniobra, Peñaranda Ramos está haciendo con las *lesiones graves* lo mismo que hace la doctrina mayoritaria con *todas las lesiones*; esto es, negar que aquello que cura pueda lesionar. Sin embargo, al hacerlo únicamente con las lesiones graves (que afectan a la «salud objetiva») y no con el resto (que afectan a la «salud subjetiva») se evitan los problemas de la doctrina mayoritaria. Pues el planteamiento de Peñaranda Ramos no tiene ninguna dificultad para negar el carácter delictivo de tatuajes, piercings u operaciones de cirugía estética consentidas (que, al ser consentidas, no afectan a la «salud subjetiva» protegida por el artículo 147 CP). De modo que, al contrario de lo que ocurre con la doctrina mayoritaria, el planteamiento de Peñaranda Ramos no está forzado a ampliar tanto el ámbito de «lo curativo» (incluyendo cualquier intervención que favorezca en alguna medida el bienestar o la salud emocional del paciente) que deje gran parte del artículo 156 CP sin contenido.

En todo caso, aunque pueda afirmarse que las lesiones graves «curativas y consentidas» no afectan globalmente a la «salud objetiva», no creo que ello permita afirmar que estas «carecen del significado típico de lesiones»¹⁹. Pues una esterilización consentida, por muy «curativa» que sea, sigue siendo una esterilización. De modo que esta siempre realizará el tipo del artículo 149 CP (que únicamente exige causar a otro «la esterilidad»). Por ello, resulta preferible negar la relevancia penal de las lesiones graves «curativas y consentidas» justificando la realización del tipo del artículo 149 CP por estado de necesidad (art. 20.5 CP). Al fin y al cabo, dichas lesiones graves se habrán realizado para evitar un mal mayor; concretamente, un mal mayor para la «salud objetiva» globalmente considerada.

Teniendo en cuenta lo anterior, las lesiones graves «curativas, pero no consentidas» (amputar un brazo para evitar la cangrena de quien prefiere morir a perder dicho brazo) tampoco podrán castigarse mediante el artículo 149 CP. Pues estas también evitan un mal mayor para la «salud objetiva» globalmente considerada. Y si antes ello era suficiente para apreciar un estado de necesidad,

¹⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2019, p. 711.

¹⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2003, p. 371.

¹⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2003, p. 371.

ahora deberá ocurrir lo mismo. A estos efectos, el hecho de que la lesión no haya sido consentida es irrelevante *desde el punto de vista de la salud objetiva*. Ahora bien, esa ausencia de consentimiento será plenamente relevante desde el punto de vista de la salud subjetiva. En este sentido, la falta de consentimiento del afectado determinará la concurrencia de una «lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental» (art. 147 CP); es decir, determinará la concurrencia de un delito de lesiones menos graves. Después de todo, el bien jurídico «salud subjetiva» habrá sido lesionado.

En resumen: las lesiones graves «curativas y consentidas» no pueden castigarse mediante el artículo 149 CP por ser curativas. Y tampoco mediante el artículo 147 CP por ser consentidas. En cambio, las lesiones graves «curativas, pero no consentidas» solo quedan excluidas del artículo 149 CP por ser curativas. Pero deben sancionarse mediante el artículo 147 CP por no ser consentidas.

Debo confesar que cuando empecé a escribir esta contribución no tenía la intención de suscribir la posición del profesor Peñaranda Ramos. Sin embargo, cuanto más pensaba contra ella más me convencía. Tanto es así que lo que empezó como un intento de rebatir su postura ha terminado siendo un desarrollo de la misma (con los matices plasmados en los últimos apartados). Creo que eso es algo que hacen los textos de los grandes maestros: convencer a los que piensan seriamente contra ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales*, en Libro homenaje al profesor Ángel Torío López, Granada, 1999, pp. 261-284.
- DE VICENTE REMESAL, Javier: *El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2021, pp. 1-62.
- JORGE BARREIRO, Agustín: *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, Cuadernos de Política Criminal, 1982, pp. 5-33.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Volenti non fit iniuria: sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal*, en Libro homenaje al profesor Agustín Jorge Barreiro, Madrid, 2019, pp. 595-608.

- PANTALEÓN DÍAZ, Marta: *Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil*, Diario La Ley, 2018, pp. 1-10.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Lesiones (I)*, en Compendio de Derecho penal. Parte especial, Madrid, 2003, pp. 341-393.
- *El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico*, en Libro homenaje al profesor Agustín Jorge Barreiro, Madrid, 2019, pp. 697-712.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2025.

2. ATANDO CABOS: LA EUTANASIA DE LA MUJER EMBARAZADA ¹

PABLO DE LORA DELTORO
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN: PEÑARANDA Y EL COHERENTISMO

El hecho de que muera o se mate a un ser humano es siempre, respectiva y gradualmente, una tragedia y una infamia; sea cual sea la razón o la causa, o el grado de participación de los terceros, e independientemente de cuál sea la condición del ser humano que muere. Pero el hecho de que muera o se mate a un ser humano *no es siempre y respectivamente el mismo tipo de tragedia y de infamia*; y a veces, pero no siempre, la causa ha de ser tenida en cuenta como el hecho típico que justifica el castigo penal.

Si de los frutos del magisterio, de la profusa y rica producción jurídica de Enrique Peñaranda sobre la protección penal de la vida humana, uno tuviera que destilar una primera prensa para obtener la síntesis depurada del fundamento del reproche penal al aborto o a la participación en el suicidio ajeno, se me ocurre que el párrafo anterior podría servir.

Ese fundamento se adereza, ciertamente, con otros ingredientes bien conocidos en la obra de Peñaranda: su apuesta por el «gradualismo» en la con-

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «Derecho correcto. Criterios de corrección en la práctica jurídica» (referencia: PID2023-146061NB-I00PID2023-146061NB-I00). Una versión preliminar fue leída por Alfonso Ruiz Miguel que me hizo valiosas sugerencias y correcciones.

cepción, y defensa, del valor de la vida humana en formación²; su visión «conflictualista» del aborto, es decir, su juicio, como el de otros tantos³, de que la interrupción voluntaria del embarazo es una prerrogativa para la mujer cuyo embarazo afecta a su autonomía personal u otros intereses o bienes; y, en cuanto a la disponibilidad de la propia vida, la exigencia de un contexto eutanásico objetivable que sirva de garantía para la prestación de la ayuda a morir de quien desea así ejercer su autodeterminación como sujeto.

Junto a lo anterior, es característico también de los estudios y análisis de Enrique Peñaranda en esos, como en otros ámbitos, su rechazo al dogmatismo— el «fundacionalismo» si nos ponemos estupendos y tiramos de una noción común en la literatura filosófico-moral— y su correspondiente compromiso con una metodología «coherentista»; es decir, un afán por cohonestar de la mejor manera posible algunas creencias, prácticas o intuiciones muy arraigadas en nuestra conciencia moral colectiva y ciertos principios normativos muy fundamentales (y por ello irrenunciables), si bien modulables en esa forma de equilibrio reflexivo (si ahora nos ponemos rawlsianos) que obliga a practicar ajustes mutuos, que, por un lado, no santifican lo creído, intuitivo, pensado o practicado en una primera reacción o valoración, y, por otro, permiten refinar los principios abstractamente considerados.

Sirva un ejemplo estrictamente jurídico para precisar mejor el enfoque metodológico que, a mi juicio, caracteriza la obra de Peñaranda y que es, modestamente, el que yo también hago mío. Tomemos la ardua y sempiterna cuestión de la atribución de la condición de persona al feto, un asunto sobre el que luego se dirá algo más. Como se sabe, en España, como en tantísimas otras jurisdicciones, es el nacimiento el que determina la personalidad, la condición de sujeto de derechos, de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil y la muy consolidada jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado al respecto⁴. Pues bien, repárese ahora en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), texto internamente vinculante en un sentido bien relevante de acuerdo con el artículo 10.2. CE. El artículo 6 de la DUDH

² Véase, por todas, PEÑARANDA, 2005, pp. 1673 ss.

³ Por señalar solo un autor de enorme influencia intelectual en España, Bobbio. Véase, «Giulio Nascimbeni entrevista Norberto Bobbio nel 1981 alla vigilia del referendum sull'aborto», disponible aquí: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Giulio%20Nascimbeni%20intervista%20Norberto%20Bobbio%20nel%201981%20alla%20vigilia%20del%20referendum%20sull'E2%80%99aborto%20-%20Diario%20\(1\).html](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Giulio%20Nascimbeni%20intervista%20Norberto%20Bobbio%20nel%201981%20alla%20vigilia%20del%20referendum%20sull'E2%80%99aborto%20-%20Diario%20(1).html). Más recientemente, y con profusión de ejemplos que podría haberlos esgrimido el propio Peñaranda, el economista Bryan Caplan: CAPLAN, 2025.

⁴ Así, por todas, la STC 44/2023 de 9 de mayo (FJ 7).

afirma: «Todo ser humano tiene derecho, *en todas partes*, al reconocimiento de su personalidad jurídica» (la cursiva es mía⁵).

Es difícil negar la condición de «ser humano» al embrión o feto que cuenta con el genoma de la especie *homo sapiens*. Es, por otro lado, plausible interpretar que la cláusula «en todas partes» se refiere, no solo a cualquier jurisdicción o territorio, sino a cualesquiera coordenadas espaciales que ocupe el embrión o feto, lo cual incluye no solo el útero materno sino también el «lugar» en el que los embriones se hallan crio-preservados, es decir, esos depósitos o tanques alojados en los centros de reproducción humana asistida. El silogismo es entonces inmediato:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los embriones y fetos son seres humanos.

Allí donde se encuentre el embrión o feto es «una parte».

Luego todos los embriones o fetos tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

De tal suerte que, con el anterior argumento, ni el aborto ni el descarte de embriones, ni su uso para la experimentación, son justificables.

¿Pero cómo encajar esta conclusión lógica con las prácticas y actitudes que masivamente mantenemos con respecto a esos embriones congelados, o los seres humanos in útero en los iniciales estadios de su desarrollo⁶? Pareciera, a la luz de aquellas, que una interpretación más razonable del artículo 6 de la DUDH nos llevaría a concluir que ese conjunto de sujetos que han de ser tenidos como personas en cualquier lugar, esto es, en cualquier Estado soberano o territorio del planeta, no son las personas meramente potenciales.

Los estudios jurídico-penales de Enrique Peñaranda en los, por usar la célebre imagen del libro de Ronald Dworkin⁷, «dominios de la vida», esto es, acerca de la disponibilidad de la vida propia o ajena en los márgenes, en sus inicios o finales, están pues imbuidos por el coherentismo. Y tengo para mí que la posición de Peñaranda es esencialmente correcta, tanto en lo que hace al fundamento de la no punibilidad del aborto en un sistema de plazos+indicaciones

⁵ En la versión en inglés el término es «everywhere» y en francés «tous lieux» («todos los lugares»).

⁶ Me refiero a lo que sugería en mis párrafos iniciales: la dimensión de la «tragedia», por ejemplo, de los abortos espontáneos (mucho menor que el infanticidio), o cómo disponemos –mediante descarte o permitiendo su uso para la investigación– de los embriones sobrantes de los procesos de fecundación in vitro.

⁷ Aludo, claro, a DWORKIN, 1993.

como el que se consagró en España con la Ley 2/2010, cuanto en la defensa que ha hecho de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia⁸, la Ley 3/2021, mediante la que se despenaliza el auxilio al suicidio practicado por profesionales sanitarios en un contexto eutanásico, es decir, cuando concurren en el solicitante las exigencias establecidas el artículo 5.1.d) de la referida ley⁹. Tanto en el caso del aborto como en el de la eutanasia tales despenalizaciones son el justificado desiderátum del derecho al libre desarrollo de la personalidad que la Constitución consagra en su artículo 10.1. Pero no solo, como veremos enseguida.

II. ¿PUEDE LA MUJER EMBARAZADA SER CANDIDATA A LA EUTANASIA ACTIVA?

Pues bien, una cuestión que, hasta donde mis noticias alcanzan, no se ha discutido suficientemente en España por parte de quienes han legislado, estudiado y analizado tanto el régimen jurídico de la eutanasia como el del aborto, es la de si la condición de estar embarazada debe operar como impedimento para la práctica del auxilio al suicidio en condiciones eutanásicas. O dicho más corto: ¿puede la mujer embarazada en España ser beneficiaria de la llamada «prestación de ayuda para morir» (en lo sucesivo PAM)? O, alternativamente formulado: ¿Alcanza la autonomía de la mujer embarazada la disponibilidad de la vida del feto cuando anhela disponer de la propia? A responder a esos interrogantes dedicaré el resto de esta breve contribución.

1. La propuesta británica

Y no, no piense el lector que se trata del experimento mental de un perverso filósofo del derecho. Cuando estas líneas se escriben la Cámara de los Lores debate una propuesta legislativa para autorizar la asistencia al suicidio en condiciones eutanásicas¹⁰ y en el proceso de su aprobación se ha presentado una enmienda, la número 24, planteada por la Lord Baroness Grey-Thompson y por la Lord Baroness O’Loan mediante la que se pretende incluir una cir-

⁸ Véase PEÑARANDA, 2021.

⁹ «Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable».

¹⁰ «Terminally Ill Adults (End of Life) Bill» es el nombre que recibe la propuesta patrocinada por la diputada Kim Leadbeater y por Lord Falconer.

cunstancia en el elenco de condiciones que, de acuerdo con el artículo 1, permiten ser auxiliado a morir: «no estar embarazada»¹¹. Para ello, toda candidata a ser eutanasiada deberá someterse a una prueba de embarazo.

Ello ya de por sí ha suscitado una primera objeción sustentada sobre la presunta violación que, para la intimidad de la mujer, supondría esa exigencia. En esa misma línea, se sostiene también que el descubrimiento del embarazo podría suponer un claro desincentivo para la mujer que padece la enfermedad, patología o condición habilitante para ser ayudada a terminar con su vida. Claro que a este argumento se le puede dar la vuelta: una decisión plenamente informada por parte de quien reclama la ayuda a morir exigiría, en abstracto, conocer esa circunstancia. De nuevo, esa – la de un consentimiento plenamente informado – será, junto con otras, condición necesaria para que la ayuda de un tercero que activamente causa la muerte sea justificable y no reprochable jurídico-penalmente.

Pero lo que interesa es la cuestión de fondo, un asunto que, como sostenía al principio de estas páginas, no se puede resolver cabalmente sin un previo compromiso axiológico respecto del valor de la vida humana en formación y los límites de la disponibilidad del derecho a la vida.

En el primer debate habido sobre la cuestión en la cámara de los lores el pasado 12 de diciembre de 2025, el proponente de la ley, Lord Falconer, defendió que, si bien la condición del embarazo se resuelve de distinta forma en la legislación comparada en materia de eutanasia (en el Estado de Oregón no cabe la ayuda a morir de la embarazada, mientras que en los Países Bajos sí, practicándose primero el feticidio), en la legislación británica el embarazo no debería ser un obstáculo¹².

III. LAS RAZONES PARA QUE EL EMBARAZO SÍ SEA UN IMPEDIMENTO PARA LA PAM:

A mi juicio, sin embargo, sí hay buenas razones para que lo sea en las circunstancias que a continuación expondré, tanto en la legislación británica

¹¹ El resto de los requisitos en el proyecto actual son: padecer una enfermedad terminal; tener autonomía; ser mayor de 18 años; ser residente en Inglaterra y Gales y figurar como paciente de un médico registrado en Inglaterra y Gales. La transcripción del debate sobre la enmienda se puede ver aquí: <https://www.theyworkforyou.com/lords/?id=2025-12-12b.480.0> (última visita el 21 de diciembre de 2025).

¹² La intervención figura en el diario de sesiones de la Cámara de los Lores (columna 506) que se puede consultar aquí: [https://hansard.parliament.uk/lords/2025-12-12/debates/F835F8E6-164F-42AA-B693-71C31CEFD046/TerminallyIllAdults\(EndOfLife\)Bill](https://hansard.parliament.uk/lords/2025-12-12/debates/F835F8E6-164F-42AA-B693-71C31CEFD046/TerminallyIllAdults(EndOfLife)Bill) (última visita el 7 de enero de 2026).

como en cualquier otra, incluyendo por supuesto la nuestra, en la que me parece evidente que existe una laguna en este punto ¹³.

Una primera razón que hay que descartar por razones de coherencia es el hecho de que se vaya a ser madre, es decir, el desamparo que la muerte de la mujer producirá a su descendencia. Y hay que hacerlo por dos clases de motivos. El más inmediato es que si de auxilio al suicidio en circunstancias eutanásicas hablamos, al menos un grupo de las mujeres que, eventualmente embarazadas, quieran ser ayudadas a morir padecen de una enfermedad terminal; el desamparo será pues inevitable y próximo. Con respecto al resto, las que, por mencionar los términos de la legislación española, sufrieran un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» (art. 5.1.d. en conexión con la definición del art. 3.b)) su condición de no elegibles para la eutanasia derivada solo del hecho del desamparo al menor obligaría por las mismas razones a no permitir la eutanasia a ninguna madre con hijos a su cargo.

1. Eutanasia y viabilidad extrauterina

Más concluyente es, a mi juicio, el supuesto en el que la prestación de la ayuda a morir de la mujer embarazada y la viabilidad extrauterina del feto son compatibles. Y aquí es donde resulta imprescindible acudir a las justificaciones más profundas, filosófico-jurídicas si se quiere, de la despenalización o permisión legal del aborto.

Se trata, básicamente, de dos fundamentos. En primer lugar, la consideración de que la interrupción voluntaria del embarazo es una expresión de la autonomía de la mujer a quien la gestación, el parto y la maternidad le pueden generar un grave conflicto o un impedimento para el desarrollo de sus planes de vida. Pero, en segundo lugar, también militan para ello razones vinculadas a la igualdad, una justificación que cuenta con antecedentes filosóficos bien ilustres ¹⁴ y que se deja sintetizar en la siguiente idea: incluso si despejamos la ardua discusión de si el concebido pero no nacido tiene igual dignidad que el nacido y consideramos que sí, que es persona, prohibir el aborto haciendo con ello de la gestación un deber, implica una discriminación hacia las mujeres

¹³ Ni los artículos 5 y 6 de la LORE mencionan el embarazo como causa inhabilitante de la PAM, ni en los debates sobre la ley a finales de 2020 se abordó la cuestión.

¹⁴ THOMSON, 1971.

pues solo ellas arrostrarían esa obligación de sacrificio corporal¹⁵. Conviene recordar que ningún individuo, hombre o mujer, tiene un deber – y menos aún respaldado por la sanción penal– de poner su cuerpo a disposición de los demás, independientemente del grado de afectación que suponga, ni siquiera cuando se trata de salvar la vida del posible beneficiario o si la relación que media entre ambos es la paternofilial.

Pero, de nuevo: el argumento no está basado en la falta de valor del feto, porque incluso si consideramos injustificada la prohibición del aborto aún podemos entender que el aborto no consentido es un mal dado el daño infligido al feto. Además, el argumento es condicional: si el buen-samaritanismo se extendiera a los dos sexos – piénsese en un sistema de confiscación de riñones para donación de vivo, por ejemplo, que no hiciera distingos por sexo– es decir, si todos los ciudadanos estuvieran obligados a poner su cuerpo al servicio de los intereses vitales de otros, las normas restrictivas del aborto serían generalmente legítimas¹⁶. Y más todavía si los padres, frente a lo que actualmente es el caso, tuvieran el deber jurídico especial de procurar órganos de vivo o tejidos para salvar las vidas de sus hijos si fuese necesario¹⁷.

¿Cuál es la consecuencia que a mi juicio, se sigue de cualesquiera de esas dos defensas de la permisón de abortar? Que a partir de la viabilidad extrauterina del feto, ni la autonomía personal de la mujer ni la invocación de su igual ciudadanía frente a los varones pueden implicar la muerte de un ser humano inocente que ya no depende fisiológicamente de ella, pues si esa consecuencia sí cupiera no tendríamos ninguna razón para castigar, incluso de la manera más severa, el infanticidio. Pues bien, a mayor abundamiento todavía, no será justificable ese aborto si se deriva de la decisión de la madre de poner fin a la vida propia.

Cuestión muy distinta sí sería la de obligar a la mujer embarazada de un feto aún no viable a que no pueda terminar con el sufrimiento que padece mediante la ayuda a morir hasta tanto no dé a luz o el feto sea viable. Es cierto que, al menos en el marco de la legislación española, dados los procedimientos garantistas que acompañan a la solicitud y concesión de la PAM, difícilmente ocurrirá que el feto siga siendo inviable una vez que se ha resuelto favorablemente la petición. Es decir, casi no habrá supuestos en los que la mujer emba-

¹⁵ REGAN, 1979 y más recientemente PALLIKKATHAYIL, 2025. También Alfonso Ruiz Miguel, en un trabajo publicado en 2002, describía el aborto como una «especificación» del derecho al propio cuerpo ssus límites; véase RUIZ MIGUEL, 2002, pp. 115 ss.

¹⁶ Este es el espíritu de la crítica de Anca Gheaus al planteamiento de Pallikkathayil: en una situación de gravísima crisis sanitaria, ¿acaso no estaríamos los ciudadanos obligados a donar sangre?; véase GHEAUS, 2025.

¹⁷ GHEAUS, 2025.

razada pueda hacer primar su derecho a no sufrir mediante la eutanasia frente la vida de un embrión o feto aún inviable extrauterinamente. Pero no sería obviamente descartable.

IV. DOS OBJECIONES QUE HAY QUE AFRONTAR

Este esquema justificatorio de la eutanasia de la mujer embarazada que hace pivotar sobre la viabilidad del feto el permiso para el auxilio al suicidio debe, con todo, sortear dos serios obstáculos aún. Me ocuparé de ellos para concluir.

En primer lugar, en referencia específicamente al Reino Unido, la aún vigente «Abortion Act» de 1967 mantiene el plazo de 24 semanas de embarazo para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. ¿Existen fetos viables antes de ese momento? Sin duda¹⁸. Y es que mi planteamiento implicaría que las mujeres embarazadas en el Reino Unido pueden interrumpir su embarazo *por cualquier razón*, incluso siendo el feto viable, pero la mujer embarazada no podría poner fin a su vida en circunstancias eutanásicas siendo el feto viable. Parece difícil encontrar una razón acuciante que justifique esta discriminación. Y más todavía si tenemos en cuenta la reforma de la legislación que en junio 2025 ya aprobó el Parlamento, y que, de prosperar, hará que el aborto en el Reino Unido quede despenalizado hasta el momento del parto.

El segundo de los obstáculos tiene que ver con el papel del padre. Tradicionalmente, y a mi juicio injustificadamente (pero esto es harina de y para otro costal¹⁹) el progenitor masculino no tiene – ni debe tener– arte ni parte en el embarazo de la mujer, esto es, en su desarrollo o terminación anticipada (y, como en una ocasión célebre me espetó una estudiante: «solo a veces tienen arte»). De tal suerte que ni puede obligar a la mujer a abortar ni puede obligarla a llevar a término la gestación. Es una solución a mi juicio razonable dados los derechos e intereses en conflicto, aunque, bajo ciertas condiciones, el progenitor masculino que, como la mujer que aborta, quiere desligarse de la relación jurídica paternofilial que sigue al nacimiento, debería tener margen también para hacerlo. En la actualidad, en la mayoría de los regímenes jurídicos, señaladamente en el nuestro, no tiene forma alguna de liberarse de dichos deberes de alimentos, entre otros. Bueno, sí: si resultase que es un donante de

¹⁸ Hasta donde mis noticias llegan, el niño Curtis Means, nacido en Alabama en 2020 ostenta el récord de prematuridad: 21 semanas de gestación.

¹⁹ Para un desarrollo más extenso de mi posición al respecto, DE LORA, 2017.

esperma bajo las condiciones que establece la Ley 14/2006 de reproducción humana asistida. Harina de otro costal es también la (muy difícil) justificación de la diferencia entre ambos progenitores, inmunes unos, plenamente responsables otros, solo por el hecho de ser su inseminación «natural».

Sea como fuere, para el caso de la mujer embarazada que desea, por buenas razones, poner fin a su vida, es concebible y justificable que el progenitor que sí desea ser padre a todos los efectos pueda aducir ese interés para que la madre no sacrifique al feto en el proceso de poner fin a la propia vida.

He sostenido que los intereses de la mujer embarazada en circunstancias eutanásicas priman hasta el momento de la viabilidad del feto, incluyendo su deseo eutanásico. Así y todo, si tenemos en cuenta las exigencias de nuestra actual legislación para poder recibir la PAM, creo que hay que introducir una consecuencia derivada del deseo del padre de serlo.

Como he indicado antes, el artículo 5.1.d) establece que la solicitante de una PAM debe «sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley». De acuerdo con las definiciones del artículo 3, hay, por una parte, «enfermedades graves e incurables», descritas como las «que por su naturaleza originan 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» (art. 3c)); y, por otro, el padecimiento «grave, crónico e imposibilitante», que se entiende como la «[s]ituación 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 físicas 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» (art. 3b)).

Por tanto, en ambos casos se alude al elemento del «sufrimiento físico constante o psíquico intolerable» pero que exista o no tal acreditada nota, o cuan grave o incurable sea el padecimiento, o que se dé o no cualesquiera otras de las circunstancias que figuran en las definiciones, es algo controvertible. La mejor prueba es que la propia LORE establece un mecanismo de supervisión encomendado a las Comisiones de Garantía y Evaluación (art. 17) y la posible reclamación ante los juzgados de lo contencioso-administrativo.

¿También cuando la resolución es favorable a la PAM? ¿Y por parte de quién, en ese supuesto? Desde la aprobación de la LORE esta ha sido una cuestión muy debatida entre los juristas, y la posibilidad de que alguien tenga

un interés legítimo en impedir una PAM ha sido muy recientemente resuelta en dos casos que han generado extraordinaria polémica: el del conocido como «pistolero de Tarragona» (Marin Sabau) y el de la joven Noelia, una barcelonesa de 24 años, parapléjica, a cuya eutanasia se oponía su padre pues consideraba que no se daban en el caso de su hija los presupuestos habilitantes para ser candidata a una PAM.

En el primero de los supuestos el litigio se planteaba porque Sabau, estando en prisión preventiva por la presunta comisión de varios delitos por los daños que causó con arma de fuego, y habiendo él mismo sufrido una grave lesión medular de resultados del tiroteo, solicitó por esa razón la PAM, solicitud a la que se oponían las víctimas de Sabau alegando su derecho la tutela judicial efectiva – que el causante de la comisión de un delito sea juzgado y que sus víctimas sean satisfechas con un remedio efectivo – que se vería frustrado de procederse a la satisfacción de la PAM. Tanto el Auto del juzgado de Instrucción número 5 de Tarragona de 6 de julio de 2022, como el de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de agosto de 2022 que resuelve el recurso presentado por los familiares de las víctimas, se decantaron por desestimar sus pretensiones ora por falta de competencia para juzgar sobre el fondo del asunto – cuestión que corresponde resolver a los jueces del orden contencioso-administrativo, toda vez que la práctica de la eutanasia se configura como una prestación del poder público– ora porque en el conflicto entre los derechos e intereses presentes en el caso, la dignidad, la libertad y el derecho a la vida, en su dimensión de disposición de la misma, de quien solicita la PAM han de triunfar frente a, en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰ al que acabaron recurriendo los familiares de las víctimas tras agotar la vía jurisdiccional en España alegando la vulneración de los derechos 6.1 (derecho a tener acceso a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el caso de la joven Noelia, aunque la decisión final sobre el fondo del asunto pende aún de lo que resuelva el Tribunal Supremo, de momento, y sobre la cuestión de la legitimidad activa de terceros, en este caso el padre, ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:

«... no cabe en modo alguno descartar de manera genérica e indiscriminada la legitimación judicial de los padres como ejercitantes de un interés legítimo –propio y no abstracto– en que sus hijos permanezcan con vida y, por ello, en el

²⁰ La sentencia, *C. M. contra España* es de 6 de junio de 2024.

resultado del procedimiento orientado a facilitar su ayuda a morir. Ejercitada judicialmente la acción de protección del derecho fundamental de la vida –no así directamente la vida familiar, que no es un derecho fundamental–, lo padres pueden tener un interés legítimo en torno a ello, aun cuando no resulten titulares de ese derecho a la vida ajena, e incluso, dependiendo del contexto, una obligación legal de actuar en ese objetivo. Se trata de un interés propio que, incluso, puede entrar en colisión con las preferencias, en este caso del hijo, sin que ello elimine la pervivencia de ese valor autónomo»²¹.

Entre otras razones aducidas por el TSJ Cataluña figura el riesgo de que esa decisión de control de la administración se adoptase cuando ya no tiene remedio. Pues bien, ese mismo razonamiento *ad abundantiam* permite justificar la intervención como legítimo interesado del progenitor del feto o embrión que gesta la mujer embarazada que solicita una PAM independientemente de que el feto sea o no viable. Y me parece también que su interés procreativo, el hecho de que el feto es también «su» hijo, añadido al interés general que esgrime el TSJ Cataluña, hará extraordinariamente difícil justificar que la embarazada pueda disponer de su propia vida si ello implica terminar con la vida del feto.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPLAN, Bryan: *The Tragic Hysteria of Abortion*, en su blog Bet on it publicado el 1 de diciembre de 2025 y disponible en <https://www.betonit.ai/p/the-tragic-hysteria-of-abortion> (última visita el 9 de enero de 2026).
- DWORKIN, Ronald: *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Nueva York.
- GHEAUS, Anca: *Procreative Liability and Equality before the Law*, *Journal of Applied Philosophy*, 2025, pp. 499-504.
- LORA, Pablo de: *Reproducción, paternidad e igualdad: ¿de qué son responsables los inseminadores?*, en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Barcelona, 2017, pp. 215-231.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: *El aborto, entre la ética y el Derecho*, Τέλος. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, XI, núm. 2, 2002, pp. 105-124.
- PALLIKATHAYIL, Japa: *Abortion and Democratic Equality*, *Journal of Applied Philosophy*, 2025, pp. 473-491.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Fases en el desarrollo de la vida y grados en su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantato-*

²¹ Es la sentencia 1187/2025 de 31 de marzo de 2025.

- rio, en Estudios en Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, pp. 1673-1710.
- *Los nuevos desafíos de la reproducción asistida*, Humanitas. Humanidades médicas, núm. 3, 2006, pp. 11-27.
 - *Algunas cuestiones fundamentales de la interrupción voluntaria del embarazo tras la LO 2/2010 de 3 de marzo*, en Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, 2020, pp. 131-140.
 - *Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros*, en La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, Madrid, 2021, pp. 199-242.
- REGAN, Donald H.: *Rewriting Roe v. Wade*, Michigan Law Review, núm. 77, 1979, pp. 1569-1646.
- THOMSON, Judith Jarvis: *A Defense of Abortion*, Philosophy & Public Affairs, vol. 1, núm. 1, 1971, pp. 47-66.

3. EL ASESINATO ALEVOSO

ANA MARÍA GARROCHO SALCEDO
Universidad Carlos III de Madrid

I. EL PLANTEAMIENTO DE ENRIQUE PEÑARANDA SOBRE LA AGRAVACIÓN DEL ASESINATO CON RESPECTO AL HOMICIDIO

El profesor Enrique Peñaranda Ramos viene analizando el incremento de la gravedad del hecho desde el año 2006 cuando redactó su escrito de habilitación sobre el delito de asesinato. En aquel entonces, Peñaranda destacó muy certeramente que las circunstancias en el asesinato partían de dos modelos muy concretos: el *modelo de la adición*, propio del ensañamiento –que alberga pocas dudas en cuanto al fundamento de la agravación, pues supone un injusto añadido al ataque contra la vida– y el *modelo contextual* de la alevosía y el precio, la recompensa o la promesa¹, donde el legislador destaca un concreto contexto de la acción de matar.

Desde entonces, nuestro homenajeado sostiene que, en lo que respecta a la alevosía o al precio (dentro del denominado modelo contextual), existen determinadas «condiciones o requisitos legales relativos al contexto del hecho» que permiten «la imputación completa del injusto de matar», posibilitando así la calificación del homicidio como asesinato y la consiguiente agravación de la pena. Ello sin que necesariamente concorra un mayor desvalor del hecho en sentido estricto, sino más bien un *contexto lesivo* del que el autor no

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 252 ss. 291, 293 *passim*.

puede legítimamente distanciarse². Así pues, para Peñaranda, existen ciertos indicadores que permiten graduar la penalidad donde, en ocasiones, el contexto del hecho «no permite proyectar una luz mínimamente favorable sobre la acción injusta» que el autor ha realizado, en cuyo caso se le imputa plenamente el desvalor del hecho de matar a otra persona³. A este respecto, Peñaranda explica que los homicidios se cometen en «muy variados contextos de interacción y reflejan grados de responsabilidad muy distintos»⁴. En unos casos, «el filtro de la imputación (sc. culpabilidad) es muy tupido porque la acción del sujeto se presenta como comprensible o disculpable (...) en atención al contexto en el que se realizó». En otros casos, la situación «no permite ninguna disculpa y sobre la acción del sujeto recae todo su desvalor»⁵.

Con todo, el profesor Peñaranda parece adherirse a un modelo de culpabilidad *à la* Mir Puig, como imputación personal⁶, donde en ningún caso la culpabilidad crea un nuevo desvalor que no venga ya del injusto penal⁷, sino que esta es, a su juicio, un «presupuesto de atribución o imputación de la responsabilidad penal por el hecho antijurídico cometido» y no un desvalor de otra clase⁸.

De manera específica, con respecto a la circunstancia de *alevosía* en el asesinato, Peñaranda plantea que ella puede ser el resumen de «un conjunto de indicadores de que el contexto en el que se realiza la acción de matar, y en particular las relaciones existentes entre el autor y la víctima, no arrojan una luz más favorable sobre la acción injusta que aquel ha realizado»⁹. En relación con el *precio*, la *recompensa* o la *promesa*, Peñaranda sostiene que «como móvil de la acción de matar, indican la existencia de un caso en que esa acción

² PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 293.

³ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 292 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2022, p. 16.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292. Salvando las distancias, nótese la notable cercanía del planteamiento de Peñaranda a este respecto con los modelos de regulación angloamericanos, en los que el homicidio (*manslaughter*) se reserva a causaciones de la muerte mediando una posible disculpa, siendo el asesinato (*murder*) el supuesto de causación de la muerte de otro de forma intencional sin posible disculpa o aminoración del reproche; así, por ejemplo, téngase en cuenta que el artículo 210 del *Model Penal Code* establece que concurre un homicidio (*manslaughter*) cuando la muerte se comete «con *recklessness*, o cuando se comete bajo la influencia de una perturbación mental o emocional extrema para la que existe una explicación o excusa razonable. La razonabilidad de dicha explicación o excusa se determinará desde el punto de vista de una persona en la situación del autor, en las circunstancias tal y como él las percibe»; el asesinato (*murder*) se reserva a situaciones donde la causación de la muerte se produce de forma deliberada o con conocimiento, o cuando se comete «(...) en circunstancias que manifiestan una indiferencia extrema por el valor de la vida humana...».

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 271 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2022, pp. 13 ss.

⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 271 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2022, pp. 13 ss.

⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2022, p. 13; PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 272.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 292.

carece de cualquier justificación o excusa...». En el precio no «es la codicia lo que importa sino lo artificial de la decisión de entablar un conflicto con quien previamente no existía ninguna relación»¹⁰.

Este mismo planteamiento fue desarrollado posteriormente por el discípulo del Profesor Peñaranda, el Dr. Juan Alberto Díaz López, en su tesis doctoral sobre motivos discriminatorios del artículo 22 4.^a del CP español. Para este autor, la circunstancia agravante genérica refleja una situación en la que «el contexto en el que el delito se cometió y el grado de implicación personal del sujeto en su perpetración» son los ejes sobre los cuales se fundamenta la agravación de los motivos discriminatorios. Como lo expresa el propio Peñaranda, «puede haber motivos que indiquen la existencia de un contexto que permite al sujeto distanciarse del hecho cometido o sean neutrales a tal efecto», mientras que «hay otros que denotan que el contexto del hecho le pertenece completamente y le es, por ello, también plenamente atribuible su comisión»¹¹. De ese modo, cuando el hecho se comete mediando un motivo odioso para el ordenamiento jurídico *ex* artículo 22 4.^a CP se impide que el sujeto se distancie del hecho delictivo, y, en ese sentido, su injusto se imputa de forma más plena que quien no se ha movido por dichos motivos discriminatorios. De nuevo, en esos casos, no es que haya una adición al injusto al concurrir la circunstancia de motivos del artículo 22 4.^a CP –o de la alevosía o el precio, podríamos añadir– sino que la especial intensidad de la imputación o el mayor desvalor del hecho radica en que no concurre ninguna justificación o excusa posible para el hecho¹².

Explicitados, sucintamente, los presupuestos sobre los que pivota el fundamento de agravación en la alevosía o en el precio para Peñaranda Ramos, parece que la culpabilidad sí admite gradaciones al alza dentro del injusto dado, sin que este se vea aumentado de forma adicional. Así las cosas, la categoría de la culpabilidad podría presentar niveles de intensidad variable, correspondiendo el nivel de culpabilidad más intenso cuando la acción lesiva del sujeto no permita una mínima justificación o disculpa o un distanciamiento del

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 293.

¹¹ PEÑARANDA RAMOS, 2022, p. 16.

¹² DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 385 ss. Siguiendo a Peñaranda Ramos, este autor considera que la culpabilidad tiene varios estratos: la imputabilidad *stricto sensu*, el conocimiento de la antijuridicidad y el contexto en el que se cometió el hecho. Para Díaz López las motivaciones del sujeto *ex* artículo 22. 4 CP forman parte del contexto del hecho y permiten graduar la culpabilidad; asimismo indican el «grado de implicación personal en la situación». De ese modo, el actuar por uno de estos motivos denota que el contexto le pertenece por entero al autor y le era plenamente atribuible. Los motivos discriminatorios no son excepciones a la normalidad, sino «condiciones para que pueda abrirse paso la imputación completa por el injusto cometido».

autor con su hecho, y una culpabilidad atemperada cuando concurren situaciones de comprensión o disculpa en atención al contexto en el que se produce el hecho lesivo.

A mi juicio, este planteamiento podría explicar con relativa facilidad la agravación penológica que se suscita con las agravantes genéricas del artículo 22 CP, cuya concurrencia conlleva la imposición obligatoria de la pena en la mitad superior de la pena prevista en el tipo penal (art. 66 1. 3.^a CP), pues ellas *acentúan* el injusto ya contenido en el tipo penal de referencia. Sin embargo, este planteamiento de culpabilidad graduable al alza me genera más dudas con respecto a las circunstancias cualificadoras específicas del asesinato (o de cualquier otro delito), puesto que ellas fundamentan la consideración de un tipo cualificado (v. gr. asesinato) por lo que dicho salto solo puede inferirse a partir de un aumento claro del injusto penal que permita aplicar el tipo cualificado que la norma contempla. El desvalor intersubjetivo del hecho se condensa en el injusto y en la culpabilidad se atribuye el hecho a su autor, o en su caso la imputación se disminuye o se excluye.

Además, como ha destacado recientemente Carretero Sanjuan, la posición de Peñaranda Ramos parece que veda inexplicablemente la aplicación de la pena en su límite máximo abstracto cuando no concurren circunstancias agravantes, pues ello implicaría atribuir *completamente* el hecho a su autor. Esta misma autora cuestiona oportunamente cómo podría determinarse la pena en los supuestos en los que medie una agravante de motivos (o de alevosía o precio, añadido yo) y además el autor se encontrase afectado por una eximente incompleta con naturaleza de causa de inimputabilidad, pues en ese caso habría razones que aproximan al autor a su hecho y otros que lo distancian¹³.

Por las razones anteriores, me decanto por mantener el entendimiento mayoritario de la doctrina frente al original planteamiento de Peñaranda, estimando que la agravación o la mayor gravedad del hecho se corresponde en exclusiva con el injusto penal¹⁴, dejando para la culpabilidad la imputación personal del hecho lesivo a su autor. Este esquema me resulta mucho más sencillo, preciso y omnicomprendivo de las circunstancias agravantes, genéricas y específicas, y además exige a los operadores jurídicos perfilar con mayor acribia el fundamento agravatorio de cada una de las circunstancias, distinguiéndose entre sí. Adicionalmente a ello, debe recordarse que las agravaciones forman parte del injusto penal que el agente debe conocer con precisión en aras

¹³ CARRETERO SANJUAN, EPC, 2026, pp. 9 ss., nota al pie 26.

¹⁴ Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 2004, si bien refiriéndose a las circunstancias genéricas, «las circunstancias agravantes solo pueden referirse al contenido de injusto del hecho».

de preordinar su conducta. La mayor gravedad del hecho lesivo justifica por consiguiente la mayor penalidad; dicha mayor gravedad se condensa, en exclusiva, en el injusto, al margen de la función preventiva de la pena, que debe quedar extramuros de la teoría de las circunstancias¹⁵. Solo la mayor gravedad del hecho permite legitimar la mayor penalidad, al margen, por tanto, de la mayor o menor necesidad de pena, la cual no debería computarse si no es a través de la justificación de la mayor gravedad del hecho.

Sentado lo anterior, me dispongo a efectuar en lo que sigue algunas reflexiones en torno a la alevosía como circunstancia del asesinato.

II. EL FUNDAMENTO AGRAVATORIO DE LA ALEVOSÍA EN EL ASESINATO

La diferencia valorativa, y en consecuencia punitiva, del delito de asesinato respecto al delito de homicidio se efectúa en España con el dibujo que demarcan las cuatro circunstancias presentes en el actual artículo 139 CP¹⁶.

¹⁵ Entre otros, por ejemplo, CARBONELL MATEU, 2022, p. 70.

¹⁶ Sin embargo, una mirada al Derecho comparado nos da buena cuenta de la existencia de diferentes modelos de regulación de los delitos dolosos contra la vida, lo cual, a mi juicio, debe encuadrar la discusión jurídica sobre las distintas valoraciones que presentan los delitos intencionales contra la vida humana independiente. Sin ánimo de exhaustividad, por ejemplo, en el *Californian Penal Code* la distinción entre homicidio (*manslaughter*) y asesinato (*murder*) descansa en que el homicidio se produce en contextos de «pelea repentina (*sudden quarrel*)», o mediando un estado pasional (*heat of passion*) o mediando creencia errónea de necesidad de defenderse (*unreasonable belief in the need to defend yourself*), mientras que en el asesinato media alevosía, premeditación /veneno/precio y no media causa que disculpe como un estado pasional o una provocación al delito por parte de la víctima. El CP austríaco concibe el asesinato (*Mord*) como tipo básico (§ 75 Öst.-StGB) sancionado con prisión de 10-20 años o prisión perpetua revisable, reservándose el delito de homicidio (*Totschlag*) para supuestos menos graves, donde concurre una suerte de disculpa o de aminoración del reproche por la muerte causada ante una fuerte emoción comprensible del autor (*begreiflichen heftigen Gemütsbewegung*) castigándose con prisión de 5-10 años (§76 Öst.-StGB). Otros ordenamientos punitivos gradúan la penalidad de la muerte dolosa en atención a determinadas circunstancias e incluyen tipos privilegiados. En Alemania, los delitos contra la vida tienen tres posibles calificaciones: el homicidio (*Totschlag*), que consiste en causar la muerte de otro; el asesinato (*Mord*) sancionado con pena única y máxima de prisión perpetua cuando concurren las circunstancias presentes en el tipo penal, y un tipo privilegiado de homicidio en el § 213 StGB, cuando el homicidio proviene de un acto anterior de maltrato o de insulto grave (*Misshandlung oder schwere Beleidigung*) por parte de la persona fallecida contra el autor de la muerte, sancionándose con penas de 1 a 10 años. En el CP argentino, se prevé un tipo básico para la causación de la muerte penado con prisión de 8-25 años (art. 79 CP argentino), un tipo agravado con pena única y fija a perpetuidad cuando se producen determinadas circunstancias (art. 81 CP argentino), y un tipo privilegiado –que, junto al infanticidio y el homicidio preterintencional– aminorar la pena (reclusión de 3 a 6 años, o prisión de 1-3 años) cuando se mata mediando una «emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable» (art. 81. 1.º a) CP argentino). Asimismo, en Portugal se prevé un homicidio como tipo básico castigado con penas de prisión de 8-16 años (art. 131 CP portugués), un homicidio cualificado atendiendo a la concurrencia de diversas circunstancias penándose con prisión de 12-25 años (art. 132 CP portugués), y un homicidio privilegiado (art. 133 de su CP portugués) cuando se mate a otro «dominado por una emoción violenta comprensible, la compasión, la deses-

Como es bien sabido, el sistema de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal –tanto cuando cursan como circunstancias genéricas como cuando actúan como específicas– está emparentado históricamente con el movimiento codificador, y persigue reducir –antes y ahora– el arbitrio de los jueces a la hora de determinar la pena imponible¹⁷, salvaguardando en mayor medida el mandato de certeza que debe presidir el Derecho penal liberal. A continuación, abordaré alguno de los problemas que plantea la alevosía en el asesinato en España.

La doctrina mayoritaria contemporánea entiende que la alevosía aumenta el injusto penal y, en concreto en delitos contra la vida, aumenta el grado de peligro para el bien jurídico tutelado en el tipo básico¹⁸. A tenor de esta posición, la mayor peligrosidad del comportamiento alevoso frente al que no lo es justificaría la cualificación de la conducta convirtiendo el homicidio en un asesinato simple (art. 1391.1.ª CP)¹⁹. En mi opinión esta posición es correcta pero excesivamente genérica en su formulación, dado que muchas circunstancias agravantes (genéricas y específicas) comparten dicha mayor peligrosidad; de hecho, los tipos cualificados suelen agravarse por esa mayor peligrosidad de la conducta cualificada frente a la conducta del tipo básico que debe concretarse en alguna razón material.

A mi juicio, lo verdaderamente singular de la alevosía es que el autor con su conducta impide que el sujeto pasivo pueda defenderse de dicho ataque²⁰. En sentido parecido a lo que sucede con el robo con fuerza con respecto al delito de hurto (donde lo que se agrava es que el autor deponga o quebrante las barreras específicas de protección de la cosa para acceder al lugar donde se encuentra la cosa o para abandonar el lugar y apoderarse del bien), en la alevosía se castiga que el sujeto activo emplee en la ejecución medios, modos o formas que tiendan a asegurar el delito contra la vida sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. La total indefensión de la víctima en el ataque alevoso bien por el empleo de *medios* determinados que lo procuren, o de *modos o formas* que aseguren el ataque contra la vida, justifica la mayor peligrosidad del hecho que explicaría su mayor gravedad y, en consecuencia, su mayor penalidad. No obstante, cuando el ataque

peración o un motivo de valor social o moral relevante» que disminuya sensiblemente su culpabilidad, castigándose con prisión de 1 a 5 años.

¹⁷ Vid., por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, 1986, pp. 7 ss.; SALINERO ALONSO, 2000, pp. 3 ss., 10.

¹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, 2024, p. 150; FELIP I SABORIT, 2025, pp. 42 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 2012.

¹⁹ En contra se manifiesta PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 291 ss., estimando que la alevosía (y el precio) son circunstancias que «no se orientan a producir ningún estado de cosas disvalioso al margen de la muerte de la víctima...no hay más infracción que la que consiste en matar».

²⁰ Cfr. MASIP DE LA ROSA, 2016, pp. 156, 140 ss. *passim*.

contra la vida no se produzca en un contexto de indefensión completa sino de mera merma de la capacidad defensiva de la víctima, corresponde apreciar la llamada *alevosía menor* o abuso de superioridad (art. 22. 2.^a CP), imponiéndose la pena correspondiente al homicidio básico en su mitad superior.

La alevosía no afecta en absoluto a la desvaloración del *resultado* de muerte, puesto que este es el mismo que cualquier otro ataque contra la vida, pero sí afecta a la ejecución del ataque que queda más fuertemente asegurada precisamente porque se ha realizado empleando un medio, un modo o una forma que redunde en la indefensión de la víctima. El bien jurídico «vida» es más vulnerable cuando el ataque lesivo se asegura *de más*, procurando la indefensión total de la víctima (o parcial, en el abuso de superioridad), que con respecto a ataques a la vida en los que la víctima tiene la capacidad de defenderse, y, por tanto, no son alevosos. La posibilidad de defenderse de la víctima previene el ataque contra la vida porque lo dificulta o compromete desde la perspectiva del autor. La muerte en contextos de indefensión, creada o meramente aprovechada por el autor, revela una mayor debilidad o peligrosidad para la vida, que inevitablemente conduce a predicar una mayor gravedad del hecho alevoso frente al que no lo es.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente cifra el fundamento del mayor desvalor de la muerte alevosa en «la ventaja ejecutiva que proporciona al acusado el medio por él elegido para acabar con la vida de su oponente»²¹, o en la «inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada»²². En este sentido, la alevosía es interpretada por la jurisprudencia española como una situación creada o aprovechada por el autor que genera indefensión en la víctima en el acto homicida. Dicha indefensión de la víctima no debe ser efectiva en el sentido de que esta no pueda defenderse, sino que basta para su apreciación que el medio empleado por el autor sea idóneo objetiva y tendencialmente para lograr dicha indefensión. Por ello, los intentos defensivos de la víctima –propios del instinto de conservación– son absolutamente compatibles con la apreciación de la circunstancia de alevosía²³, puesto que ello no revela nada sobre el mayor desvalor del hecho del autor, sino que es una cuestión circunstancial a través de la cual se pone de manifiesto a lo sumo que la víctima intentó o logró defenderse.

²¹ STS 5 de mayo de 2020 (ponente Marchena Gómez).

²² STS 694/2000, de 24 de abril (ponente Delgado García).

²³ Cfr. entre otras muchas, SSTs 472/2002, 14 de marzo; 895/2011, 15 de julio (ponente Prego de Oliver Tolivar); 246/2011, de 14 abril (ponente Berdugo Gómez de la Torre); 5 de mayo de 2020; 418/2020, de 21 de julio (ponente Marchena Gómez); 486/2020, de 1 de octubre (ponente Lamela Díaz). En el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, 2024, p. 154.

III. EL PROBLEMA DE INFRAINCLUSIÓN DE LA REDACCIÓN LEGAL DE LA ALEVOSÍA EN ESPAÑA

La circunstancia de alevosía forma parte de la definición de asesinato desde 1822. No obstante, ha sufrido algunas modificaciones desde entonces, y actualmente se interpreta a partir de la definición auténtica ofrecida por el artículo 22 1.^a CP que la naturaliza como circunstancia agravante genérica.

El artículo 22 1.^a CP establece que: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Como ha sostenido unánimemente la doctrina, esta última expresión dificulta, *de lege lata*, la aplicación de la alevosía ante desvalidos existenciales (niños de corta edad, enfermos o ancianos) puesto que éstos no son capaces de oponer ninguna posible defensa de su parte en la mayoría de los supuestos²⁴. Ante personas constitucionalmente indefensas, la redacción legal actual impediría la apreciación de la alevosía, en la medida en que éstas no pueden desplegar «ninguna defensa» ante el ataque del ejecutor, y en ese sentido es una definición legal infrainclusiva²⁵, poco adecuada desde la perspectiva valorativa²⁶. Así, pues, no se alcanza a entender bien por qué matar a alguien empleando un potente veneno o a través de un francotirador es más grave que matar a un bebé de 3 meses acuchillándole de frente. En ambos casos el sujeto muere en una situación de completa indefensión.

Ante esta situación de infrainclusión, los tribunales han corregido incorrectamente, por vía interpretativa, la definición legal de alevosía, considerando que dentro de dicha definición sí se encuentran incluidos los supuestos en lo que el autor da muerte a un niño o anciano desvalido²⁷. Ante este escenario, y dada la situación de infrainclusión que es consecuencia de la definición auténtica que ofrece el artículo 22.1.^a CP, el legislador debe impulsar la reforma penal pertinente y solventar la laguna de punibilidad que la ley vigente plantea al aplicador del Derecho; por su parte los tribunales deberían ceñirse escrupu-

²⁴ Entre otros, por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS, 2025, núm. 7069, p. 868; ALONSO ÁLAMO, RE-CPC, 2023, p. 5; FELIP I SABORIT, 2025, p. 44.

²⁵ Sobre ello, cfr. *in extenso* GARROCHO SALCEDO, RECPC, 2024, pp. 3 ss.

²⁶ En España lo destaca también ALONSO ÁLAMO, RECPC, 2023, pp. 8, 12.

²⁷ En el mismo sentido, FONTOVA BONET, RDPP, 2021, pp. 219 ss. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 472 «Las definiciones contenidas en el Código o en cualquier otra ley penal sí son vinculantes para el órgano judicial de esta jurisdicción. En efecto, si se interpretan los términos de un texto prescindiendo de la definición jurídico-penal de estos, se puede incurrir en analogía *in malam partem* o restringir demasiado el tenor de la ley...», *passim*, 474.

losamente al principio de legalidad penal, que es un derecho fundamental del justiciable que solo puede ser preservado por la judicatura en la aplicación judicial de las normas penales.

Con todo, la reforma penal de 2015 ha incorporado un nuevo delito de homicidio agravado en el artículo 138.2.a) CP que podría emplearse para calificar la muerte de los desvalidos existenciales como supuestos agravados de homicidio. A mi juicio, sin embargo, ello podría resultar insatisfactorio axiológicamente, y puede generar nuevas contradicciones valorativas —sobre todo atendiendo a la redacción del artículo 140 1. 1.^a CP²⁸— por lo que la solución en España pasa por modificar el concepto de alevosía incluyendo en su definición, o bajo otro *nomen iuris* si se prefiere, los ataques a personas indefensas²⁹.

IV. EL PROBLEMA ADICIONAL PLANTEADO TRAS LA REFORMA PENAL DE 2015: LA ALEVOSÍA POR DESVALIMIENTO Y EL DELITO DE ASESINATO HIPERAGRAVADO

La reforma penal de 2015 desató uno de los mayores problemas interpretativos de las últimas reformas legislativas, comprometiendo el principio *non bis in idem*³⁰. En concreto, el problema se plantea del modo siguiente. Como se acaba de comentar líneas arriba, la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que concurre alevosía por desvalimiento cuando el ataque se cierne sobre «personas indefensas o en nítida situación de inferioridad y ésta es aprovechada por el autor al ejecutar su acción». De hecho, esta clase de alevosía por desvalimiento ha sido apreciada en supuestos de muerte de niños de corta edad, o de ancianos con alguna limitación física importante, o en casos de muerte de adultos con capacidades de autodefensa notablemente limitadas. A partir de la reforma penal de 2015, se incluye un nuevo asesinato hiperagravado que conlleva a la imposición única y obligatoria de la prisión permanente revisable. Concretamente el artículo 140 1. 1.^a CP prevé dicha pena frente a todo asesina-

²⁸ Sobre ello me remito a la explicación facilitada *infra*, en el apartado IV.

²⁹ Una propuesta de redacción que estimo correcta es la que se consignaba en el Anteproyecto de Código Penal, de 23 de septiembre de 1992, cuyo artículo 22 1.^a consagraba que: «Hay alevosía cuando el sujeto comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa». En aquel momento, autores como MORALES PRATS, 1995, pp. 275 ss., o DEL ROSAL BLASCO, 1999, p. 273, abogaron por su inclusión. En contra, sin embargo, se manifestó DIEZ RIPOLLÉS, 1993, p. 902.

³⁰ Llama la atención sobre esta problemática *in extenso* el voto particular formulado por los magistrados Martínez Arrieta, Puente Segura y Del Moral García a la STS 585/2022, de 14 de junio. Asimismo, lo destaca también la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019 (ponente Palomo del Arco).

to cometido contra una «víctima menor de dieciséis años de edad, o cuando se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad». Asimismo, se cualifica todo homicidio cometido contra alguna de las personas señaladas en el artículo 140 1. 1.^a CP (arts. 138.2.a) CP), sancionándose con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses.

Con esta regulación, se suscita la pregunta de si la muerte de un bebé o anciano desvalido –sin concurrir otras circunstancias cualificantes– es un homicidio agravado, un asesinato alevoso por desvalimiento, o un asesinato hiperagravado; muy singularmente surge el problema de si la alevosía por desvalimiento es compatible con la apreciación de la circunstancia 1.^a del art 140.1 CP³¹, o vulnera –como creo– el principio *non bis in idem*³².

La jurisprudencia del TS ha sostenido hasta tres soluciones distintas, que doy paso a comentar sumariamente.

1. La posición mayoritaria y compatibilista de la alevosía por desvalimiento y el asesinato hiperagravado ex art 140 1. 1.^a CP

Esta posición es la mayoritaria y estima que la aplicación conjunta de la alevosía por desvalimiento y además la hiperagravación de víctima «menor de dieciséis años de edad» o «persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad» no conculca el principio de *non bis in idem*. En concreto, dicha posición jurisprudencial argumenta que: «[e]l tipo hiperagravado del artículo 140.1.^a del CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulne-

³¹ STS 814/2020, de 5 mayo (ponente Marchena Gómez); STS 367/2019, de 18 de julio y STS 701/2020, de 16 de diciembre (ponente de ambas Sánchez Melgar); STS 719/2021, de 23 de septiembre (ponente Martínez Arrieta); voto de la mayoría en la STS 585/2022, de 14 de junio (ponente Polo García).

³² Ello ya fue destacado escuetamente por el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, p. 152, cuando subrayó que la nueva regulación, en lo que afecta a las circunstancias primera y tercera del artículo 140 CP, «evidencian una tendencia al *non* (sic) *bis in idem*». También lo destaca el voto particular a la STS 585/2022, de 14 de junio (ponentes Martínez Arrieta, Puente Segura, del Moral García). En concreto, vale la pena transcribir el pasaje del voto particular donde se expresa con rotundidad que la compatibilidad de la alevosía con la circunstancia 1.^a del artículo 140.1. CP «produce una doble valoración peyorativa de un mismo solo hecho (la condición de la víctima) que, por una parte, ha servido para configurar el asesinato (139.1, alevosía) y, por otra, para agravarlo (art. 140.1. 1.^a). Se trata, creemos, del mismo hecho, del mismo sujeto activo y también del mismo fundamento, vulnerándose así la prohibición del *ne bis in idem*, no proclamada expresamente en nuestro texto constitucional, pero que, como su máximo intérprete ha explicado repetidamente, resulta ineludible consecuencia de los principios de legalidad y proporcionalidad».

rables por padecer alguna discapacidad física o mental»³³. Lo que funda la agravación penológica es que la acción alevosa que determina la calificación del delito como asesinato «recae sobre una víctima que reúne determinados indicadores –por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad– que le hacen merecedora de una mayor protección»³⁴. Asimismo, prosigue la sentencia, «esa concreta muerte alevosa incorpora una mayor tasa de antijuricidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche más grave».

El planteamiento del Tribunal Supremo ahonda en la protección reforzada de los menores de 16 años o los desvalidos por edad, enfermedad o discapacidad frente a los adultos, pero, sin embargo, no explica dónde radica la mayor necesidad de protección en delitos contra la vida, que precisamente proviene del estado constitucionalmente indefenso de estas personas frente a quienes pueden organizar autónomamente su posible defensa. Este planteamiento de «nuda edad o de situación de vulnerabilidad existencial» del TS, sin mayores concreciones, resulta, en mi opinión, poco plausible, puesto que no expresa las razones que permiten cualificar esa muerte, sino que las presupone³⁵.

La vida de los menores de 16 años o de personas vulnerables merece una protección reforzada por su habitual situación de indefensión, y por ello la *vulnerabilidad* se vincula de lleno con el *estado de indefensión*, que es precisamente el fundamento moderno que se suele ofrecer a la alevosía. En los delitos contra la vida, la protección de los menores o las personas vulnerables no descansa, por tanto, en un dato de edad cronológica, o en un mero estatus de desvalimiento existencial indiciario, sino que el reproche se agrava por vincularse dicha situación a un contexto de indefensión que coloca al bien jurídico protegido en una situación más precaria. Si las personas desvalidas o vulnerables (bebés o ancianos) se encontrasen fuertemente protegidas por varios guardaespaldas sería muy discutible que un ataque contra la vida mereciese la calificación de asesinato (art. 139.1.1.^a CP), o de asesinato hiperagravado (art. 140.1.1.^a CP), o incluso como homicidio agravado (art. 138.2 a) CP).

No obstante, debe considerarse en este punto la gradación cuantitativa de la indefensión que indica la clásica distinción entre alevosía (eliminación de la posible defensa) y abuso de superioridad (aminoración de la capacidad defensiva). Así, no es lo mismo atacar a un adolescente de 13 años con ciertas capa-

³³ STS 814/2020, de 5 de mayo (ponente Marchena Gómez); STS 701/2020, de 16 de diciembre (ponente Sánchez Melgar).

³⁴ STS 36/2023, de 26 de enero (ponente Hernández García).

³⁵ Igualmente, críticamente PEÑARANDA RAMOS, 2023, núm. 7111 *in fine*; MOYA GUILLEM, RDPC, 2020, p. 47 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, 2024, p. 193; DEVÍS MATAMOROS, La ley Penal: RDPyP, 2023, apartado III, punto 2.

ciudades defensivas, que a un bebé de 5 meses en situación de total indefensión. Ante ello, el homicidio agravado podría aplicarse en situaciones en las que el sujeto pasivo cuenta con alguna capacidad defensiva si bien aminorada, reservándose la alevosía por desvalimiento a supuestos en los que la víctima tenga eliminada su capacidad de defensa. Con ello se otorga un ámbito de aplicación genuino al homicidio agravado del artículo 138.2 CP, y se respeta la diversa gradualidad de la indefensión (total o parcial).

Adicionalmente a ello, podríamos tematizar si el desvalimiento constitucional es más grave *cualitativamente* que los desvalimientos accidentales por estar el sujeto dormido o en situación de indefensión puntual. Dicho desvalimiento existencial sería el más extremo, dado que no atiende a una circunstancia puntual, sino que va referido a personas que no tienen capacidades defensivas mínimas, cuyo desvalimiento es *permanente y totalizador*, a menos que estén acompañados o estén asistidos por un tercero o por sistemas de protección *ad hoc*. No considero, sin embargo, que exista una diferencia materialmente relevante entre el «desvalimiento existencial» y el «desvalimiento accidental» que justifique atribuirles un tratamiento autónomo. Aunque el primero pueda parecer más amplio o intenso desde un punto de vista cuantitativo, en ambos casos nos encontramos ante una agravación del estado de indefensión de la víctima. Por tanto, las diferencias entre estas dos formas de desvalimiento no permiten, a mi juicio, establecer un fundamento material autónomo de agravación. Estas diferencias pueden –y deben– ser tenidas en cuenta en la individualización judicial de la pena, pero no justifican que al desvalimiento existencial se le atribuya un fundamento material distinto del que ya ofrece la indefensión como base de la agravante de alevosía.

En cualquier caso, esta mayoritaria línea jurisprudencial compatibilista, que preconiza la posible aplicación conjunta de la alevosía por desvalimiento y la vulnerabilidad, no consigue fundamentar adecuadamente el necesario deslinde entre ellas; como advierte Peñaranda Ramos³⁶, da la sensación de que es la *indefensión* lo que cualifica la conducta, desvalorándose dos veces la misma situación. Adicionalmente, debo destacar que la aplicación del asesinato hipergravado en esos casos de muerte de niños en contextos de indefensión puede resultar excesivo, dado que la pena de este delito es la prisión permanente revisable, y rompe asimismo las cinco gradaciones con las que opera la legisla-

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2025, núm. 7111 *in fine*, p. 882, estima que «pese a todo el esfuerzo argumentativo desplegado en esta sentencia, la corrección de esta tesis (...) resulta muy dudosa pues no consigue evitar la impresión de que un mismo factor (la absoluta indefensión de la víctima) es lo que cualifica dos veces la infracción de la prohibición matar infringiéndose así la prohibición de incurrir en *bis in idem*».

ción vigente. Valorativamente la prisión permanente revisable debe reservarse para asesinatos muy graves, cuando concurra más de una circunstancia cualificante, de modo que se justifique un incremento punitivo tan considerable.

2. Posición compatibilista, pero limitadora del alcance de dicha posibilidad

En la STS 520/2018, de 31 de octubre (ponente Del Moral García), el TS estimó posible la conjugación de la alevosía por desvalimiento y la hiperagravación al tratarse de una víctima menor de 16 años o persona vulnerable por edad, enfermedad o discapacidad, siempre que la clase de alevosía empleada fuese distinta al desvalimiento (alevosía sorpresiva o proditoria) y además concudiese una víctima vulnerable *ex* artículo 140.1.1.^a CP. Sin embargo, esta argumentación no puede convencer, dado que las clases de alevosía no dejan de ser formas o manifestaciones de la indefensión de la víctima con mayor o menor grado de intensidad. La indefensión puede provenir de un ataque súbito y sorpresivo y además en acechanza, o sobre una persona desvalida (existencial o accidentalmente hablando). De hecho, como acaba de afirmarse líneas arriba, la indefensión es una cualidad graduable atendiendo a si esta es existencial o circunstancial, sorpresiva o proditoria, pero no puede desgajarse como si se tratase de circunstancias agravantes diferentes, pues todas hallan su fundamento último en la indefensión de la víctima. De hecho, en los supuestos en los que concurre un desvalimiento existencial por edad, discapacidad, o enfermedad, la concurrencia de un ataque súbito, sorpresivo o en acechanza no añade más al desvalor del hecho, puesto que frente a estas personas los ataques defensivos son, con carácter general, infructuosos, y si, en el caso, hubiese un atisbo de una posible defensa, estaremos ante un homicidio agravado *ex* artículo 138.2 a) CP, donde podrá apreciarse una disminución de la capacidad de defensa habida cuenta de la vulnerabilidad. La sorpresa o la acechanza no añaden un *plus* de desvalor autónomo al ataque de una persona ya indefensa; a lo sumo, en algunos casos pueden acentuar el desvalor y en consecuencia agravar la pena dentro del marco penal correspondiente, pero no añaden ningún elemento singular al ya presente en el desvalimiento existencial³⁷.

³⁷ No obstante, pueden darse casos de personas ancianas o enfermas con posible defensa, aunque aminorada, donde el factor sorpresivo o en acechanza puedan confluír, de modo que, lo que podría en principio ser un homicidio agravado *ex* artículo 138.2 CP, se califique como un ataque alevoso por desvalimiento, donde confluya la alevosía sorpresiva para conformar prueba de la completa eliminación de la posible defensa de la víctima. Esta situación ha sido frecuentemente resaltada por la jurisprudencia; véase,

Por este motivo, la posición jurisprudencial que permite desgajar las formas de alevosía para forzar una posible compatibilidad de la alevosía con la circunstancia de vulnerabilidad del artículo 140 1. 1.^a CP no puede convencer, y constituye una vulneración del principio *non bis in idem*³⁸.

3. Posición minoritaria e incompatibilista de aplicar la alevosía por desvalimiento y el asesinato hiperagravado ex art 140 1. 1.^a CP

La última posición, y la más correcta técnicamente hablando, es la sostenida en la aislada STS 716/2018, de 19 de enero, cuyo ponente fue Andrés Palomo del Arco. En ella se casó parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que calificaba como asesinato hiperagravado la muerte sorpresiva de un hombre de 66 años, enfermo tras sufrir un ictus isquémico, mediando además ensañamiento. El TS admitió parcialmente el recurso de casación y condenó al autor por asesinato agravado (art. 139.2 CP) por concurrir alevosía y ensañamiento e impuso una pena de 24 años de prisión y las accesorias correspondientes. En su razonamiento, el magistrado Palomo del Arco destacó certeramente que la regulación en España de los delitos contra la vida recoge diversos escalones de gravedad (homicidio, homicidio agravado, asesinato simple, asesinato agravado y asesinato hiperagravado). Adicionalmente, consideró incompatible la apreciación conjunta de la denominada alevosía por desvalimiento y la hiperagravación del art 140.1.1.^a CP por vulnerar el principio *non bis in idem*, y también la eventual escisión de las formas de alevosía (sorpresiva, proditoria) para después combinarla con la hiperagravación, puesto que ambas están íntimamente interconectadas y no alcanzan un fundamento autónomo³⁹.

entre otros, por ejemplo, en STS 775/2017, de 30 de noviembre (ponente Jorge Barreiro), ventilando el asesinato, en 2014, mediante un disparo de pistola de una persona parapléjica que precisaba moverse en silla de ruedas. Cfr., asimismo, el FJ 5.º de la STS 716/2018, de 19 de enero (ponente Palomo del Arco), haciéndose eco de esta posible combinación entre alevosía sorpresiva y víctima vulnerable o desvalida.

³⁸ Por lo demás, nótese las extravagantes conclusiones a las que conduciría este razonamiento del TS: si se trata de un ataque por la espalda a un adolescente de 14 años o a un anciano de 88 años (alevosía proditoria), adicionalmente podemos acudir a la circunstancia primera del artículo 140 1. 1.^a y calificarlo como asesinato hiperagravado; sin embargo, el ataque frontal a un bebé por parte de su progenitor se califica como asesinato simple cometido con alevosía. Valorativamente algo no encaja en este planteamiento, y conduce a un tratamiento dispar de situaciones de análoga significación.

³⁹ Cfr. STS 716/2018, de 19 de enero (ponente Palomo del Arco) estableciendo que: «dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que

A mi juicio el planteamiento del Magistrado Palomo del Arco es del todo punto correcto en sintonía con lo sostenido líneas arriba. Las formas de indefensión (alevosía) admiten gradaciones y/o distinciones, pero se corresponden con una misma cualidad o género sin que estas puedan escindirse como cuestiones autónomas.

No obstante, a mi juicio, en este caso podría haberse mantenido la calificación de asesinato hiperagravado, atendiendo a la jurisprudencia actual en materia de alevosía por desvalimiento. Así, la prisión permanente revisable podría contemplarse únicamente cuando pueda probarse ensañamiento (o precio, o asesinato *criminis causae*) y además acreditarse, *in casu*, una situación de completa indefensión de una persona existencialmente indefensa que la jurisprudencia viene considerando como alevosa. De ese modo, el asesinato hiperagravado *ex* artículo 140.1. 1.ª CP podría considerarse un precepto especial (art. 8.1 CP) con respecto al asesinato agravado del art 139.2 CP previsto para cuando concurren más de una circunstancia que cualifique el homicidio y lo convierta en un asesinato⁴⁰. Por ello, podría haberse mantenido la calificación de prisión permanente revisable, dado que en la causa quedó acreditado el ensañamiento y la total indefensión existencial de la víctima motivada por su enfermedad. Así, pues, el asesinato hiperagravado del artículo 140.1. 1.ª CP desplazaría la aplicación del asesinato cualificado del artículo 139.2 CP, atendiendo a que el desvalimiento existencial –en este caso motivado por la enfermedad que le produjo la discapacidad– *puede* considerarse más grave o intenso que el desvalimiento circunstancial o la indefensión acreditada por el empleo de una forma de ataque sorpresivo o proditorio. Este planteamiento respeta además las distintas escalas planteadas por el Legislador, y asimismo restringe la calificación de asesinato hiperagravado a supuestos muy graves en los que concurre una circunstancia de asesinato (ensañamiento, precio o asesinato *criminis causae*) y además la víctima es una persona vulnerable donde se acredita, en el caso, un estado de completa indefensión ante el ataque mortal.

En el limitado espacio del que dispongo he tratado de significar algunos de los problemas que la regulación española del delito de asesinato proyecta, esbozando limitadamente el planteamiento de restricción que el profesor Peñaranda Ramos inaugura en esta materia. Llegado este punto, conviene resaltar la urgente necesidad de que el legislador español modifique la regulación de los

cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio *non bis in idem*».

⁴⁰ En el mismo sentido, DEVÍS MATAMOROS, La Ley Penal, 2023, apartado I, texto concordante nota 24, estimando que «atendiendo al principio de especialidad, es la circunstancia prevista en el asesinato hiperagravado la que recoge características más específicas que en el asesinato agravado».

delitos contra la vida, y exigir también a la judicatura que cumpla escrupulosamente con las garantías de legalidad que asisten a los justiciables en el proceso penal. Los esfuerzos de Enrique Peñaranda para restringir teleológicamente el alcance de las circunstancias en el asesinato han sido múltiples. Su investigación siempre se ha orientado en esta materia a evitar el exceso punitivo, a mostrar los diversos contextos en los que la muerte dolosa puede producirse, y a poner en valor la imperiosa necesidad de incluir en el debate dogmático las diversas situaciones que –también en la causación intencional de la muerte– pueden producirse por determinados estados mentales, justificaciones parciales, o disculpas, que gradúen y atemperen eventualmente el reproche penal a su autor. La sensibilidad humana aquí también ha tenido mucho que decir.

Concluyo este escrito que quiere ser expresión de mi admiración, agradecimiento y afecto por el profesor Peñaranda, académico comprometido con la disciplina, que a lo largo de su trayectoria ha aportado ideas novedosas y fecundas. En tiempos de hiperproducción científica, a menudo masiva e intrascendente, la lectura de sus trabajos siempre ha sido para mí una fuente de aprendizaje y crecimiento. Agradezco también sus consejos y palabras de aliento, que he recibido en los momentos oportunos. ¡Por muchos años más, querido Enrique!

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Lección 2.ª Asesinato*, en Tratado de Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas, 4.ª ed., Valencia, 2024, pp. 139-213.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: «¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial. A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023, pp. 1-13.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Lección III: Asesinato*, en Derecho penal. Parte especial, Valencia, 2022, 8.º ed.
- CARRETERO SANJUAN, Maite: *Violencia contra la mujer y violencia de género. Delimitación y fundamento jurídico-penal*, Estudios penales y criminológicos, 2026, núm. 46, pp. 1-34.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *La alevosía en el Código Penal de 1995*, Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continuada, núm. 3, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 271-298.
- DEVÍS MATAMOROS, Abraham: *Crónica de una confusión anunciada: tratamiento jurisprudencial del asesinato de personas especialmente vulnerables*, La Ley pe-

- nal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, núm. 160, 2023, sin paginación (consulta online).
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4.ª CP, Cizur Menor, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992*, La Ley, 1993, vol. 2, pp. 899-909.
- FELIP I SABORIT, David: *Homicidio y sus formas*, en Lecciones de Derecho penal, parte especial, 10.º ed., Barcelona, 2025, pp. 31-61.
- FONTOVA BENET, Aina: *Alevosía por desvalimiento y especial vulnerabilidad de la víctima, problemática en torno al principio “non bis in idem”*, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2021, núm. 61, pp. 219-268.
- GARROCHO SALCEDO, Ana María, *El asesinato de personas constitucionalmente indefensas una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hipergavado del artículo 140.1.1.ª del Código Penal español*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2024, núm. 26, pp. 1–28.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, Valencia, 1988.
- MASIP DE LA ROSA, Luis Iván: La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena (tesis doctoral dirigida por Pilar Gómez Pavón) Madrid, 2016, Universidad Complutense, En línea: <https://eprints.ucm.es/40865/1/T38281.pdf>
- MORALES PRATS, Fermín: *Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas*, en Delitos contra la vida y la integridad física, Madrid, 1995, pp. 255-288.
- MOYA GUILLÉN, Clara: *La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: resultado de una investigación sobre la jurisprudencia penal española*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2020, núm. 24, pp. 13-58.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Estudios sobre el delito de asesinato, Buenos Aires, 2014.
- *Delitos de odio y Derecho penal de la culpabilidad*, en Reflexiones académicas sobre los delitos de odio, 2022, pp. 7-21.
- *Capítulo 26: Delitos contra las personas*, en Memento penal Francis Lefebvre, Madrid, 2025, nm. 6900-7610, pp. 835-965.
- SALINERO ALONSO, Carmen: Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal, Granada, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Derecho penal. Parte General, Madrid, 2025.

JURISPRUDENCIA

- STS 694/2000, de 24 de abril (ponente Delgado García).
- STS 246/2011, de 14 abril (ponente Berdugo Gómez de la Torre)

STS 895/2011, 15 de julio (ponente Prego de Oliver Tolivar)
STS 775/2017, de 30 de noviembre (ponente Jorge Barreiro).
STS 716/2018, de 19 de enero (ponente Palomo del Arco).
STS 367/2019, de 18 de julio (ponente Sánchez Melgar).
STS 814/2020, de 5 de mayo (ponente Marchena Gómez).
STS 418/2020, de 21 de julio (ponente Marchena Gómez);
STS 486/2020, de 1 de octubre (ponente Lamela Díaz).
STS 701/2020, de 16 de diciembre (ponente Sánchez Melgar).
STS 719/2021, de 23 de septiembre (ponente Martínez Arrieta)
STS 585/2022, de 14 de junio (ponente Polo García).
STS 36/2023, de 26 de enero (ponente Hernández García).

4. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE PARTICIPACIÓN EN EL SUICIDIO Y HOMICIDIO CONSENTIDO

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. En la mayoría de los países sus Códigos Penales castigan tanto la participación en el suicidio como el homicidio consentido. La participación se rige por el principio de accesoriedad: si alguien, por ejemplo, induce a –o coopera necesariamente en– un hurto, su responsabilidad deriva de poner en conexión el artículo 234.1 CP («El que, con ánimo de lucro tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño») con el artículo 28 a), que castiga la inducción a un delito, o con el artículo 28 b) que lo hace con quien coopera necesariamente al mismo. La inducción y la cooperación necesaria son accesorias del hecho principal realizado por el autor material, porque la responsabilidad de aquéllas deriva del delito cometido por éste. Por ello, y porque el hecho principal: suicidio, cometido por quien se mata a sí mismo, no constituye delito alguno, por ello, para castigar al partícipe en el mismo, el legislador ha roto el principio de accesoriedad y, excepcionalmente, ha tipificado como delito en la Parte Especial la participación en la conducta principal *atípica* del suicidio¹.

¹ La participación en el suicidio y el homicidio consentido se castigan en el CP en el artículo 413, donde también se atenúa o se excluye la responsabilidad criminal, según los casos, en los supuestos eutanasicos: artículo 143.

1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Existen pocos países, que son fundamentalmente los centroeuropeos y los nórdicos (Alemania, Austria, Suiza, Países Bajos, Suecia y Finlandia), que sólo castigan el homicidio consentido, tal como hace el StGB alemán:

«§ 216. StGB *Homicidio a petición.*

1. El que cometa homicidio por haber sido determinado por la petición expresa y seria del muerto, será castigado con prisión de seis meses a cinco años».

Y como éste es *el único supuesto* tipificado como delito de muerte de otro con su consentimiento, de ahí se sigue que, en los países en los que sólo se castiga el homicidio consentido, al no estar previsto un precepto que castigue la participación en el suicidio, y siendo, por otra parte, atípico el hecho principal del suicidio, sea impune, sobre la base del principio de accesoriedad, la participación en un hecho principal (el suicidio) que no constituye delito alguno.

2. Mientras que en la jurisprudencia y en la doctrina españolas, y por lo que alcanzo a ver, el trazado de la línea divisoria entre la participación en el suicidio y el homicidio consentido es un problema que prácticamente no ha sido objeto de discusión, en Alemania, por el contrario, «la cuestión de la delimitación de la impune participación en el suicidio del homicidio a petición del § 216 StGB pertenece a los problemas más difíciles y controvertidos del Derecho penal»².

Que esa discusión haya alcanzado en la doctrina alemana unas dimensiones insólitas –generalmente haciendo referencia, como *leading cases*, a tres sentencias, una del RG y dos del BGH d, que voy a exponer enseguida (infra II)– obedece, posiblemente, a dos factores. En primer lugar, a que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en España, donde la diferenciación entre participación en el suicidio y homicidio consentido tiene una trascendencia práctica limitada, en cuanto que, en cualquier caso, el comportamiento es pu-

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de otra persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.

² JÄGER, JA, 2022, p. 870. (cursivas añadidas).

nible, si bien la pena prevista es más (en el homicidio consentido) o menos grave (en la participación en el suicidio, en Alemania, en cambio, la trascendencia de la distinción es mucho mayor porque en el primer caso la conducta es punible, mientras que en el segundo, por ausencia de tipicidad, impune. Como explica *Jakobs*³, «esta situación jurídica [la de Alemania, donde a diferencia, por ejemplo, de la de España sólo se castiga el homicidio consentido, pero no la participación en el suicidio] obliga a la diferenciación más precisa, consistente en delimitar el homicidio a petición de la mera participación en el suicidio, *dado que aquí se trata de una distinción del todo o nada, punibilidad total o impunidad*».

El segundo factor que podría explicar la enorme importancia que se concede en Alemania a esta distinción obedecería a que, mientras que en España la doctrina dominante considera que el suicidio, si bien es una conducta atípica, no por ello deja de ser una rechazable⁴, en Alemania, en cambio, el suicidio se ve como una conducta amparada por la GG, razón por la cual el StGB descarta la punición de la participación en el suicidio. Esta consideración del suicidio como una manifestación legítima de los derechos fundamentales contenidos en la GG ha sido consagrada recientemente, a nivel constitucional, por el BVerfG en su sentencia de 26-2-2020⁵, en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del § 217 StGB que había sido introducido por el legislador alemán en 2015 y que tenía el siguiente texto:

«§ 217. *Promoción comercial del suicidio.*

1. El que, con el propósito de promover el suicidio de otro, le procura comercialmente la oportunidad de hacerlo o actúa para ello de intermediario, será castigado con prisión de hasta tres años o multa.
2. No será punible como partícipe quien, no actuando comercialmente, sea pariente del otro mencionado en el párrafo 1 o una persona próxima al mismo».

Contra este nuevo § 217 StGB, que iba dirigido preferentemente a tipificar la participación en el suicidio promovida por asociaciones, fundamentalmente suizas, como *Exit* o *Dignitas* (esta última constituida también en Alemania

³ JAKOBS, 1996, p. 10 (cursivas añadidas).

⁴ Cfr., por ejemplo, STS 23-11-1994: «Constituye la *ratio legis* del precepto [del artículo 409 CP 1973, que, como ahora el artículo 143 CP 1995, castigaba la inducción y el auxilio al suicidio y el homicidio consentido] *la desaprobación objetiva del suicidio por parte del ordenamiento jurídico*» (cursivas añadidas). Sobre la posición de la doctrina española, y la mía propia, en referencia al derecho al suicidio cfr. *Infra* 3.

⁵ Esta sentencia se reproduce en BRUNHÖBER, NStZ, 2020, pp. 528-542.

como asociación independiente), que, previa una contraprestación económica, proporcionan personal sanitario, hospitales y fármacos que facilitan suicidios asistidos. Las mencionadas asociaciones, además de otros numerosos recurrentes como agrupaciones de enfermos graves que deseaban una ayuda para suicidarse, hospitales, médicos y abogados a título individual dispuestos a prestar ayudas eutanásicas, etc., interpusieron recursos de inconstitucionalidad ante el BVerfG, que, en su referida sentencia de 26-1-2020, los estimó, declarando inconstitucional y nulo ese § 217, con, entre otros, los siguientes argumentos:

«El derecho general de la personalidad (art. 2 en relación con el artículo 1 GG⁶) comprende, como expresión de la autonomía personal, el derecho a la autodeterminación para morir». «El derecho a la autodeterminación para morir comprende la libertad para quitarse la vida. La decisión del individuo de poner fin a su vida, de acuerdo con lo que entiende por calidad de la vida y por el sentido de la propia existencia, es, en el punto de partida, un acto de autodeterminación autónoma que debe ser respetado por la sociedad y por el Estado». «La libertad de quitarse la vida comprende también la libertad de recurrir a la ayuda de terceros, en la medida en que se le ofrezca».

«La prohibición penal del § 217 de la promoción comercial del suicidio hace prácticamente imposible a quien desea suicidarse recurrir a la ayuda al suicidio comercial cuando ha elegido hacerlo». «La prohibición de la promoción comercial del suicidio del § 217 StGB restringe las posibilidades de un suicidio asistido en tal medida que al individuo prácticamente no le queda espacio para ejercer su libertad constitucionalmente protegida».

Los artículos 1 y 2 GG se corresponden, en parte literalmente, con los artículos 10.1, 15 y 17.1 CE. Si el TC interpretara estos preceptos de nuestra Constitución tal como lo ha hecho el BVerfG en su mencionada sentencia de 26-1-2020, entonces habría que llegar a la conclusión de que el artículo 143.1, 2 y el 4 (este último apartado en la medida en que también tipifica la «cooperación») CP, serían inconstitucionales.

⁶ El artículo 2 GG dispone:

«(1) Todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad, en tanto en cuanto no lesionen derechos de otros y no vulneren el orden constitucional ni la ley moral.

(2) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad corporal. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo pueden ser limitados sobre la base de una Ley».

El artículo 1 GG dispone:

(1) la dignidad de la persona es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado».

3. Sin entrar a fondo en el problema constitucional del suicidio, y sólo a modo de breve excurso –y para dejar constancia de cuál es mi toma de posición personal–, reitero la opinión que ya manifesté en 1988⁷ y, posteriormente, en 1991⁸, en los siguientes términos: «La prohibición penal del suicidio frustrado o intentado (tal como todavía conocen algunos países)⁹ y, en general, de la puesta en peligro de la propia vida mediante huelgas de hambre, o el rechazo de determinados cuidados médicos, sería una prohibición inconstitucional. Pues las personas que así actúan están ejerciendo sus derechos a la libertad ideológica y al libre desarrollo de su personalidad (sólo existe el argumento de que es Dios el dueño de la vida, pero ninguno de carácter ético, para rechazar el suicidio), sin lesionar con ello ningún ulterior bien jurídico constitucional: el artículo 15 CE (“Todos tienen derecho a la vida”) me defiende –porque es una garantía– de los ataques contra mi existencia que puedan proceder de terceras personas, pero carece de sentido y es inaplicable cuando soy yo quien decide causar mi propia muerte»¹⁰.

El que defienda, con el BVerfG, la tesis de que el suicidio está protegido por el orden constitucional¹¹, no quiere decir que esté de acuerdo –sino todo lo contrario– con la ulterior opinión del tribunal alemán de que de ahí habría que deducir la inconstitucionalidad de cualquier precepto penal que castigue, como lo hace el CP en su artículo 143, la participación en el suicidio. Que en los *supuestos eutanásicos* tanto la participación en el suicidio como el homicidio consentido deberían ser despenalizados es una modificación de nuestro Derecho penal que vengo defendiendo desde 1988¹², y que acogí muy positivamente cuando se promulgó la LO 3/2021 de regulación de la eutanasia (LRE)¹³.

4. Pero fuera de los supuestos eutanásicos, la tipificación de la participación en el suicidio no sólo no la considero inconstitucional, sino una medida

⁷ Cfr. GIMBERNAT, Estudios, 1990, pp. 51-54.

⁸ En GIMBERNAT, Ensayos, 1999, pp. 27-32. Cfr. GIMBERNAT, Estudios, 1990, pp. 51-54.

⁹ El último país en Europa que suprimió el suicidio frustrado como delito fue Irlanda, en 1993, siendo punible actualmente en algunos países africanos y asiáticos, como, por ejemplo, Corea del Norte. Ciertamente que en la teórica tipificación del suicidio como delito, automáticamente concurriría la causa de extinción de la responsabilidad criminal de la muerte del autor (del suicida), pero ello permitiría el castigo del mismo cuando el suicidio hubiera quedado en grado de frustración por la supervivencia del autor.

¹⁰ GIMBERNAT, Estudios, 1990, p. 27.

¹¹ En el mismo sentido de considerar que la disposición de la propia vida está protegida por la CE, cfr., en la doctrina española, y con ulteriores referencias bibliográficas, fundamentalmente CARBONELL, en numerosos escritos; VALLE MUÑOZ, CPC, 1989, p. 267 y *passim*; JUANATEY DORADO, 1994, pp. 371 ss.; DEL ROSAL BLASCO, PE, pp. 2 ss. y 43 ss.

¹² GIMBERNAT, Ensayos, citado *supra* n. 8.

¹³ Cfr. GIMBERNAT, Elogio de la ley de regulación de la eutanasia, publicado originariamente en el diario digital *República*, de 20 de junio de 2021, y reproducido ahora en *El proceso del procés*, 2025, pp. 221-229.

legislativa absolutamente necesaria y razonable para evitar posibles abusos¹⁴. La participación en el suicidio, en la que se ha convencido a una persona para que se quite la vida y/o se le proporcionan los instrumentos para hacerlo, puede encubrir toda clase de motivaciones espurias, como el deseo de la esposa despechada de vengarse del marido adúltero y maltratador, o el propósito de heredar al pariente adinerado, o el de los padres de deshacerse del hijo irremediablemente heroinómano que no les está dando más que disgustos, sin que el Derecho pudiera prevenir con la amenaza de una pena esa influencia de terceros –por móviles que no tendrían nada de altruistas, sino sólo, por ejemplo, de venganza o de enriquecimiento o de simple maldad– para convencer a otra persona para que se quite la vida, lo que hasta entonces no le había pasado por su imaginación. O, como he escrito en otro lugar¹⁵: «Y que si desaparecieran del Código Penal [los preceptos que castigan la participación en el suicidio] se convertirían en lícitas conductas tan graves y rechazables como la de quien se dedicara a dar conferencias en clubs de corazones solitarios o de la tercera edad para convencer a sus miembros de que, porque para ellos la vida no es más que un valle de lágrimas, lo que hay que hacer es quitársela, entregando el orador al final de su disertación una cápsula de cianuro a cada uno de sus oyentes». Aunque posteriormente se comprobara la existencia de tales motivos inconfesables que han llevado a una persona a despertar en otra la idea de quitarse la vida, la conducta de aquélla no podría ser castigada penalmente por la ausencia del tipo de la participación en un suicidio sin más.

5. Frente a la enorme inconcreción y ausencia de controles que supondría la de todo punto rechazable destipificación de la participación en el suicidio en general, la descriminalización de la participación en un suicidio eutanásico, conforme a lo regulado en la LRE, evita cualquiera de los inconvenientes que acabo de enumerar. En primer lugar, porque los excepcionales casos en los que se permite esa participación son objetivables en cuanto que están limitados a un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante»¹⁶ o «enfermedad grave e incurable»¹⁷. La constatación de la concurrencia de estas situaciones objetivas, así como que la decisión de acabar con su vida se haya manifestado de manera absolutamente autónoma por la persona que solicita la ayuda para morir, está

¹⁴ En el mismo sentido JUANATEY DORADO, 1994, p. 374.

¹⁵ V. GIMBERNAT citada supra n. 7, Ensayos 1990, p. 28.

¹⁶ «Que lleva 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» [art. 3.º b) LRE].

¹⁷ «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» [art. 3.º c) LRE].

rodeada de toda clase de garantías por la LRE, debiendo haber recibido aquélla por el personal sanitario toda la información precisa –incluyendo la alternativa de poder someterse a cuidados paliativos– para que pueda emitir un consentimiento informado, y todo ello bajo la vigilancia, el control y la intervención de un «médico responsable», así como de un «médico consultor», y, en última instancia, de la «Comisión de Garantía y Evaluación», integrada por personal sanitario y por juristas, además de los ulteriores controles y cautelas preceptivos de la modélica LRE, debiendo prestarse finalmente, en su caso, la ayuda para morir siempre por los servicios de salud.

II. LOS *LEADING CASES* ALEMANES

1. El caso de la llave del gas

«El acusado y la víctima [mujer] alquilaron la habitación de un hotel para suicidarse conjuntamente. A tal fin, la víctima taponó las rendijas de la puerta mientras que el acusado abría la llave del gas. La víctima murió por una intoxicación por el gas, mientras que el acusado pudo ser salvado. La condena por un homicidio a petición, fue confirmada por el RG porque no encontró objeción alguna a la tesis del juez de instancia de que el hombre había querido el hecho como propio».

Así resumen la sentencia del BGH de 14-8-1963¹⁸ (caso Gisela, del que voy a ocuparme más adelante), tanto en su supuesto de hecho como en su fallo y su fundamentación, esta sentencia del caso de la llave del gas dictada en 1921¹⁹. El RG condenó al acusado por un homicidio a petición del § 216 StGB, sobre la base de la hoy abandonada. «teoría subjetiva de la autoría». Que el BGH se ocupase del *leading case* de la sentencia de RG del caso de la llave del gas, nada menos que 40 años más tarde de que hubiese sido dictada por el RG, obedece a que el caso Gisela, objeto de esta sentencia del BGH de 14-8-1963, es también un supuesto de doble suicidio parcialmente frustrado y de delimitación entre

¹⁸ Publicada en NJW, 1965, pp. 699 ss.

¹⁹ Y publicada en JW, 1921, p. 579. No he podido tener acceso a ese número de 1921 de la revista JW, de manera que tengo que dar noticia de esa sentencia del RG del caso de la llave del gas, tal como se menciona, más de 40 años después de haber sido dictada, en la sentencia del BGH del caso Gisela de 14-8-1963. Ello tiene la ventaja, sin embargo, de que en esta sentencia del BGH se critica la del RG y se argumenta por qué la resolución de este último tribunal de condenar al acusado por un homicidio a petición fue errónea, y se debería haber apreciado en aquél, por el contrario, sólo una impune participación en el suicidio de la mujer.

punible homicidio a petición e impune participación en el suicidio, y a que el BGH, comparando un supuesto de hecho con el otro, quiere establecer cuáles son los criterios aplicables para definir esa delimitación.

En primer lugar, el BGH rechaza, en relación con el caso de la llave del gas, que el hombre haya sido el «autor» de la muerte, y el «autor», por consiguiente, de un homicidio a petición, tal como había establecido el RG sobre la base de la entonces –y hoy abandonada– dominante teoría subjetiva de la autoría, según la cual autor era, independientemente de cuál había sido su aportación objetiva al resultado típico, quien hubiera actuado con «*animus auctoris*»²⁰. Rechazando este criterio subjetivo para determinar la autoría del superviviente en el caso de la llave del gas, el BGH establece en su sentencia, de acuerdo con la ahora dominante –para definir la autoría– teoría del dominio del hecho, que lo decisivo para determinar si el superviente ha sido o no «autor» de un delito del § 216 StGB –o sólo mero partícipe de un suicidio– debe ser «si el nombre ha tenido o no ese dominio». Según esta sentencia del BGH de 14-8 1963, «si se prescinde de la diferenciación orientada por características subjetivas, entonces [la autoría] únicamente puede depender de quién [el hombre o la mujer] ha dominado fácticamente el acontecimiento que ha llevado a la muerte. En el caso concreto es decisivo para ello el modo y la manera en que la persona fallecida ha dispuesto sobre su destino. Si se puso en las manos del otro, porque, pacientemente, quería recibir de éste la muerte, entonces es ese otro quien tiene el dominio del hecho. Si, por el contrario, la persona fallecida ha conservado hasta el final la libre decisión sobre su destino, entonces se ha matado a sí mismo, si bien con ayuda ajena». De acuerdo con el BGH, en el doble suicidio parcialmente frustrado, en el que uno de los dos sobrevive, lo decisivo es el «plan conjunto», ya que, continúa el BGH, «si la contribución de uno de ellos no permanece de manera continuada, dirigida por la voluntad, hasta la producción del resultado, sino que sólo ha puesto en marcha la cadena causal –agotándose en esa contribución toda su actuación–, de tal manera que, después de su ejecución, permanece en el otro interviniente la plena libertad para escapar de sus efectos, entonces sólo existe una participación en el suicidio». Como en el caso del gas la contribución del superviviente se limitó a poner en marcha la cadena causal, abriendo la llave del gas –y ahí se agotó su contribución–, y a partir de ese momento la mujer pudo haber evitado su intoxicación mortal, por ejemplo, abriendo la puerta y abandonando la habitación del hotel, por ello el BGH estima que en este caso –y en contra de

²⁰ Para una exposición y crítica de la teoría subjetiva de la autoría, con amplias referencias jurisprudenciales y doctrinales, cfr. GIMBERNAT, 2006, pp. 27 ss. y sucesivas reimpresiones (de la monografía original publicada por primera vez en 1966).

lo fallado por el RG— no existió un punible homicidio a petición, sino sólo una impune participación en el suicidio por parte del superviviente. Como vamos a ver inmediatamente en el caso objeto de esta sentencia del BGH de 14-8-1963 (en el caso Gisela), a pesar de que ahí también estamos ante un doble suicidio parcialmente frustrado, en el que sólo fallece uno de los intervinientes, sobreviviendo el otro (como en el caso de la llave del gas), no obstante, y de acuerdo con esos principios de delimitación establecidos en esta sentencia, el tribunal alemán estimó que en ese caso Gisela lo que concurre es un homicidio a petición del § 206 StGB, y no una participación en el suicidio.

2. El caso Gisela (sentencia del BGH de 14-8-1963²¹)

Gisela, de 16 años, y el acusado, A., mantenían una relación amorosa a la que se oponían los padres de aquélla. Ambos amantes decidieron suicidarse y, a tal efecto, A. introdujo en el interior de su vehículo, que se encontraba en un aparcamiento, y mediante un tubo de goma, los gases que salían del tubo de escape, ocupando A. el asiento del conductor y Gisela el del acompañante. A. cerró la ventanilla izquierda dejando sólo el hueco necesario para introducir el tubo de goma, mientras que Gisela bloqueaba la puerta derecha desde el interior. A. siguió pisando el pedal del acelerador hasta que ambos amantes perdieron el conocimiento. A la mañana del día siguiente, el 9 de junio de 1959, mientras el motor todavía estaba en marcha, fueron encontrados ambos ocupantes del vehículo en estado de inconsciencia, pudiendo salvarse sólo la vida de A., mientras que Gisela falleció poco después por la intoxicación con el óxido de carbono.

El tribunal de instancia (la Audiencia Provincial de Duisburg) estimó que A., entre otras razones por la «ausencia de un dominio del hecho significativo», no se había hecho responsable, como autor, de un homicidio consentido del § 216 StGB, sino sólo de una (en Alemania impune) participación en el suicidio. El tribunal de instancia había estimado que A. no ha «causado la muerte de Gisela, ya que para esa causación ha sido necesario que Gisela entrara en el vehículo, que ocupara el asiento y que inspirara los gases... A. ni ha tenido ni ha podido tener el dominio del hecho. Por el contrario, con posterioridad a que A contribuyera al hecho, mediante la introducción de los gases en el automóvil,

²¹ Esta sentencia viene reproducida en NJW, 1965, pp. 699 ss., sentencia que he resumido, recogiendo de ella literalmente los párrafos que me han parecido más relevantes. Cfr. Lo que acabo de referir supra n. 19 sobre que es a esta sentencia del BGH a la que ha acudido también para dar noticia de la sentencia del RG del caso de la llave del gas.

Gisela ha mantenido la libre decisión sobre su vida y su muerte, teniendo en cuenta que, posiblemente, perdió la consciencia con posterioridad al acusado».

Contra la sentencia de la AP Duisburg interpusieron recurso tanto el Ministerio Fiscal como los padres de Gisela, recurso que fue estimado por el BGH en la sentencia de 14-8-1963, condenando a A. por un delito de homicidio consentido.

Según el BGH. «[l]o que él [A.] hizo fue causal para la muerte de la muchacha. Que Gisela quisiera ese comportamiento... y que permitiera su eficacia, permaneciendo en el automóvil e inspirando los gases que en él entraban, ni excluye la casualidad ni pone en cuestión el dolo del acusado. Al llevar a cabo los preparativos y al hacer que penetraran los gases venenosos, con la representación de poder producir, con ello, la muerte de ambos, el acusado, consciente y voluntariamente, es decir: dolosamente, ha colocado una causa para el resultado parcial producido: la muerte de Gisela». De acuerdo con la sentencia del BGH, «lo decisivo es quien ha dominado hasta el final el acontecimiento que llevó a la muerte. En el caso concreto es decisivo para ello el modo y la manera en que la persona fallecida ha dispuesto sobre su destino. Si se puso en las manos del otro, porque, pacientemente, quería recibir de éste la muerte, entonces es ese otro quien tiene el dominio del hecho. Si, por el contrario, la persona fallecida ha conservado hasta el final la libre decisión sobre su destino, entonces se ha matado a sí misma, si bien con ayuda ajena». Según el BGH, en este caso estamos en presencia de un homicidio consentido porque, de acuerdo con «el plan conjunto..., el acusado debía tener en su mano hasta el final el acontecimiento conjunto y continuar —hasta que se produjera su propia inconsciencia— la acción ejecutiva dirigida a la muerte de ambos. En un principio, Gisela podría haber estado en situación de volver a abrir la puerta derecha del automóvil o de, mediante un golpe, apartar al acusado de pisar el acelerador. Pero, en lugar de ello, estuvo dispuesta a tolerar, pacientemente, la continuada acción del acusado dirigida a la muerte, y eso es también lo que hizo, sin tener en cuenta cuando dejaría de ser posible sustraerse al efecto mortal».

3. El caso de la insulina (sentencia del BGH de 28-6-2022²²)

«La acusada A., tal como habían acordado entre los dos, entregó a su marido R. S., que deseaba morir voluntariamente debido a una grave enfermedad que padecía, diversos medicamentos, en parte en tabletas y en parte dilui-

²² Esta sentencia se reproduce en GRÜNEWALD, NJW, 2022, pp. 3021 ss., y JÄGER, JA, 2022, pp. 870 ss.

dos. Después de que R. S. hubiera ingerido los medicamentos, le rogó a A. que recogiera todas las inyecciones de insulina que había en la casa. A. era consciente de que no sólo debería recoger estas inyecciones, sino también inyectarlas, lo que era idóneo para provocar la muerte de R. S. Esto es precisamente lo que hizo A. A continuación, R. S. pidió a A. que le asegurara que las aplicadas eran todas las inyecciones que estaban almacenadas en la casa para ‘no tener que volver en sí como un zombi’. En las siguientes horas R. S. se fue debilitando, se durmió y, finalmente, falleció. Según lo acordado entre R. S. y A., ésta prescindió de avisar a médico alguno. La causa de la muerte fue la hipoglucemia provocada por las inyecciones de insulina, si bien las tabletas habrían acabado también con su vida posteriormente. Los medicamentos que previamente había ingerido por sí mismo R. S. eran asimismo idóneos para causarle la muerte, pero ésta se habría producido más tarde».

La AP de Stendal había condenado a A. por un homicidio consentido del § 216 StGB. La sentencia del BGH de 28-6-2022 revoca la sentencia de instancia y absuelve a A. del delito por el que venía condenada, y estima que su conducta constituye una impune participación en suicidio. La sentencia del BGH, después de establecer que «autor de homicidio a petición es el que domina el acontecimiento que ha conducido a la muerte», prosigue: «De acuerdo con una contemplación normativa, la ingestión de las tabletas y la inyección de la insulina constituyeron, según el plan conjunto, un acto unitario de finalización de la vida». «R. S. *todavía dominaba el acontecimiento* después de que la acusada le hubiera inyectado la insulina, finalizando con ello su contribución activa. A continuación R. S. permaneció consciente durante un cierto tiempo, prescindiendo, bajo su responsabilidad, de acudir a contramedidas [para evitar la muerte], como por ejemplo, requerir a A. para que avisara a urgencias «(curativas añadidas). «Los principios del BVerfG son trasladables al § 216 ... que requiere una interpretación conforme con la Constitución [y normativa]».

III. POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA DELIMITACIÓN ENTRE HOMICIDIO CONSENTIDO Y PARTICIPACIÓN EN EL SUICIDIO

En el presente apartado debería exponer las distintas posiciones adoptadas por la doctrina sobre la delimitación entre homicidio consentido (o a petición) y participación en el suicidio. Para redactar este artículo he leído detenida y críticamente una muy extensa bibliografía que es lo que me ha permitido

formarme mi propia opinión sobre el problema. Pero estamos a 15 de enero de 2026, y si ahora me dedicara a referir, con la extensión que se merece, todo lo que esos —entre ellos, los más ilustres— juristas han manifestado sobre este problema, lo que es seguro es que necesitaría bastantes semanas —no me atrevo a pronosticar cuántas— para exponer ordenadamente, con el detenimiento que se requeriría, toda la variedad de opiniones, frecuentemente divergentes entre sí, que hasta ahora se han manifestado sobre la cuestión en libros y revistas, siendo seguro, en todo caso, que, con ello, me pasaría ampliamente del plazo que los editores del presente Libro Homenaje a Enrique Peñaranda han fijado para la entrega de los originales (ni siquiera estoy seguro que, aun renunciado a dar contenido a este apartado, todavía pueda llegar a tiempo); renuncio, por ello, a ocuparme de las numerosas tomas de posición doctrinales sobre esta delimitación. Pero no para siempre; en cuanto entregue este artículo a los editores de este Libro Homenaje, me pongo a la tarea de dar a este apartado III el contenido que responde a su título, y que, ya así completado, aparecerá nuevamente en un libro mío de recopilación de numerosos artículos anteriores a éste y alguno posterior que se publicará o en este mismo año, o en el próximo de 2017. De momento, por consiguiente, y sintiéndolo en el alma, este apartado III queda, como se suele decir, sin contenido.

IV. CRÍTICA Y TOMA DE POSICIÓN

1. Mi discrepancia con el criterio con el que la jurisprudencia y la doctrina alemanas —con numerosos matices y graduaciones— han abordado la fijación de la línea que separa al homicidio consentido (o a petición) de la participación en el suicidio, es radical; ese criterio es el de la dominante teoría del dominio del hecho, según la cual, cuando varias personas han contribuido a la producción de un delito, es ese criterio el que determina quién o quienes son autores del mismo y quién o quiénes meros partícipes. En el supuesto del que se ocupa este artículo intervienen dos personas: el tercero y el que consiente en morir. Según esa dominante teoría del dominio del hecho, si es el primero el que tiene ese dominio, entonces estaríamos ante un homicidio consentido, mientras que si lo tiene el segundo, sería éste el autor de un suicidio, por lo que, estando ya en presencia de un suicidio, la conducta del tercero sólo se podría calificar de participación en dicho suicidio (impune en Alemania y en España punible, si bien con una pena inferior a la de la autoría en un homicidio consentido).

2. Sin embargo, la doctrina del dominio del hecho no se ha creado para fundamentar que el autor material, esto es: el que realiza con su conducta el

tipo –por ejemplo, el que atraca a un viandante en la calle amenazándole con un cuchillo y apoderándose de su billetero, o el que penetra vaginalmente a una mujer inconsciente, es autor del delito: para el viaje de determinar que el que se apodera de una cosa con intimidación, o que el que yace con una mujer inconsciente, son autores de, respectivamente, un robo o una violación, no se necesitan las alforjas del dominio del hecho, sino que basta con leer el correspondiente precepto del CP y, examinando la conducta ejecutada, comprobar que es subsumible en la definición legal del robo con intimidación o de la violación. Para lo que se ha creado la teoría del dominio del hecho²³ es para decidir si, existiendo varios intervinientes en el delito, sin ser ellos los autores materiales del mismo, no obstante, y por dominar también el hecho, asimismo son autores; para determinar, por ejemplo, si también son o no autores, por ostentar o no el dominio del hecho, el que, para que el autor material pueda cometer el delito, le da instrucciones determinantes con su teléfono móvil a quien lo está ejecutando, o el que, para comunicárselo al autor material, ha localizado el recóndito lugar donde se esconde la persona a la que aquél va a secuestrar, pidiendo un importante rescate a cambio de su libertad, o los tres francotiradores que, para que no se escape la víctima, cubren todas las salidas de la casa donde el autor material ejecuta su asesinato²⁴.

Pero, por lo que se refiere al autor material o inmediato del delito, (aunque acaba de fallecer, el inmortal) *Roxin*, el más importante teórico de la doctrina del dominio del hecho, escribe²⁵: «La autoría inmediata como dominio de la acción [*Handlungsherrschaft*]. Autor es, en primer lugar, quien, sea solo o con la intervención de otros, cumple todo el tipo mediante actividad corporal (por lo general, por tanto, con sus propias manos). No hay mejor manera de dominar el hecho que ejecutándolo. En la autoría inmediata el dominio del hecho le viene dado al ejecutor mediante la realización de la acción que se corresponde con el tipo; por ello hablo de dominio de la acción. Se trata aquí de la modalidad más incuestionable de la autoría, porque esta forma de dominio del hecho se corresponde de la manera más evidente con la concepción de la autoría como realización del tipo por propia mano». Esta afirmación es tan

²³ Además de para estos supuestos, la teoría del dominio del hecho se aplica también para determinar quién es autor mediato por ostentar ese dominio del hecho o, por ostentarlo también, quién lo es en los aparatos organizados de poder. Pero de esa aplicación de la teoría del dominio del hecho a estos dos casos de autoría mediata y de aparatos organizados de poder prescindo aquí, porque en la delimitación entre homicidio consentido y participación en el suicidio no estamos ni ante casos de autoría mediata ni tampoco de aparatos organizados de poder.

²⁴ Todos estos ejemplos, algunos de ellos introduciendo variantes, los he tomado de ROXIN, 2003, § 25 nn. mm. 198 ss.

²⁵ ROXIN, 2003, § 25 n. m. 38; V. También, ROXIN, 2022, pp. 282 ss.

obvia que *Roxin* no la hace seguir de la teoría del dominio del hecho, sino todo lo contrario: el autor material no es autor porque tenga el dominio del hecho, sino que, porque es autor material, por eso tiene el dominio del hecho, con lo que se pone de manifiesto que, en realidad, en el caso del autor material o inmediato, esa teoría es superflua y no desempeña ningún papel para determinar quién es autor, porque es autor en virtud del simple mecanismo de la subsunción de la conducta en la definición legal del delito.

No soy partidario de la teoría del dominio del hecho²⁶. Pero, por lo que se refiere a la delimitación entre homicidio consentido y participación en el suicidio, en principio, y *si esa doctrina se aplicara consecuentemente* –lo que, como veremos, no es el caso– no tendría por qué oponerse a la solución que voy a proponer a continuación; ya que dicha teoría, como acabamos de ver, no aplica el criterio del dominio del hecho para llegar a la conclusión de que el autor material o inmediato es autor: lo es, también según esta teoría, porque es evidente, sin más, que lo es, no en aplicación del criterio del dominio del hecho, sino por la verdad de Perogrullo de que con su conducta ha realizado el tipo por propia mano.

3. En el supuesto que nos ocupa en este artículo, estamos en presencia de dos personas: el tercero y el que consiente en morir. Si el que consiente en morir *se mata a sí mismo*, si es autor material de su muerte, entonces estamos ante un suicidio, y el tercero sólo puede ser partícipe en el mismo; y si no se mata a sí mismo, sino que *se deja matar*, entonces el tercero es autor de un homicidio consentido. O, contemplando ahora el supuesto desde la perspectiva del tercero: si con su conducta *mata al otro* con su consentimiento, si es autor material del homicidio consentido, entonces es autor de este delito, y no partícipe en un inexistente suicidio; partícipe en el suicidio sólo será si, quien desea morir, ha sido autor material de su propia muerte.

Sin embargo, como acabo de mencionar, y como se puede comprobar en los tres *leading cases* que he descrito anteriormente, ni la jurisprudencia ni la doctrina –si bien esta a veces discrepa de aquélla sobre quién ha ostentado el dominio del hecho– se pregunta si ha sido el tercero o el fallecido el autor material de la muerte: no entra en esa cuestión que es la que realmente hay que resolver de la autoría material de la muerte, sino que, para determinar a quién le corresponde la autoría, lo que se preguntan es cuál de los dos –el tercero o el fallecido– ha tenido el dominio del hecho.

Y así, en, por ejemplo, el caso de la llave del gas, se afirma que no estamos ante un homicidio por acción del tercero ejecutado sobre la víctima

²⁶ Sobre esta teoría cfr., críticamente, GIMBERNAT, 2006, pp. 113 ss., y, más recientemente, GIMBERNAT, ADPCP, 2013, pp. 64 ss.

que *se ha dejado matar*, al introducir aquél el fluido tóxico en la habitación, sino ante un suicidio ¡por omisión! del fallecido por no haber abandonado éste la habitación del hotel. Esta es, en efecto, sin embargo, la tesis que defiende la sentencia del BGH al abordar el caso de la llave del gas: «En el caso concreto es decisivo para ello el modo y la manera en que la persona fallecida ha dispuesto sobre su destino. Si se puso en las manos del otro, porque, pacientemente, quería recibir de éste la muerte, entonces es ese otro quien tiene el dominio del hecho. Si, por el contrario, la persona fallecida ha conservado hasta el final la libre decisión sobre su destino, entonces se ha matado a sí misma, si bien con ayuda ajena [la del tercero que abrió la llave del gas]». A nivel de principio lo que expresa aquí la sentencia del BGH sobre el caso de la llave del gas es lo que mantuvo también la sentencia de la AP de Augsburg sobre el caso Gisela, cuando apreció que ahí el hombre que introdujo el gas dentro del automóvil, pisando el acelerador, por «ausencia de dominio del hecho significante» en la muerte de aquélla, era sólo un (impune) partícipe en un suicidio en comisión por omisión de aquélla: A., siempre según la sentencia de la AP de Augsburg, no ha «causado la muerte de Gisela, ya que para esa causación ha sido necesario que Gisela entrara en el vehículo, que ocupara el asiento y que inspirara los gases... A. ni ha tenido ni ha podido tener el dominio del hecho. Por el contrario, con posterioridad a que A. contribuyera al hecho, mediante la introducción de los gases en el automóvil, Gisela ha mantenido la libre decisión sobre su vida y su muerte, teniendo en cuenta que, posiblemente, perdió la consciencia con posterioridad al acusado». Ciertamente que el BGH estimó el recurso contra la sentencia absolutoria de instancia acudiendo al criterio de que, mientras que en el caso de la llave del gas, el tercero agotó su intervención en abrirla, permaneciendo la posibilidad de que la víctima abandonara la habitación, en el caso Gisela la conducta del tercero se extendió en el tiempo, apretando el pedal del acelerador hasta que Gisela perdió el conocimiento. «En un principio, Gisela podría haber estado en situación de volver a abrir la puerta derecha del automóvil o de, mediante un golpe, apartar al acusado de pisar el acelerador. Pero, en lugar de ello, estuvo dispuesta a tolerar, pacientemente, la *continuada acción* del acusado dirigida a la muerte, y eso es también lo que hizo, sin tener en cuenta cuando dejaría de ser posible sustraerse al efecto mortal» (cursivas añadidas).

Contra esta posición de, en los casos de delimitación entre homicidio y suicidio determinar si el tercero es autor de ese homicidio consentido de la persona fallecida, o de un suicidio, acudiendo al criterio de quién ha tenido el

dominio del hecho, en lugar de preguntar por cuál de ellos ha sido Aitor material (o inmediato) de la muerte hay varias cosas que decir:

En primer lugar, que estos casos, en los que están presentes dos personas, y en los que se trata es de determinar si la víctima se ha matado a sí misma y, en consecuencia, ha cometido un Lucidio, o si, por el contrario, se ha dejado matar y el tercero sería autor de un homicidio consentido estamos ante una cuestión en que la autoría no se resuelve, tampoco para la teoría del dominio del hecho (v. supra 2), preguntando cuál de los dos ha dominado el acontecimiento, sino cuál de ellos ha sido el autor inmediato (material) de la muerte.

En segundo lugar, *aunque en mi opinión tanto en el caso de la llave del gas, como en el de Gisela, estamos ante dos homicidios consentidos*, me resulta incomprensible por qué el BGH mantiene, sobre la base de la doctrina del dominio del hecho, que en el primero estamos ante una (impune) participación en el suicidio y en el segundo ante un homicidio consentido, con el argumento de que en un caso el tercero *agotó* su intervención con la acción de la apertura de la llaves del gas, mientras que en el otro la acción *se extendió en el tiempo*, dando salida al óxido de carbono, no con una única acción, sino con la continuada pisada del pedal de aceleración. La muerte se causó en ambos casos por la introducción en el recinto del gas tóxico por ambos terceros, y, si en el caso de la llave del gas la conducta se califica de suicidio porque «la persona fallecida ha conservado hasta el final La libre decisión sobre su destino», y, por eso, «se ha matado a sí misma», este mismo argumento rige para Gisela de la que, como se dice en la sentencia del BGH, «estuvo en situación de volver a abrir la puerta derecha del automóvil o de, mediante un golpe, apartar al acusado del pedal del acelerador», «tolera[ndo], pacientemente, la continuada acción del acusado dirigida a la muerte». Si en ambos supuestos las fallecidas pudieron evitar su muerte, en un caso saliendo de la habitación del hotel y en el otro abandonando el vehículo, renunciando a ello porque prefirieron morir, y siendo los dos supuestos idénticos desde el punto de vista de la víctima, es absolutamente contradictorio que el BGH, sin explicación alguna, en un caso le atribuya a la fallecida el dominio del hecho sobre su muerte, y en el otro se lo niegue.

En tercer lugar, en el caso de la llave del gas el BGH afirma que la víctima que ha *omitido* medidas de salvación es autora de su propia muerte, porque ha dominado el hecho. Con ello, el tribunal alemán ignora que en la omisión impropia la autoría no se determina en función de si el omitente tiene o no el dominio del hecho, ya que ese dominio sólo se puede ostentar mediante una acción, pero nunca mediante una inactividad: en la comisión por omi-

sión, en cambio, la autoría se atribuye a la conducta de no-hacer, únicamente si el omitente ostenta una posición de garante y, mediante la acción debida hubiera podido evitar con seguridad, o con una probabilidad rayana en la certeza, el resultado²⁷.

Finalmente, y no en último lugar: el homicidio consentido (o a petición), prohibido tanto en España como en Alemania, tiene como elemento esencial del tipo que la víctima está de acuerdo en que la maten. Si, como mantiene el BGH, cuando la víctima consiente en la propia muerte, y no acude a ninguna medida para evitarla, estaríamos en presencia, no de un homicidio consentido, sino de un suicidio, entonces ni el tipo del artículo 143.3. CP ni el del § 216 StGB encontraría nunca algún supuesto de aplicación, porque la existencia de ese consentimiento en su propia muerte convertiría la conducta de esa víctima *automáticamente* un suicidio, y la del tercero en una –en España, punible, y en Alemania impune– participación en el suicidio.

Por consiguiente, y, según el BGH, cuando la víctima consiente en que le mate un tercero, estaríamos, por tener aquella el dominio del hecho sobre su muerte, ante un suicidio, si no adopta medidas de salvamento, como salir de de la habitación del hotel o del vehículo inundados de gas tóxico, o avisar a los servicios de urgencia después de que la esposa le administrase la sobredosis de insulina. Con ello, el artículo 143.3 CP y el § 216 StGB nunca podrían aplicarse en el momento en que la víctima prestara su consentimiento en morir y lo mantuviera en el tiempo estaríamos *automáticamente* ante un suicidio, incompatible con la existencia de un homicidio consentido.

* * *

Siento por mi querido amigo Enrique Peñaranda no sólo afecto, sino también una gran admiración científica desde que leí su tesis doctoral –de cuyo tribunal tuve el honor de formar parte– sobre «La participación en el delito y el principio de accesoriedad», posteriormente publicada en 1990. Todo lo que publica no es bueno, sino muy bueno. Nadie a quien le interese el Derecho penal puede prescindir de leer sus obras: siempre se sale de ellas aprendiendo cosas que no sabía, saboreando su forma de argumentar, levantando en el lector nuevas inquietudes y deseando que aparezca su próxima publicación. Como es todavía muy joven –sólo tiene 70 años–, aquí le espero aguardando sus próximas –y seguro que maravillosas– nuevas enseñanzas.

²⁷ Cfr. ROXIN, 2022, pp. 511 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUNHÖBER, Beatrice: *Verfassungswidrigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2020, pp. 528-542.
- GIMBERNAT, Enrique, *Eutanasia y Derecho penal*, Estudios, 1990, pp. 51-54.
- *Disposición de la propia vida y Derecho penal*, Ensayos, 1999, pp. 27-32.
- *Elogio de la ley de regulación de la eutanasia*, El proceso del procés, 2025, pp. 221-229.
- *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 27-38.
- *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2013, pp. 33-87.
- GRÜNEWALD, Anette: *Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 28.6.2022– 6 StR 68/21*, Neue Juristische Wochenschrift, 2022, pp. 3021-3025.
- JAKOBS, Günther, 1996, «Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición», *Cuadernos de Conferencias y Artículos*.
- JÄGER, Christian: *Juristische Arbeitsblätter*, 2022.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, PE. «Sistema de Derecho Penal, Parte Especial», en *Morillas Cueva, Lorenzo*. 5 ed. 2024
- ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil II, 2003.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11. ed., 2022, pp. 282-290.
- SIN AUTOR, *Einseitig fehlgeschlagener Doppelselbstmord*, Neue Juristische Wochenschrift, 1965, pp 699-701.
- *Juristische Wochenschrift*, 1921.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 37, 1989, pp. 155-190.

5. ASSASSINATO COMO HOMICÍDIO ATENTATÓRIO DA DIGNIDADE

LUÍS GRECO

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. de la HumboldtUniversität de Berlín

I. INTRODUÇÃO

O admirado amigo Enrique Peñaranda, com quem tantos interesses compartilho, dedicou monografia¹ ao delito de assassinato, que os espanhóis chamam de asesinato². Apesar das diferenças entre o direito positivo alemão e espanhol e das especificidades das propostas de reforma alemãs sobre as quais concentrarei minhas atenções, espero que as presentes reflexões, focadas primariamente no fundamental, possam despertar o interesse de nosso homenageado.

Há décadas existe, na Alemanha, consenso sobre a necessidade de reformar os crimes de homicídio, em especial o assassinato. O dispositivo em questão (§ 211 StGB) apresenta o seguinte teor: «(1) O assassino será punido com pena de prisão perpétua. (2) É assassino aquele que por prazer em matar (Mordlust), para satisfazer o instinto sexual, por ganância ou por outros motivos abjetos, de forma traiçoeira (heimtückisch) ou cruel ou com meios que gerem perigo comum (gemeingefährlich) ou para possibilitar ou encobrir outro crime, mata uma pessoa.»

Que problemas motivam esse consenso? Para nos concentrarmos no essencial³: como é sabido e já se pode perceber pela formulação linguística

¹ PEÑARANDA RAMOS, 2014.

² Razão pela qual usarei, no presente texto (a ser publicado-segundo vejo, sem tradução-na Espanha), o termo «assassinato».

³ Em mais profundidade, ESER, 1980, pp. 34 ss.

incomum («o assassino será punido...» «é assassino aquele que...»), os dispositivos relativos ao assassinato (bem como os relativos ao homicídio simples) remontam à atividade do legislador nazista, que abandonou o critério da premeditação, que até então sustentava a distinção entre as duas modalidades de homicídio⁴, em favor da lista de elementares que acabo de reproduzir. Essas elementares não são problemáticas devido ao seu ano de origem (1941) –também a proteção penal dos animais remonta ao período nazista⁵–, mas sim devido ao seu conteúdo, pois deveriam ser um símbolo da chamada «renovação jurídica» da época, que também se entendia como a superação da separação entre direito e moral, rejeitada como liberalista e alheia ao sentimento do povo⁶, e, por isso, são fortemente eticizantes e orientadas para a atitude interna.

Os problemas do dispositivo legal sobre o assassinato não se esgotam, porém, na definição dos elementos constitutivos do crime. É precisamente a disposição sobre as consequências jurídicas, com a pena de prisão perpétua obrigatória (que, aliás, não tem origem nacional-socialista), que coloca a prática jurisprudencial repetidas vezes em apuros⁷. Tendo em conta estes problemas, que dizem respeito tanto à definição do crime como às consequências jurídicas, coloca-se, na minha opinião, a questão preliminar quanto à abordagem adequada para construir uma solução. Por onde começar, pela definição do crime ou pelas consequências jurídicas? Tratarei desta questão preliminar em primeiro lugar (abaixo, II).

Como defenderei a primazia lógica da consequência jurídica diante do fato que a desencadeia, devo então voltar-me para ele (u. III.). Em seguida, devem ser desenvolvidas reflexões sobre a definição dos fatos de assassinato e homicídio simples, em busca de uma linha orientadora consistente que seja capaz de resolver os dilemas em que ainda culminam as propostas anteriores (u. IV). Não poderei cuidar das formas menos graves ou privilegiadas de homicídio.

⁴ RStGB de 1871: «§ 211. Quem matar dolosamente uma pessoa, se tiver agido de forma premeditada, será punido por assassinato com a pena de morte.»

⁵ Lei do Reich de proteção animal, de 24 de novembro de 1933.

⁶ Cf., principalmente, FREISLER, 1941, p. 929 (932 ss.). Sobre a chamada renovação jurídica, com ênfase especial na eticização por ela proposta, cf., entre os inúmeros outros trabalhos, de FREISLER, 1935, p. 1247 e ss.; *ders.*, 1936, p. 15 e ss.; *ders.*, ZStW, 1936, pp. 34 e ss.; *ders.*, 1936, pp. 28 e ss.; em retrospectiva FROMMEL, ARSP-Beiheft 18, 1983, pp. 45 e ss.

⁷ Cf. apenas ESER, 1980, (nota de rodapé 3), pp. 39 e ss., em especial 53 e ss., com a descrição de numerosas «estratégias de evasão». Entre elas, destacam-se a doutrina da participação (basta lembrar o precedente Staschinsky, BGHSt 18, 87; a este respeito, ver crítica de ROXIN, 2022, pp. 631 e ss. núm. 27), hoje em dia, sobretudo a imputabilidade diminuída (cf. já BVerfGE 45, 187 [262]), bem como a casuística do dolo de matar (descrição detalhada, também com uma tentativa de reconstrução racional, em ROXIN/GRECO, 2024, § 12 núm. 75 ss., 88a ss.).

II. ANTES DE MAIS NADA: POR ONDE COMEÇAR?

Como já foi dito, os problemas da regulamentação vigente na Alemanha residem tanto no nível dos elementos constitutivos do crime quanto no nível das consequências jurídicas. Isso levanta a questão de por onde começar, se já pelos elementos constitutivos do crime (por exemplo, em uma busca pela «essência do homicídio») ou, inversamente, pelas consequências jurídicas (prisão perpétua ou temporária? obrigatória ou facultativa?).

O *aplicador da lei*, diante da norma completa, isto é, constituída pelos elementos constitutivos –o Tatbestand no sentido da Teoria do Direito, por vezes traduzido como suporte fático ou hipótese de incidência– e pelas consequências jurídicas, sempre partirá de uma interação, ou seja, só confirmará o Tatbestand quando as consequências jurídicas também se justificarem e, por sua vez, procurará graduá-las à luz do Tatbestand (na medida do possível)⁸. Para o aplicador da lei, o Tatbestand e a consequência jurídica são sempre simultâneos; o Tatbestand determina a ocorrência da consequência jurídica, mas seu significado só se revela à luz dela. O *legislador*, entretanto –e é essa a perspectiva que agora interessa– tem de antever essa interação, mas ele precisa começar por algum lugar, mesmo que não esteja de todo consciente da alternativa.

Mais por razões intuitivas do que por reflexão fundada na teoria das normas –no sentido de que o Tatbestand seria a condição, a consequência jurídica o condicionado–, a maioria das propostas opta por iniciar com o Tatbestand⁹. Porém, por trás da suposta lógica da teoria das normas, existem importantes considerações substanciais em que não posso, agora, aprofundar-me. Limiteme a recordar que um ordenamento jurídico liberal, para o qual a liberdade representa um valor intrínseco, vê sua principal preocupação na coação que nega a liberdade por parte de alguém mais forte; a pena estatal, como forma mais aguda de coação imposta pelo sujeito mais forte dentro de um determinado território, tem, portanto, de ser a principal preocupação da ciência do direito penal. Existe, embora não em termos de lógica normativa, mas sim de lógica justificativa, uma prioridade da pena sobre o crime¹⁰, que exige que se tenha em mente, antecipadamente, a consequência jurídica que se pretende impor e que só depois se passe à especificação das condições em que a imposição dessa consequência jurídica pode ser legitimada. Portanto, temos primeiramente

⁸ Nesse sentido, o tão invocado «vaivém do olhar» desde ENGISCH, 1960, pp. 14 e ss., não ocorre apenas entre a norma jurídica e os fatos, mas também entre o lado dos fatos e o lado das consequências jurídicas da norma jurídica.

⁹ Mas não ARZT, ZStW, 1971, p. 1 (9 e ss.), que fala, no sentido aqui defendido, de uma «prioridade da pena de prisão perpétua em relação aos elementos constitutivos do homicídio».

¹⁰ Para mais detalhes, ver GRECO, 2018, pp. 175 e ss. (pp. 182 e ss.).

de nos perguntar qual pena vamos prever; somente depois de haver clareza a esse respeito é que podemos nos voltar para as condições aptas a desencadear essa consequência jurídica.

III. O PLANO DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Que consequência jurídica queremos prever para o que definiremos em breve como assassinato? Há consenso de que a *pena mais severa possível* no ordenamento jurídico é a mais adequada. Desde a abolição da pena de morte (art. 102 da Lei Fundamental), essa pena é, na Alemanha, a prisão perpétua, que, além disso, é imposta como pena única (o chamado mecanismo exclusivo-absoluto¹¹). Já aqui há várias dúvidas a serem levantadas.

1. Várias recentes propostas de reforma pretendem, com razão, eliminar a imposição obrigatória da pena de prisão perpétua. É de concordar com elas. A única possibilidade de cominar legitimamente uma pena máxima fixa e obrigatória seria renunciar a qualquer especificação mais detalhada do Tatbestand por meio de ulteriores elementares típicas que fossem além do homicídio ou (o que seria materialmente equivalente) contentar-se com uma aparente especificação através de uma cláusula geral totalmente vazia de conteúdo (por exemplo: «em casos particularmente graves»), de modo que as considerações relativas à determinação da pena pudessem ser trasladadas sem restrições para o momento anterior, da análise dos elementos do tipo. Contudo, isso seria contrário ao princípio da taxatividade da lei penal (constitucionalmente previsto no artigo 103 II da Lei Fundamental).

2. No entanto, não podemos nos contentar com a eliminação da cominação absoluta e inflexível da pena de prisão perpétua. A própria prisão perpétua é um problema que não se pode perder de vista. É verdade que, na Alemanha, não há qualquer perspectiva no sentido de que essa sanção venha a ser abolida. Ainda assim, cumpre seguir a criticá-la: afinal, cuida-se de uma pena mediante a qual nós, como comunidade jurídica, declaramos solenemente a um semelhante que ele não é e nunca mais será um de nós¹², porque hoje e até o seu último dia ele é e continuará sendo aquele que cometeu o crime¹³ —mesmo que, desde 1982, com o § 57a StGB (que permite uma suspensão condicional após o cumprimento de 15 anos)¹⁴, nem sempre levemos essa declaração a sério.

¹¹ Com esta designação (Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus), por exemplo, ESER, 1980, p. 53.

¹² Para mais detalhes, ver GRECO, 2015, pp. 151 e ss.

¹³ Cf. GRECO, ADCP, 2023, pp. 9 e ss.

¹⁴ Ver BVerfGE 45, 187 (228 f.); BVerfGE 86, 288.

3. O ideal seria, portanto, a consequência jurídica de uma pena privativa de liberdade elevada, mais concretamente: a *pena privativa de liberdade mais elevada que ainda queremos prever como ordem jurídica*. Se ainda não estamos prontos para renunciar à prisão perpétua, então a sua imposição não deveria, pelo menos, ser a única alternativa.

IV. O PLANO DOS PRESSUPOSTOS DE PUNIBILIDADE

A próxima questão diz respeito aos requisitos para a aplicação desta pena máxima. Para quais modalidades de homicídio esta pena deveria ser prevista?

1. A legislação em vigor

Há muito se sabe que o clássico elemento constitutivo do assassinato, a premeditação, nem sempre justifica a consequência jurídica mencionada: a premeditação também pode ser expressão de um longo conflito interior do autor consigo mesmo¹⁵. O fato de que a concepção do direito vigente tampouco convence é demonstrado pelas dificuldades que a prática tem com características individuais do homicídio, especialmente com o cometimento traiçoeiro (*heimtückisch*; próximo daquilo que o direito dos países do espânicos chama de *alevosia*)¹⁶ e a intenção de encobrir¹⁷; essas dificuldades seriam atenuadas pela proposta aqui apresentada, de abandonar o mecanismo exclusivo-absoluto, mas não seriam eliminadas. Afinal, persistiria o problema de que homicídios de determinada natureza (traíçoeiros, cometidos com intenção de encobrir) seriam declarados abstratamente como merecedores da mais alta pena que o ordenamento conhece, apesar de nem sempre concretamente o serem. O direito vigente também adolece do fato de que dificilmente vai além da sequência intuicionista de pontos de vista essencialmente diferentes¹⁸. Acima de tudo, os elementos de natureza menos anímica e mais objetiva, que parecem

¹⁵ Para uma crítica, ver ESER, 1980, pp. 27 e ss.

¹⁶ Para o que se desenvolveu uma casuística difícil de compreender, caracterizada por exceções e contraexceções (para uma apresentação, ver apenas SCHNEIDER, 2021, § 211 núm. 149 e ss., que, no entanto, não conseguiu neutralizar a necessidade de uma correção legislativa pela prática (em especial BGHSt 30, 105 [120 ss.], a chamada solução das consequências jurídicas, *Rechtsfolgenlösung*) que se sobrepõe ao direito vigente; ver também a próxima nota de rodapé. Para essa discussão, ademais, PEÑARANDA, 2014, pp. 15 e ss.

¹⁷ Ver apenas BVerfGE 45, 187 (260 ss.), com a exigência de uma aplicação restritiva destas características.

¹⁸ Cf. também ESER, 1980, pp. 50 e ss.: «falta de princípios orientadores».

referir-se mais ao injusto, desviam parcialmente a atenção do bem jurídico, ou seja, a vida do indivíduo morto (como o perigo comum e a crueldade)¹⁹ ou são problemáticos de outra forma (como a comissão traiçoeira), enquanto os aspectos mais anímicos, subjetivos, e que supostamente se referem mais à culpabilidade, na verdade, só fazem sentido no contexto de uma concepção moralizante do direito penal e da pena, que entende a culpabilidade como expressão de uma determinada atitude interna²⁰.

Existe uma alternativa viável ao moralismo intuicionista do direito vigente? Passo a abordar algumas propostas da discussão sobre a reforma.

2. A proposta de Alexander Ignor

O mencionado autor introduz, na proposta por ele apresentada diante de comissão de reforma constituída pelo Ministério da Justiça, a ideia de uma *acumulação de injustos*: ao injusto do homicídio se somaria um injusto adicional, que justificaria a reclassificação para *assassinato*, passível de pena mais severa²¹. O injusto adicional surgiria, nas palavras do autor, «ou pela prática de um desvalor adicional do resultado (‘cruel’, ‘traíçoeiro’ ou ‘perigo comum’) ou por desvalor adicional da ação, em que o autor, além do homicídio, violaria a dignidade humana da vítima, seja submetendo sua vida a seus próprios fins (ilegais) (‘com o propósito de enriquecer ilegalmente a si mesmo ou a outra pessoa, ou de possibilitar ou encobrir outro crime, ou de excitar sexualmente a si mesmo ou a outra pessoa’), ou violando a proibição geral de discriminação decorrente da dignidade humana (‘por causa de seu sexo, ascendência, origem ou convicção religiosa ou ideológica’). A cláusula geral de motivação ‘por outros motivos abjetos’ é, portanto, substituída por ‘por outros motivos desumanos’»²².

A concepção tenta superar o problema da compreensão moralizante da culpabilidade de que padece o direito positivo, concentrando-se decididamente no injusto, em parte até mesmo mediante a postulação de bens jurídicos adicionais. No entanto, a acumulação permanece externa, porque os novos bens mencionados continuam a ser *heterogêneos* em relação à vida, o que dis-

¹⁹ Cf. já ARZT, ZStW, 1971, pp. 12 e ss.: «superestimação dos elementos do assassinato-subestimação do bem jurídico vida»; ver também ESER, 1980, pp. 37 e ss.: «subvalorização do bem jurídico vida por superestimação dos elementos do assassinato».

²⁰ Fundamental no sentido de uma concepção da culpabilidade orientada para a atitude interna GALLAS, ZStW, 1955, p. 1 (p. 45); para a crítica, apenas HIRSCH, 2007, pp. 307 e ss. (313 e ss.); GRECO, 2015, pp. 385 e s.; ROXIN/ GRECO, 2024, § 19 núm. 24 ss

²¹ IGNOR, 2015, em especial pp. 74 e ss., 515 ss. (75).

²² IGNOR, 2015, p. 75.

trai a atenção do bem jurídico da vida. No caso dos meios perigosos que geram perigo comum, ter-se-á apenas um homicídio que também põe em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas; por que não se pode levar em conta o injusto acumulado de acordo com as regras gerais, em particular as do concurso formal ou ideal? A concepção desmerece, assim, o bem jurídico vida, que acaba reconhecido como incapaz de desencadear pena máxima por si só; isso se torna possível apenas em conjunto com um complemento heterogêneo. Além disso, permanece em aberto a questão de saber se a o moralismo realmente é superado, uma vez que não se compreende por que uma determinada intenção ou motivação, atitude ou convicção pode já constituir uma injusto, seja sob a forma de discriminação ou de violação da dignidade²³. Será possível discriminar ou degradar apenas com pensamentos?

3. O chamado modelo de privilégio (Privilegierungsmodell)

É exatamente aqui que entra em cena o modelo de privilégio²⁴, que se propõe não a desatar o nó, mas sim a cortá-lo de forma alexandrina: deixa-se de procurar elementos que elevem um homicídio simples a um assassinato e, ao contrário, enxerga-se neste a forma primordial do crime contra a vida, que, por sua vez, poderia ser atenuada por características adicionais. Nas palavras de nosso homenageado, que não esconde a sua simpatia para com essa concepção: «Esa solución... tiene en su favor ante todo que toma plenamente en consideración la importancia del bien jurídico afetado: si la vida humana independiente es el bien jurídico más alioso, es razonable pensar que la lesión dolosa de ese bien lleve aparejadas las sanciones penales más intensas, salvo que concurren circunstancias especiales que reduzcan la responsabilidad del agente»²⁵.

As críticas que acabo de dirigir tanto à lei vigente, quanto à proposta de Ignor, deixam claro que essa justificativa me parece muito plausível²⁶. No entanto, hesito em aceitar essa posição, que transforma o que tradicionalmente

²³ IGNOR, 2015, p. 100, antecipa essa objeção e replica que se trata de: «atitudes mentais que se tornam censuráveis justamente pelo desrespeito a bens juridicamente protegidos». No entanto: trata-se de uma atitude interior; o ordenamento jurídico pode basear-se nela para justificar um injusto maior e autônomo?

²⁴ Que havia sido proposto, por exemplo, por alguns membros da comissão de especialistas constituída pelo Ministério da Justiça Abschlussbericht, p. 72 ss., 90 ss. (proposta de Deckers/Grünwald/König/Safferling), e também pelo Deutscher Anwaltverein (Associação Alemã de Advogados), Stellungnahme Nr. 1/2014, p. e s.

²⁵ PEÑARANDA, 2014, pp. 286 e s.; cf. também GRÜNEWALD, 2016, p. 13: «A renúncia a elementos fundadores do assassinato e a possibilidade de impor uma pena de prisão perpétua já para um homicídio em que não concorram circunstâncias atenuantes ou privilegiadoras, significa... uma revalorização do bem 'vida' e deixa claro que se trata exclusivamente da proteção da vida.»

²⁶ Cf. já ROXIN/ GRECO, 2024, § 10 nn. 82c ss.

era uma agravante/qualificadora em crime-base, devido à *inversão implícita da relação regra-exceção e, com isso, também dos ônus da justificativa* que ela acarreta. Com base no modelo de privilégio, torna-se mais fácil afirmar a presença de um homicídio punível com a pena máxima, o que parece problemático não apenas do ponto de vista da defesa, mas também de uma postura liberal, ou seja, crítica em relação à punição. Para esta, a pena mais elevada deveria ser, em princípio, a exceção e não a regra.

4. Conclusão; proposta própria

a) O dilema e sua resolução.

Vimos como as propostas de solução levaram repetidamente a becos sem saída e a novos dilemas. Por trás desses problemas identificados individualmente, parece esconder-se um problema maior, sim, um outro dilema, que agora deve ser explicitamente formulado e, espero, satisfatoriamente solucionado. Ou –e eis o primeiro chifre do dilema– o homicídio já é, por si só, suficiente para justificar a pena máxima prevista pelo ordenamento jurídico; mas isso representa uma presunção questionável em favor da pena máxima, a reversão quase inaceitável da relação esperada entre regra e exceção. Mas se, diante desse problema –e eis o segundo chifre–, for exigido algo adicional para legitimar a pena máxima, isso implica declarar implicitamente que matar alguém não é, por si só, tão grave, ou seja desvalorizar o bem jurídico da vida em favor do outro elemento heterogêneo. *É possível qualificar (valorizar) sem desvalorizar implicitamente o delito básico?*

Acredito que há uma saída para o dilema. Ela consiste em continuar trabalhando no segundo chifre, concretamente no problema de que o elemento adicional que leva ao agravamento seria estranho, heterogêneo ao bem jurídico propriamente dito. Talvez fosse possível encontrar *elementos* adicionais que não fossem heterogêneos, mas sim *homogêneos* à vida; o homicídio não seria, assim, uma violação da vida somada à violação de outros bens, mas um *aprofundamento da injusto manifestado na violação da vida*.

Essa ideia é conhecida em outros contextos, especialmente quando uma interpretação amplamente difundida, que também serve de base para a jurisprudência, tira conclusões do § 216 StGB (homicídio a pedido da vítima) para a interpretação dos bons costumes como limite ao consentimento nas lesões

corporais (§ 228 do StGB)²⁷. À tese mais antiga, segundo a qual os bons costumes também seriam violados (com a consequência da ineficácia de um consentimento) se qualquer disposição legal fosse desrespeitada (por exemplo, o § 17 da Lei sobre Soldados –SoldG– automutilação; ou as disposições da Lei sobre Estupefacientes –BtMG– ou da Lei Antidoping–AntiDopG)²⁸, sempre se opôs a objeção de que, com isso, se estaria trocando os bens jurídicos²⁹. A lesão corporal protege o corpo da vítima, e não a capacidade de funcionamento das forças armadas ou a saúde pública. No entanto, não se levanta a objeção contra o recurso ao § 216 StGB, que na verdade serve para proteger a vida, pois a proteção da vida é, em última análise, uma proteção corporal mais profunda. O corpo e a vida são bens jurídicos homogêneos, um ataque ao corpo se torna, sem mudança de direção, um ataque à vida. A doutrina da concurso de delitos também leva em consideração esse ponto de vista, recorrendo ao critério da subsidiariedade: a lesão corporal fica, em princípio, absorvida pelo homicídio, porque o ataque ao corpo está contido no ataque à vida³⁰. Gostaria de construir um argumento semelhante para o nosso contexto.

Penso que se podem distinguir, em particular, dois bens que são homogêneos à vida no sentido acima descrito, de modo que a direção do ataque permanece a mesma: «para baixo» o corpo, a base da vida; «para cima», a dignidade, para a qual a vida, nas palavras do nosso Tribunal Constitucional Federal³¹, representa, por sua vez, o «fundamento vital» (vitale Basis). Mas como um bem inferior não pode servir para uma elevação, resta-nos apenas a dignidade.

Chega-se assim a uma primeira conclusão intermediária importante: o dilema é resolvido quando à *violação da vida da vítima* se soma uma *violação da sua dignidade*. As violações da vida podem, em algum momento, transformar-se em violações da dignidade.

b) Operacionalização.

Mas quando ocorre esse «algum momento»? Quando se dá a violação da dignidade resultante do homicídio? Não em todos os homicídios dolosos, caso contrário, a legítima defesa mortal e o tiro final de salvamento (por ex., para libertar um refém) não seriam concebíveis. Mas o que mais deve ser acrescentado?

²⁷ BGHSt 49, 166 (173); na literatura, por exemplo, ROXIN/ GRECO, 2024, § 13 núm. 41 ss

²⁸ Ainda defendido, por exemplo, por ROXIN, 1997, § 13 núm. 37.

²⁹ Assim Roxin, ROXIN, 2006, § 13 núm. 39; ROXIN/ GRECO, 2024, § 13 núm. 39.

³⁰ Em vez de todos ROXIN, 2003, § 33 núm. 199 ss.

³¹ Mais recentemente, por exemplo, BVerfGE 153, 182 (264) com outras referências.

Alexander Ignor quer basear-se na chamada «fórmula do objeto» (Objekt-formel) –a dignidade estaria violada quando alguém é tratado como mero objeto do agir alheio³²– e acredita que, com isso, pode identificar a violação da dignidade presente em intenções específicas, ou seja, nas qualificações por ele propostas de «propósito de enriquecer ilegalmente a si mesmo ou a outra pessoa, ou de possibilitar ou encobrir outro crime, ou de excitar sexualmente a si mesmo ou a outra pessoa»³³. Ignor complementa essas intenções com motivos discriminatórios, o assassinato da vítima «por causa de seu sexo, ascendência, origem ou convicção religiosa ou ideológica», pois também a proibição da discriminação decorreria da dignidade humana³⁴. Como visto, porém, essa compreensão subjetivante deixa sem resposta a questão de por que a violação da dignidade pode fundar-se em uma intenção ou motivação. Além disso, a utilização da fórmula do objeto, por mais difundida que seja na jurisprudência, não está à altura da difícil tarefa, uma vez que esta fórmula sofre de dificuldades insuperáveis, que não podem ser aprofundadas aqui³⁵. Basta-nos observar que dificilmente se pode imaginar um homicídio que, com base na fórmula do objeto, não possa ser entendido como violação da dignidade. Isso não é uma objeção a que nos reporte-mos à violação da dignidade, mas apenas à fórmula do objeto.

Acredito que não há alternativa que não a de oferecer *contornos objetivos* à violação da dignidade; estes, por sua vez, não devem ser obtidos por meio de uma fórmula do objeto, mas sim de uma cuidadosa reconstrução fenomenológica de violações individuais da dignidade historicamente reconhecidas. Isso não significa que a motivação seja irrelevante; ela tem, contudo, de manifestar-se nos aspectos externos da hipótese. O exemplo paradigmático de homicídio que viola a dignidade será, portanto, o *homicídio no âmbito de uma ação de tortura*³⁶. O homicídio cruel ou torturante merece a pena máxima não porque afeta também o corpo, mas porque afeta a dignidade. O mesmo se aplica à *espetacularização do ato de matar, às execuções públicas* de tal forma que outros possam deleitar-se com elas. Também são assassinatos os homicídios que implicam que a pessoa não tem o direito de organizar os seus assuntos pessoais como deseja, ou seja, não tem direito a uma esfera privada (intima-

³² IGNOR, 2015, p. 100.

³³ IGNOR, 2015, p. 99.

³⁴ IGNOR, 2015, p. 100.

³⁵ Cf. em especial HILGENDORF, 2011, pp. 1653 e ss., que desenvolve uma chamada «teoria conjunto (Ensemble-Theorie) da dignidade humana». Uma ideia semelhante está na base do modelo aqui proposto.

³⁶ Para uma compreensão mais precisa da violação da dignidade humana representada pela tortura, ver GRECO, 2019, p. 119

mente ligada à dignidade humana), como os *homicídios por razão de honra*³⁷, *por perseguição religiosa, em contextos de agressões sexuais, em razão a uma determinada orientação sexual da vítima*, bem como alguns dos chamados *assassinatos por separação*. Esses assassinatos implicam que o autor entende como seu direito ditar à vítima como ela deve viver; eles negam a vítima como um ser livre, com direito a uma vida autônoma³⁸. Eles contêm um componente de coação que vai muito além do bem jurídico comum da liberdade de decisão e atuação da vontade³⁹, daquilo que o direito constitucional chama de livre desenvolvimento ou liberdade geral de ação, e já afetam o núcleo de dignidade relativo ao direito de conduzir a própria vida. Essas vítimas não são apenas mortas, mas também coagidas de maneira fundamental ou executadas por não terem cedido a essa coação fundamental.

Mas e quanto às *discriminações*, diante das quais o espírito da época se mostra tão sensível? Alexander Ignor tenta estabelecer uma ponte com a dignidade humana, entendendo a liberdade de discriminação como um aspecto da dignidade humana. A justificativa é apenas parcialmente convincente, pois, ao contrário do último grupo de casos, as discriminações estão relacionadas ao status e não ao comportamento, de modo que, pelo menos à primeira vista, não implicam em coação fundamental; além disso, questionamos se é possível falar de uma discriminação que não se esgota no interior do agressor, ou seja, externalizá-la de alguma forma. Mas penso que também aqui existe uma saída: há momentos em que o interno do autor também se torna perceptível para a vítima, nomeadamente quando nela surge o sentimento de ter sido escolhida porque o autor não a tolera ao seu lado como membro igualitário da comunidade jurídica. O homicídio significa um «suma daqui». A discriminação é, portanto, relevante para a dignidade humana, na medida em que o agressor e a vítima possam entendê-la como *expulsão*. Alguns, mas não todos os homicídios discriminatórios são, portanto, coações fundamentais de acordo com o padrão descrito acima.

Isso explica também por que nem todas as discriminações constituem violações da dignidade. A referência indiferenciada a uma discriminação tem o problema de confundir o nível individual, relacionado à vítima, com o nível coletivo, relacionado ao grupo⁴⁰. O homicídio é um ilícito para com a vítima, não para com o grupo ou seus membros. Se fosse diferente, um juiz negro,

³⁷ Sobre eles-e sobre a violação da dignidade humana que representam-GRECO, 2012, pp. 227 e ss. (242 e ss.); mesma conclusão, embora com base numa abordagem moralizante, BGH NStZ 2006, 284; NStZ 2018, 92; NStZ 2019, 206; NStZ 2020, 617 (nm. 10).

³⁸ A ideia é desenvolvida pela primeira vez em GRECO, 2012, pp. 248 e s.

³⁹ Por todos LACKNER/ KÜHL/ HEGER, 2023, § 240 núm. 1.

⁴⁰ Convincente em seu fundamental estudo, MONTENEGRO, JZ, 2023, pp. 549 e ss. (551 e ss.).

judeu ou mulher seria automaticamente considerado parcial em um caso correspondente cometido contra uma vítima pertencente ao mesmo grupo. O fato de o autor se elevar acima de sua vítima, de afirmar implicitamente que só ele tem o direito de continuar vivo, ocorre em todo homicídio, não apenas no assassinato. É precisamente por isso que a exigência recentemente em voga de punir especificamente os chamados *feminicídios* ou *femicídios* não é convincente⁴¹. Ainda que se apresente como progressista e hipster, esta exigência revela-se como uma reafirmação do pensamento pré-iluminista, que ainda não tinha descoberto a igualdade entre os seres humanos e, por isso, tinha de categorizar os homicídios de acordo com as classes de pessoas.

A *vingança de sangue*, portanto, contrariamente à jurisprudência⁴², não será, em regra, um assassinato; mesmo *os homicídios por motivos políticos* não têm de constituir, de forma quase que automática, casos de assassinato⁴³, a menos que se trate de *terrorismo*⁴⁴, em que se pode falar de uma afetação da dignidade. Mesmo uma *desproporcionalidade* flagrante não é, por si só, indicadora de homicídio⁴⁵.

Por fim, resta esclarecer como a exigente fundamentação esboçada poderia ser traduzida em lei. Com uma cláusula geral como, por exemplo, «se o autor do crime ainda viola a dignidade humana da vítima», tudo estaria dito; na prática, isso seria o único critério suficiente para legitimar a pena máxima. Se seria possível elaborar ainda mais a precisão da disposição, por exemplo, mencionando separadamente a crueldade ou torturas ou espetáculos e outros elementos, não posso aprofundar no seio dessa reflexão inicial. A cláusula geral aqui proposta tem a óbvia desvantagem de não reproduzir suficientemente a casuística aqui brevemente desenvolvida (e também oferece espaço para o uso da enganosa fórmula do objeto).

V. CONCLUSÃO

1. Para o assassinato, deve ser prevista a pena mais elevada existente no ordenamento jurídico. Esta deve ser uma pena privativa de liberdade temporá-

⁴¹ Abrangente e convincente MONTENEGRO, JZ, 2023, pp. 549 e ss.

⁴² Mais recentemente, ver decisão do BGH de 16 de abril de 2023, 6 StR 365/23, BeckRS 2024, 9844.

⁴³ E outras decisões judiciais mais recentes, BGH NSTZ 2019, 342 (nm. 12); NSTZ 2023, 159; negando o assassinato, anteriormente, BGH NSTZ 1993, 341 (342).

⁴⁴ Assim também a jurisprudência, BGH NJW 2004, 3051, 3054 –atentado à discoteca La Belle

⁴⁵ Estrangeiro. jurisprudência, por exemplo, BGH NSTZ-RR 2010, 175 –simplificadamente: disputa por uma vaga de estacionamento; BGH NSTZ 2012, 35: disputa sobre quantas Copas do Mundo a Itália havia vencido.

ria; se não se quiser renunciar à pena privativa de liberdade perpétua, esta não pode, em caso algum, ser imposta de forma obrigatória.

2. O acréscimo de um homicídio a uma violação de outro bem jurídico ainda não constitui um assassinato.

3. O modelo de privilégio não acrescenta nada, mas inverte de forma preocupante a relação entre regra e exceção.

4. Somente um homicídio que viole a dignidade da vítima deve ser considerado assassinato. Pois a violação da dignidade pode agravar a injusto da violação da vida.

5. Um homicídio viola a dignidade humana e configura assassinato, principalmente quando ocorre no âmbito de uma ação de tortura, numa execução pública, quando ocorre por razões de honra, perseguição religiosa, no contexto de um crime sexual ou por motivos de orientação sexual, em alguns dos chamados homicídios por separação e em alguns homicídios por outros motivos discriminatórios.

BIBLIOGRAFIA

ARZT, Günther: *Die Delikte gegen das Leben*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 83, 1971, pp. 1-38.

ENGISCH, Karl: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.^a ed. 1960.

ESER, Albin: *Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?*, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentags, vol. I, Gutachten D, 1980, p. 34 ss.

FREISLER, Roland: *Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches*, Deutsche Justiz 1941, pp. 929, 932 ss.

— *Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluß auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozeß und Strafvollzug*, em DJ 1935, p. 1247 ss.;

— *Das neue Strafrecht als nationalsozialistisches Bekenntnis*, em Das neue Strafrecht, 2. Aufl., Berlin, 1936, pp. 15 ss.

— *Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 55, 1936, p. 34 ss.

— *Der Heimweg des Rechts in die völkische Sittenordnung*, em Festschrift für Schlegelberger, 1936, pp. 28 ss.

FROMMEL: *Von der Strafrechtsreform zur „Rechtserneuerung“*, em Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP-Beiheft 18, 1983, pp. 45 ss.

GALLAS, Wilhelm: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 67, núm. 1, 1955, pp. 1-47.

GRECO, Luís: *Von den mala in se zur poena in se*, em Das Wirtschaftsstrafrecht, seine Grundlagen und seine Geschichte, 2018.

- Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, trad. Dropulich/Béguelin, 2015.
 - *Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los «viejos nazis»*, trad. M. Mínguez Rosique, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales vol. LXXVI, 2023.
 - *Que és tortura?*, trad. Carrión Díaz, em Reflexiones sobre el derecho penal, Lima, 2019, p. 119
 - *Asesinatos por honor en el derecho penal alemán*, em La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania, Zaragoza, 2012, pp. 227 e ss.
- GRÜNEWALD, Anette: Reform der Tötungsdelikte. Plädoyer für ein Privilegierungskonzept, Tubinga, 2016.
- HILGENDORF, Eric: *Instrumentalisierungsverbot und Ensembletheorie der Menschenwürde*, em Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion.: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, pp. 1653-1672.
- HIRSCH, Hans Joachim: *Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre*, em Festschrift für Harro Otto, 2007, pp. 307 ss.
- IGNOR, Alexander: *Stellungnahme zum Mordmerkmal der „Heimtücke«* em Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt, 2015, p. 74 e p. 515.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian/HEGER, Martin: Strafgesetzbuch StGB, 30.^a ed. 2023, § 240 nm. 1
- MONTENEGRO, Lucas: *Femicídio e Direito Penal*, Juristenzeitung, 2023, pp. 549 ss.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Estudios sobre el Delito de Asesinato, Montevideo/ Buenos Aires, 2014.
- ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 11.^a ed. 2022, pp. 631 ss. nm. 27
- Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 3.^a ed., 1997, § 13 nm. 37.
 - Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 4.^a ed., 2006, § 13 nm. 39
- ROXIN, Claus/GRECO, Luís: Direito Penal, Parte Geral, vol. I, 5.^a ed., 2024.
- SCHNEIDER, Hartmut: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 4: §§ 185-262, 4.^a ed. 2021, § 211 nm., pp. 149 ss.

6. ASESINATO PARA EVITAR QUE SE DESCUBRA EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL QUE ACABA DE COMETERSE: ¿CADENA PERPETUA?

MARTA PANTALEÓN DÍAZ
Doctora en Derecho, UAM
Abogada, Uría Menéndez

DIEGO SOBEJANO NIETO
Socio, Arias, S. L. P

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de diez años que los que suscribimos (por aquel entonces, estudiantes recién ennoviados) publicamos, bajo la tutela del Profesor Enrique Peñaranda, un trabajo titulado «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español»¹. Este artículo constituye, a nuestro juicio, una de las mejores muestras de la clase de maestro que es nuestro homenajeado, cuya «inestimable e incansable ayuda»² en su elaboración le agradecemos en una de las primeras notas.

Lo es porque defendíamos, en el trabajo en cuestión, una postura distinta de la del Profesor Peñaranda, que de hecho criticábamos abiertamente. Pero él no solo no nos lo impidió, sino que le dio al artículo toda la difusión humana-

¹ PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO, RJUAM, 2014.

² Énfasis añadido ahora que, con la perspectiva que da el tiempo y habiendo perdido (como padres que somos) el egoísmo de esa temprana juventud, nos damos cuenta de lo mucho que, en efecto, debimos cansarlo.

mente posible, citándonos en todos sus trabajos sobre el tema, hasta donde la cita resultaba forzada. Era, por supuesto, nuestro homenajeado quien, a la postre, tenía razón. Pero, en lugar de tratar de imponernos su visión de las cosas, nos dio todas las herramientas (bibliografía, ideas, argumentos) para defender la que entonces era la nuestra –equivocada, pero nuestra– y empezar con una voz propia nuestra carrera como juristas.

Doce años después, venimos, como se verá, fundamentalmente a rectificar, porque ¿qué mejor homenaje que devolverle al Profesor Peñaranda la razón que le quitamos, por error, en aquel artículo? Lo haremos, sin embargo, al hilo de un problema mucho más concreto: el de la posibilidad de castigar con la pena de prisión permanente revisable a quien mata a la víctima contra cuya libertad sexual acaba de atentar, con la finalidad de evitar que este delito se descubra. Esta restricción del objeto de estudio nos permitirá no solo ajustarnos al limitado espacio disponible, sino también continuar discutiendo con nuestro homenajeado sobre un supuesto de hecho para el que consideramos que su planteamiento no ofrece una respuesta absolutamente cerrada.

II. EL PROBLEMA

Por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se llevó a cabo, como es sabido, una profunda reforma del Código Penal, que afectó de manera particularmente intensa a la regulación del homicidio doloso y el asesinato. Resumiendo al máximo, donde antes había solo tres escalones de gravedad –diferenciados por la concurrencia de ninguna (homicidio), una (asesinato) o varias (asesinato agravado) de las tradicionales circunstancias del asesinato: alevosía, precio y ensañamiento– ahora pueden distinguirse hasta cinco niveles:

(i) El homicidio básico (artículo 138 del Código Penal), que sigue consistiendo, sencillamente, en la causación dolosa de la muerte de otra persona, castigado con la pena de prisión de diez a quince años.

(ii) El homicidio agravado (artículo 138.2), castigado con la pena de prisión de quince años y un día a veintidós años y medio, que se caracteriza por la concurrencia (alternativa) de una serie de circunstancias, entre ellas la de que el hecho sea *«subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima»* (artículo 140.1.2.^a).

(iii) El asesinato básico (artículo 139.1), para el que se prevé una pena de prisión de quince a veinticinco años y que ahora consiste en un homicidio

con alevosía, por precio, con ensañamiento o «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra» (artículo 139.1.4.^a).

(iv) El asesinato agravado (artículo 139.2), caracterizado por la concurrencia de más de una de las circunstancias que convierten el homicidio en asesinato, que se castiga con una pena de prisión de veinte a veinticinco años.

(v) El asesinato hiperagravado (artículo 140), castigado con la pena de prisión permanente revisable y que consiste en la causación dolosa de la muerte de otro cuando concurren alguna de las circunstancias que convierten el homicidio en asesinato y además alguna de las enumeradas en el precepto, entre las que se encuentra, de nuevo, la de que el hecho *sea* «subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima» (artículo 140.1.2.^a).

Resulta, sin embargo, que cuando se mata a una víctima después de cometer un delito contra la libertad sexual contra ella *suele ser*, precisamente, para evitar que ese delito se descubra a través de una denuncia de la víctima³. Surge, entonces, la siguiente pregunta: ¿puede castigarse, aun así, con cadena perpetua el asesinato para evitar que se descubra el delito contra la víctima que acaba de cometerse? ¿O hay que eliminar el efecto de una de las dos circunstancias para evitar incurrir en un intolerable *bis in idem*?

III. EL *LEADING CASE*

En muchas ocasiones, los tribunales pueden simplemente eludir este problema. Así ha sucedido, de hecho, en casi todos los casos de muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 que han sido enjuiciados en nuestro país, en los que la concurrencia adicional de otras circunstancias hacía innecesario pronunciarse sobre la posibilidad de acumular las agravantes aquí discutidas para imponer, en todo caso, la pena de prisión permanente revisable⁴. Ha habido, que

³ De hecho, hasta donde alcanzamos, en los únicos casos de la jurisprudencia en los que se ha apreciado la circunstancia del artículo 140.1.2.^a sin apreciar a la vez la del artículo 139.1.4.^a las víctimas son una mujer inconsciente en el momento de perpetrarse el delito contra la libertad sexual (sentencia del Tribunal Supremo 97/2020, de 5 de marzo); y niñas de cuatro y trece años, respectivamente (sentencias del Tribunal Supremo 180/2020, de 19 de mayo; y 765/2022, de 15 de septiembre). La primera no habría podido denunciar aunque hubiera querido y al menos la primera de las niñas lo habría hecho con una credibilidad muy limitada.

⁴ Sentencias del Tribunal Supremo 391/2020, de 15 de julio (alevosía y ensañamiento); 636/2020, de 26 de noviembre (alevosía); 650/2021, de 20 de julio (alevosía y víctima menor de dieciséis años); y 226/2024, de 7 de marzo (alevosía y víctima menor de dieciséis años); sentencia del Tribunal Superior

nos conste, una única ocasión en la que la pregunta objeto de este trabajo no ha podido ser esquivada por esta vía: la de la sentencia del Tribunal Supremo 418/2020, de 15 de julio.

Los hechos probados de la sentencia de 15 de julio de 2020 son fáciles de resumir: el acusado trató de violar a la víctima y, cuando vio que no podía lograr su propósito debido a la fuerte resistencia que esta oponía, decidió matarla para evitar que denunciara este hecho. El acusado fue condenado, en primera instancia, por un delito de asesinato hiperagravado (prisión permanente revisable) en concurso real con una tentativa de violación (ocho años de prisión). El asesinato se calificó inicialmente como alevoso, con ensañamiento, cometido con la finalidad de evitar que se descubriese la tentativa de violación y subsiguiente precisamente a este delito. Sin embargo, el ensañamiento decayó en apelación y, en casación, la alevosía corrió la misma suerte.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se vio pues ante la tesitura de decidir si podía, aun así, mantenerse la pena de prisión permanente revisable con base en la concurrencia de las dos circunstancias restantes: el móvil de autoencubrimiento y la comisión inmediatamente anterior de un delito contra la libertad sexual de la víctima. Una Sección integrada por cinco magistrados decidió que la acumulación de ambas era posible, por mayoría de tres contra dos. Los dos magistrados discrepantes, Don Antonio del Moral y Don Andrés Palomo, formularon un voto particular.

La sentencia mayoritaria y el voto particular tienen más de un aspecto en común. Comparten, en primer lugar, una misma postura sobre el sentido de convertir el homicidio en asesinato cuando se comete para evitar que se descubra otro delito, siguiendo la interpretación del artículo 139.1.4.^a defendida por la propia Sala Segunda en su sentencia 102/2018, de 1 de marzo. De acuerdo con esta última sentencia —relativa a un caso de asesinato para facilitar la comisión de un robo—, ambas motivaciones revelarían *«una intolerable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido»*. En palabras, ahora, de la sentencia de 15 de

de Justicia de Extremadura 40/2024, de 16 de septiembre (alevosía y ensañamiento); sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 30/2024, de 5 de diciembre (alevosía); y sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 290/2024, de 22 de noviembre (alevosía).

Convendría estar alerta, en cualquier caso, ante la posibilidad de que en esta clase de supuestos la elusión del *bis in idem* fuera más aparente que real, en la medida en que, por ejemplo, se apreciase la alevosía precisamente por la situación de indefensión en la que se encuentra la víctima como consecuencia de la violación que acaba de cometerse contra ella; o se considerasen ensañamiento los padecimientos causados a la víctima precisamente a través de la violación que se ha cometido antes de matarla. Sobre la posibilidad de aplicar estas circunstancias en esta clase de supuestos y, en su caso, acumularlas con la del artículo 140.1.2.^a habría, por supuesto, mucho que decir, pero hacerlo excedería los límites de este trabajo.

julio de 2020, la agravante *«puede encontrar su justificación en la insoportable banalización de la vida humana, de la propia existencia, que el autor del hecho convierte en una realidad prescindible cuando se trata de facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra el que ya se ha cometido»*⁵.

Un segundo elemento común a la sentencia y al voto particular es la dura crítica a la regulación vigente que ambas contienen. Incluso en opinión de la mayoría, que termina avalando la imposición de la pena de prisión permanente revisable, estaríamos en presencia *«de una defectuosa técnica legislativa, que manosea la prohibición del bis in idem, con una errónea delimitación de los tipos penales, en la medida en que si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo normal será que se busque evitar su descubrimiento, circunstancia que, por sí sola, ya convierte el homicidio en asesinato»*. Termina, no obstante, plegándose a la que considera la inequívoca voluntad del legislador; la decisión de política legislativa que subyace, en este punto, a la reforma de 2015: *«de todos aquellos asesinatos cualificados por haber servido como instrumento para facilitar u ocultar un delito precedente, el legislador ha estimado que si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la pena sea más severa»*.

Los magistrados discrepantes consideran, no obstante, que la aplicación acumulada de las dos circunstancias en cuestión *«erosiona el non bis in idem»*. Aunque conceden que, desde el punto de vista lógico-formal, las agravantes no tienen un ámbito de aplicación totalmente coincidente, argumentan que

«para dar solución al problema que nos ocupa es indispensable identificar el fundamento de cada una de las dos agravaciones y proyectarlo a la disciplina concursal: delito contra la libertad sexual seguido del homicidio de la víctima para evitar que el delito se descubra. Solo si encontramos una justificación autónoma para cada una de esas dos circunstancias cualificadoras (intención encubridora –que supone pasar del homicidio al asesinato– y el carácter subsiguiente a un delito sexual que el autor ha cometido sobre la víctima –que aboca a la pena de prisión permanente revisable–) estará legalmente habilitada la doble (triple en rigor) agravación».

Se declaran, acto seguido, incapaces de encontrar un fundamento para la segunda de las agravantes que no remita a la *«instrumentalización o devaluación del bien jurídico “vida” supeditándolo a intereses propios especialmente*

⁵ En la sentencia (no en el voto particular) se menciona sin embargo también una posible fundamentación basada en puras consideraciones preventivas: *«la necesidad de una protección reforzada de la vida como bien jurídico, en esas situaciones de especial peligro en las que el autor de un delito precedente está dispuesto a matar con tal de sortear el riesgo de ser descubierto, justifica la agravación. Se trata, por tanto, de castigar con mayor pena aquellos supuestos en los que la huida de la propia responsabilidad se persigue aun al precio de la muerte de otra persona»*.

reprobables» a la que responde precisamente la primera. Con base en esta identidad de fundamento, los magistrados concluyen que una y otra circunstancia son incompatibles. En consecuencia, sostienen que el hecho objeto del recurso admitía dos calificaciones alternativas: homicidio agravado (artículo 138.2.a) o asesinato básico (artículo 139.1), debiendo preferirse la segunda por tener asignada una pena máxima más elevada (artículo 8.4.^a).

Pero hay un tercer aspecto que tanto la sentencia como el voto comparten con *todas* las demás resoluciones en las que se ha aplicado la agravante del artículo 140.1.2.^a: no se discute ni por un momento que el delito contra la libertad sexual deba castigarse por separado, en concurso real con el homicidio o asesinato subsiguiente. Como explicaremos en el apartado siguiente, es precisamente esto lo que, a nuestro juicio, hace tan difícil dotar a esta circunstancia de un fundamento independiente de la finalidad de impedir que se descubra el delito antecedente: se da por hecho que este va a ser objeto de punición autónoma, cuando esto es, en realidad, lo primero que debería cuestionarse.

IV. EL FUNDAMENTO DE LAS AGRAVANTES

¿Es cierto que, como sostienen los magistrados firmantes del voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020, las dos circunstancias de las que aquí se trata tienen *el mismo fundamento*? En este apartado defenderemos que no. Y no se nos ocurre una forma más didáctica de explicarlo que referirnos a los dos grandes modelos a los que, de acuerdo con el Profesor Peñaranda, pueden responder las circunstancias que convierten el homicidio en asesinato⁶.

Según nuestro homenajeado, algunas de estas circunstancias, como la alevosía o el precio, no añaden nada en términos de desvalor (de injusto, si se quiere) a la propia producción de la muerte, sino que señalan situaciones o contextos de acción en los que este desvalor puede atribuirse por completo al autor; en los que este no puede, por así decirlo, distanciarse en absoluto del hecho a través de una disculpa aceptable⁷. El caso del ensañamiento es diferente, porque esta circunstancia sí «*supone la adición de un desvalor al que en sí constituye el desvalor propio del homicidio: un trato inhumano hacia la víctima diferente al que entraña la causación de su muerte*»⁸. Siguiendo al

⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2013, pp. 500-501; 2014, pp. 291-293; y 2024, núm. 7034.

⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2014 pp. 292-293; y 2024, nms. 7055, 7075-7077.

⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 291.

Profesor Dopico⁹, el Profesor Peñaranda configura así el asesinato con ensañamiento como un delito complejo: un concurso ideal entre homicidio y trato degradante (artículo 173), específicamente incriminado con una pena superior a la que resultaría de aplicar la regla del artículo 77.2¹⁰.

El asesinato para evitar que otro delito se descubra es muy difícil de fundamentar desde cualquiera de las perspectivas anteriores. No se entiende bien cómo la finalidad de encubrir un delito previo –que además será, normalmente, un delito propio o de un ser querido– puede ser indicativa de un contexto que permite atribuir plenamente al autor el desvalor que entraña la conducta de matar¹¹. Pero también resulta forzada una interpretación objetivista de la agravante, de acuerdo con la que el asesinato con esta finalidad lesionaría, además de la vida, la administración de justicia, configurándose como un delito complejo de homicidio con encubrimiento¹².

Aunque el Profesor Peñaranda siempre ha sido consciente de todas estas dificultades¹³, ha terminado encajando el asesinato para evitar que otro delito se descubra en el primero de sus dos modelos –junto con la alevosía, el precio y la intención de facilitar la comisión de otro delito–, por entender que la interpretación de la circunstancia en clave subjetiva es (con todos sus problemas) más plausible que la alternativa¹⁴. Esta es también la línea que, como hemos visto, ha seguido decididamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y aunque en nuestro trabajo de 2014 nosotros defendimos con algunas dudas lo contrario¹⁵, llevamos ya bastante tiempo convencidos de que nuestro homenajeado tenía razón: no hay manera de entender que lo que, haciendo abstracción del homicidio, serían normalmente actos de encubrimiento impunes, o en todo caso castigados con una pena inferior a la del delito encubierto, le añadan a la causación de la muerte un desvalor que justifique hasta diez años de prisión adicionales.

Es preferible, en definitiva, asumir que el legislador ha considerado (aunque sea erróneamente) que el encubrimiento de un delito anterior no es un móvil que permita distanciar en absoluto al autor del homicidio de su hecho; que esta no es, en otras palabras, una disculpa siquiera mínimamente atendible para la causación de la muerte de otro. Pero esta asunción debe combinarse, a

⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, RDPP, 2000, pp. 63-69.

¹⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2014, pp. 282-283, 291-292; y 2024, núm. 7087.

¹¹ PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO, RJUAM, 2014, pp. 232-233.

¹² PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO, RJUAM, 2014, pp. 231-232.

¹³ PEÑARANDA RAMOS, 2013, pp. 487, 496-499; 2016, pp. 1271-1273; 2017, p. 31; y 2024, núm. 7101.

¹⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2024, nms. 7034, 7104.

¹⁵ PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO, RJUAM, 2014, pp. 233-234. En la misma línea, CUENCA GARCÍA, CPC, 2016, pp. 143-145.

nuestro juicio, con la propuesta de nuestro homenajeado de llevar a cabo una interpretación restrictiva de la circunstancia que permita, al menos, excluir su aplicación en contextos en los que, pese a la concurrencia de la finalidad encubridora, la imputación plena del desvalor de la producción de la muerte a su autor no se encuentra justificada¹⁶.

El fundamento del castigo agravado del asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima es, a nuestro juicio, muy distinto. Si la regulación se examina sin prejuicios –en concreto, sin el prejuicio de que el delito antecedente *debe castigarse por separado*¹⁷– su encaje en el mismo modelo que la del ensañamiento parece evidente. Igual que el asesinato con ensañamiento es una modalidad agravada de concurso ideal entre homicidio y delito de trato degradante, el asesinato hiperagravado por haber sucedido a un delito contra la libertad sexual puede concebirse como una modalidad agravada de concurso real entre el asesinato y el delito antecedente. Como en el caso del ensañamiento, la razón del tratamiento agravado del concurso respondería al especial desvalor que reviste el causar a la víctima esta clase de padecimientos *precisamente en la antesala de su muerte*¹⁸. Y del mismo modo que a quien asesina con ensañamiento no se le castiga además por un delito de trato degradante (en concurso ideal), a quien se le agrava la pena del asesinato por haberlo perpetrado tras cometer un delito contra la libertad sexual no podría castigársele además por ese delito (en concurso real). De lo contrario se incurriría en *bis in idem*¹⁹.

La interpretación que proponemos no está, con todo, exenta de problemas. El más importante es, sin duda, su falta de encaje con la regulación del homicidio agravado por la concurrencia de la misma circunstancia. El asesinato hiperagravado por suceder a un delito contra la libertad sexual se castiga con prisión permanente revisable, una pena que (por definición) es *siempre* superior a la que resultaría de castigar por separado el asesinato y el delito contra la libertad sexual en cuestión, cualquiera que fuera este. Pero al homicidio agravado por el mismo motivo se le asigna una pena máxima de veintidós años y medio de prisión, duración que la suma de las penas correspondientes al homicidio básico y a la violación puede superar holgadamente. La única solu-

¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2024, núm. 7103.

¹⁷ Un prejuicio que, por cierto, nosotros mismos compartíamos en PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO, RJUAM, 2014, p. 235.

¹⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2014, p. 283.

¹⁹ Así lo ha defendido precisamente nuestro homenajeado, aunque solo en relación con el homicidio agravado y sin pronunciarse expresamente sobre el fundamento de la circunstancia (PEÑARANDA RAMOS, 2017, p. 23). *Vid.*, en el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO, CPC, 2015, pp. 24-25. Cf., no obstante, CUENCA GARCÍA, CPC, 2016, pp. 147-148; y FELIP I SABORIT, 2023, p. 38.

ción posible para castigar estos hechos con un mínimo de coherencia pasa, pues, por integrar el artículo 138.2.a con una suerte de cláusula implícita de alternatividad: cuando sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido contra la víctima, el homicidio se castigará con la pena de prisión de quince años y un día a veintidós años y medio, *salvo que* la pena que resultara se castigar los delitos por separado fuera superior, en cuyo caso se aplicará esta última²⁰.

Por lo demás, nuestra propuesta no alcanza a deshacer algunas de las perplejidades suscitadas por la configuración de esta agravante. No hay manera de explicar, desde esta perspectiva, por qué cualquier delito contra la libertad sexual antecedente al homicidio, con independencia de su gravedad, conduce a un incremento tan relevante de su pena. El marco penal cambia en la misma medida si lo que se ha cometido antes de matar es un tocamiento sorpresivo que si es la más brutal de las violaciones, lo que no parece razonable²¹. Nuestro razonamiento tampoco permite entender por qué solo tienen este efecto los delitos sexuales que preceden a la conducta homicida y no los que se cometen a través de esa misma conducta²², o con posterioridad, pero mientras la víctima aún vive²³. Se trata, sin embargo, a nuestro juicio, de dos defectos de técnica legislativa a los que ninguna interpretación posible de la circunstancia es capaz de dar sentido.

Recapitulando, las dos agravantes no castigan lo mismo. Una se refiere a un móvil: el de encubrimiento; la otra, a un hecho: la comisión anterior de un delito contra la libertad sexual de la víctima. Este hecho debe, lógicamente, ser abarcado por el dolo del autor, pero la circunstancia no requiere la concurrencia de finalidad ulterior alguna²⁴. Las agravantes tampoco tienen el mismo fundamento: una permite atribuir plenamente al autor la causación de la muerte, sin añadir desvalor a este hecho, y la otra le añade desvalor al homicidio; precisamente el correspondiente a la comisión anterior del delito contra la libertad sexual, que en esta medida no puede castigarse por separado.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020 se incurre, por tanto, en nuestra respetuosa opinión, en un *bis in idem*. Pero no es —o no es solo— el que se denuncia en el voto particular, sino el derivado de castigar por

²⁰ PEÑARANDA RAMOS, 2017, p. 23; y ALONSO ÁLAMO, CPC, 2015, pp. 24-25.

²¹ CUENCA GARCÍA, CPC, 2016, p. 146.

²² Como en los casos de las sentencias del Tribunal Supremo 427/2018, de 17 de octubre; y 776/2024, de 18 de septiembre; y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima) de 2 de julio de 2024 (rec. 31/2023).

²³ Denuncian esta incongruencia, entre otros, PEÑARANDA RAMOS, 2013, pp. 489, 505; 2016, p. 1279; 2017, p. 40; y 2024, núm. 7112; y ALONSO ÁLAMO, CPC, 2015, n. 25.

²⁴ Lo ha destacado, con razón, ALONSO ÁLAMO, CPC, 2015, pp. 26, 43.

separado (en concurso real) el asesinato hiperagravado y la tentativa de violación que fundamenta esa misma agravación. Si hay un *bis in idem* adicional por haber acumulado el efecto de las circunstancias de los artículos 139.1.4.^a y 140.1.2.^a ello no responde, contra lo que sostienen los magistrados disidentes, a una supuesta identidad de fundamento entre ambas²⁵.

V. ENTONCES, ¿SON COMPATIBLES?

Una vez que se despeja el castigo separado por el delito contra la libertad sexual y se descarta la identidad de fundamento entre las agravantes, ¿continúa siendo problemático (*de lege lata*) castigar con cadena perpetua el asesinato para evitar que se descubra el delito contra la libertad sexual que acaba de cometerse contra la víctima? ¿Qué relevancia tiene, a estos efectos, el que el autoencubrimiento sea, *de hecho*, el móvil más habitual de los homicidios que se cometen tras atentar contra la libertad sexual de las víctimas? La respuesta que nosotros daríamos a esta pregunta es: mucha, pero no unívoca.

El dato (fáctico) al que acabamos de referirnos permitiría, por un lado, entender que la finalidad de evitar que se descubra el delito precedente (artículo 139.1.4.^a) debería considerarse consumida (artículo 8.3.^a) en el delito complejo que integran ese delito y el homicidio (artículo 140.1.2.^a). Se trataría de aplicar a esta clase de supuestos una lógica concursal similar a la de los actos típicamente acompañantes, que opera aunque el precepto aplicado y el desplazado no tengan el mismo fundamento. La pena no podría agravarse con base en el móvil de autoencubrimiento por la misma razón que no se agrava con base en los daños causados a la ropa de la víctima: pese a que el delito de homicidio y el de daños protegen bienes jurídicos distintos, el hecho de que uno acompañe típicamente (habitualmente) al otro hace que el castigo por el primero capte de forma *suficiente* el desvalor global del hecho, aunque no lo haga de forma exhaustiva²⁶.

Esta idea, con la que parece simpatizar nuestro homenajeado²⁷, está muy presente en el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020, que sigue en este punto una línea muy similar a la que nosotros mismos defendíamos en nuestro artículo de 2014²⁸. Sin embargo, sus firman-

²⁵ Para autores como ALONSO ÁLAMO, CPC, 2015, pp. 27, 43-45, la constatación de que las circunstancias no tienen el mismo ámbito de aplicación ni el mismo fundamento sería definitiva para sostener su compatibilidad. Como veremos en el siguiente apartado del trabajo las cosas no son, a nuestro juicio, tan sencillas.

²⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, 2024, nms. 3257, 3288.

²⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2013, pp. 492, 505; 2016, pp. 1258-1259, 1278; 2017, n. 41; y 2024, núm. 7113.

²⁸ PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO, RJUAM, 2014, p. 235. La única diferencia es que entonces no recurríamos a la doctrina de los actos típicamente acompañantes, sino a la de los actos posteriores co-

tes yerran, en nuestra respetuosa opinión, al imbricarla con la tesis de la identidad de fundamento en la que terminan basando su conclusión de que la sentencia incurre en un *bis in idem*, pues como acabamos de explicar, el de los actos típicamente acompañantes es un caso de consunción *sin* identidad de fundamento. Además, los magistrados disidentes no terminan de llevar este razonamiento a sus últimas consecuencias: si el móvil de encubrimiento se entiende consumido en el componente sexual del hecho, entonces la única calificación posible es la de homicidio agravado (artículo 138.2.a), como proponíamos en nuestro artículo. La regla de alternatividad a la que se recurre en el voto particular para defender el castigo del hecho como asesinato (básico) solo opera –como resulta del tenor literal del artículo 8.4.^a– *en defecto* del criterio de consunción (artículo 8.3.^a)²⁹.

La habitualidad con la que, en la práctica, los homicidios subsiguientes a delitos contra la libertad sexual se cometen precisamente para evitar que se descubran esos delitos puede operar, así pues, como argumento *en contra* de la compatibilidad entre ambas circunstancias; en contra, en definitiva, de la aplicación de la pena de prisión permanente revisable en la clase de supuestos que estamos analizando. Sin embargo, consideramos que también puede operar –y quizás sea más razonable pensar que opera– como argumento *a favor*. Y es que es esa misma habitualidad la que debería llevarnos a concluir que este era precisamente el tipo de supuestos *en los que pensó el legislador* al introducir estas agravantes, cuyo juego combinado *quiso* que condujera a la imposición de la cadena perpetua.

Merece la pena recordar, en este punto, la reflexión del Profesor Mañalich de acuerdo con la que

«el principio ne bis in idem representa un estándar vinculante para el adjudicador, pero no sin más, al menos directamente, para el legislador. [...] Es crucial reparar aquí en que la prohibición no se ve quebrantada, por lo mismo, si el re-

penados. Como los magistrados firmantes del voto particular, partíamos de la base (errónea, como ya hemos explicado) de que el delito contra la libertad sexual precedente debía castigarse de forma separada, de manera que nos resultaba más sencillo concebir la finalidad de autoencubrimiento como un móvil posterior co-penado del delito contra la libertad sexual que como un móvil típicamente acompañante a un delito complejo integrado por este y por el homicidio. La relevancia de la distinción es, en cualquier caso, puramente teórica.

²⁹ Autoras como ALONSO ÁLAMO, CPC, 2015, p. 27; y CUENCA GARCÍA, CPC, 2016, p. 149 defienden la postura contraria apelando a la relación de especialidad existente entre el homicidio y el asesinato, que determinaría que este siempre desplazara a aquel con base en el criterio del artículo 8.1.^a Pero la relación entre el homicidio *básico* y el asesinato –que, efectivamente, es de especialidad en sentido lógico-formal– no es la misma que existe entre el homicidio *agravado* y el asesinato. Se trata, en este caso, de dos tipos cualificados del mismo tipo básico entre los que ninguno contiene *todos* los elementos del otro, por lo que la aplicación del artículo 8.1.^a sencillamente no procede.

conocimiento de un auténtico concurso de delitos expresa adecuadamente, y de conformidad con la representación legislativa, la magnitud de desvalor correspondiente al hecho o a los hechos imputables a una determinada persona. [...] Por ello, si hay base suficiente para atribuir al legislador la sobrevaloración de una misma propiedad de un determinado hecho, entonces esa sobrevaloración no es prima facie interpretable como redundancia, sino como énfasis en su valoración negativa³⁰».

Supongamos que, en lugar de estructurar en dos niveles el sistema de determinación de la pena en los casos que son objeto de este trabajo (primero de homicidio a asesinato, luego de asesinato a asesinato hiperagravado), el legislador se hubiera limitado a introducir en el Código Penal el siguiente precepto: *«el que matare a otro para evitar que se descubra un delito contra la libertad sexual que acaba de cometer contra esa misma persona será castigado con la pena de prisión permanente revisable»*. ¿Podría algún juez negarse a aplicarlo aduciendo que socava la prohibición de *bis in idem*? Pues bien, si se admite que con la regulación vigente el legislador pretendía conseguir *exactamente lo mismo* que con este precepto hipotético –y creemos que hay poco margen para discutirlo–, parece que las diferencias formales, de pura técnica legislativa, entre uno y otra no deberían ser las que marcaran la diferencia.

Se puede, en definitiva, criticar todo lo que se quiera la decisión del legislador de castigar tan severamente esta clase de supuestos y las consecuencias desproporcionadas a las que conduce. Se puede, incluso, cuestionar su constitucionalidad. Pero tomarse en serio esta decisión de política legislativa, aplicarla, no equivale a llevar a cabo lo que en el voto particular se califica como *«un examen aislado, descontextualizado y literalista de la norma modificada»*. Implica, más bien, poner la finalidad (cuestionable, pero inequívoca) de la regulación por encima del dato (este sí, puramente formal y literal) de que se vertebre a través de dos agravantes o de una sola.

Esto es, ni más ni menos, lo que a nuestro juicio subyace a la postura que finalmente se impuso en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020. Pensamos que puede que se impusiera con buen criterio. Y finalizamos con este «quizás» porque conclusiones más firmes solo tendremos cuando hayamos podido discutir sobre este tema con nuestro homenajeado, al que hemos querido guardarle la sorpresa. Por suerte, lo tendremos cerca muchos años más, para estos efectos y otros más importantes.

³⁰ MAÑALICH RAFFO, REJ, 2011, p. 143.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 117, 2015, pp. 5-49.
- CUENCA GARCÍA, María José: *Problemas interpretativos y de “non bis in idem” suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 118, 2016, pp. 115-149.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995*, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2000, núm. 4, pp. 61-91.
- FELIP I SABORIT, David: *El homicidio y sus formas*, en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (9.^a ed.), Barcelona, 2023, pp. 31-60.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno*, Revista de Estudios de la Justicia, núm. 15, 2011, pp. 139-169.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Concursos de leyes y de delitos*, en Memento Penal 2025, Madrid, 2024, nms. 3250-3335.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta y Sobejano Nieto, Diego: *El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: La propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 29, 2014-I, pp. 213-237.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Delito de asesinato: artículos 139, 140 y 140 bis CP*, en Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Valencia, 2013, pp. 485-509.
- *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo, 2014.
- *Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código Penal*, en Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo, Madrid, 2016, pp. 1257-1281.
- *Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2025 de reforma del Código Penal*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 13, 2017, pp. 13-45.
- *Asesinato*, en Memento Penal 2025, Madrid, 2024, nms. 7025-7126.

7. A VUELTAS CON LA ALEVOSÍA EN ATAQUES SOBRE NIÑOS DESDE LA APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCERO

LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

La trayectoria profesional del profesor Peñaranda, construida sobre la excelencia dogmática de su obra y la capacidad didáctica de sus lecciones —cualidades que definen al verdadero maestro—, es razón más que bastante para que accediese yo de inmediato a participar con esta modesta contribución en el libro que se edita en su merecido homenaje. Pero hay, además, otras razones. Sobreabundantes aquí, como digo, aunque para mí inolvidables. Muchos saben de qué se trata. Lo sabemos, sobre todo, Enrique y yo. Muchas gracias.

De entre las numerosas aportaciones del profesor Peñaranda quiero poner aquí el foco en la naturaleza, alevosa o no, del ataque sobre menores (por extensión, sobre personas estructuralmente incapaces para su propia defensa). En la tradición jurisprudencial, como es sabido, se venían (y aún se vienen) residenciando esta clase de acciones en la denominada alevosía por prevalimiento. Últimamente, la sentencia del Tribunal Supremo, dictada por el Pleno, número 585/2022, de 14 de junio, resolvió, por amplia mayoría, respaldar esa posición, que ha sido expresada también, en lógica coherencia con lo resuelto, en otras varias resoluciones posteriores. En síntesis, se razona que, partiendo de la natural ausencia en los niños de toda sustancial capacidad defensiva, cualquier ataque que se proyectara sobre ellos, forzosamente habría de tenerse por alevoso, sin necesidad de que el autor se entretuviera en escoger aquellos medios, modos o formas que tendieran directa o especialmente a asegurar la

ejecución, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de una eventual defensa –que, tratándose de niños, se antoja imposible por naturaleza– del ofendido. Esta consideración es sólidamente cuestionada en varios de sus trabajos por el profesor Peñaranda. En esa misma línea crítica se han expresado también otras voces, hasta formar, creo, amplia mayoría doctrinal.

A mi parecer, en el fondo del argumento jurisprudencial referido late la idea de que lo especialmente reprochable en esos casos de ataques sobre niños (y en otros: ancianos debilitados, enfermos graves, etc.) no es tanto la selección de unos medios, modos o formas imbatibles para el agredido, causantes de la indefensión que a este se impone; sino que el juicio de reforzado reproche trae causa aquí de la particular protección que el derecho penal dispensa a quien nada puede hacer para protegerse a sí mismo, con independencia del método ofensivo escogido por su agresor. En algún caso, ha pretendido sostenerse que la aplicación de la alevosía en estos supuestos, ya que no es consecuencia de la selección por el autor de determinados medios, modos o formas orientados a asegurar la ejecución y a evitar cualquier defensa que pudiera proceder del ofendido, debe encontrarse en la selección por aquél de su víctima, escogiéndola, precisamente, por su estructural condición indefensa. No niego que así pueda ser en algún caso (entre las varias posibles víctimas consideradas en el plan del autor se escoge deliberadamente a la más débil), pero es argumento, me parece, incapaz de sustentar el fundamento de la aplicación de la alevosía con carácter general cuando de ataques a niños se trata.

A mi juicio, sin embargo, esta no es la cuestión, no debe ser la cuestión. Cierto que el ataque sobre quien se halla estructuralmente indefenso puede considerarse más reprochable que aquel otro que se proyecta sobre quien conserva (una cierta) capacidad de defensa (eficaz). Sin embargo, parece claro que este reproche puede ser articulado normativamente de muy diversos modos. En nuestro caso, el artículo 138.2 a) del Código Penal agrava la pena abstracta del homicidio cuando, entre otras circunstancias, la víctima fuera menor de dieciséis años (o se tratare de persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad). Para tales supuestos se reserva una pena que discurre entre los quince años (y un día) de prisión hasta los veintidós años y seis meses.

Lo cierto es que la incorporación a nuestro texto penal del referido precepto, coexistiendo con la mencionada doctrina jurisprudencial, en la que se ha decidido insistir recientemente, y con las previsiones también incorporadas en el artículo 140 del Código Penal –que sanciona con prisión permanente revisable el asesinato de los menores de dieciséis años–, no contribuye, precisamente, a esclarecer el panorama. En primer lugar, porque si el ataque a un

menor, estructuralmente indefenso (sea cual fuere la edad en la que quede fijada esa condición) resulta, conforme a la jurisprudencia, alevoso, y cualifica, por eso, la conducta como asesinato cuando se trate de una muerte dolosamente causada, la condición de la víctima menor de dieciséis años habrá de conducirnos mecánicamente, por lo menos las más de las veces y en una suerte de siniestro ascensor, hasta la pena de prisión permanente revisable¹. Así, por ejemplo, no son ya infrecuentes los supuestos en los que el Tribunal se ha visto compelido a promover el indulto parcial de la madre que, recién producido el alumbramiento, da muerte al hijo que acaba de nacer, conducta a la que únicamente podría asociarse, conforme a la doctrina referida, la más grave de las penas contempladas en nuestro ordenamiento jurídico².

Todo lo anterior, lógicamente, salvo que se entienda, como creo que habría de entenderse, que la doble valoración peyorativa de la menor edad de la víctima pudiera resultar vulneradora de la prohibición de *bis in idem*. Si se parte de aceptar la alevosía por prevalimiento en los términos tradicionalmente considerados, al menos no debería resultar de aplicación el artículo 140.1.1.^a del Código Penal (correspondiendo entonces aplicar la pena asociada al delito de asesinato, es decir, entre quince y veinticinco años de prisión), a los efectos de no valorar de modo perjudicial en dos ocasiones la circunstancia única de la incapacidad estructural de la víctima para ejercer su propia defensa.

Si, por el contrario, se considera, como creo más apropiado, que la sola circunstancia de que la víctima sea un menor de edad no determina necesariamente la consideración del ataque como alevoso, lo procedente resultaría, atendiendo al mayor desvalor que el legislador ha resuelto asociar a la menor edad de la víctima (por debajo de los dieciséis años), aplicar las disposiciones contenidas en el artículo 138.2. a) (pena abstracta de entre quince años y un día a veintidós años y seis meses de prisión). En este mismo sentido, por ejemplo, Alonso Álamó sostiene que: «la afirmación de que la muerte de un niño es siempre alevosa no por repetida y reiterada en el tiempo deja de poder ser considerada como el resultado de una interpretación que va más allá de la ley, incluso de lo que pudiera ser razonable en el marco de una interpretación extensiva»³. Igualmente, Garrocho Salcedo señala: «en los supuestos de desvalimiento existencial (bebés, niños, ancianos, etc.) el autor no emplea en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar-

¹ Sobre el estrecho vínculo entre la concurrencia de alevosía en los delitos contra la vida y la aplicación de la prisión permanente revisable, véase CORRAL MARAVER, 2024, pp. 25-26 y 39.

² Alertaba ya del riesgo de llegar al punto de castigar la antigua figura del infanticidio con prisión permanente revisable como consecuencia de esta doctrina, PEÑARANDA RAMOS, 2024, pp. 867 y 880 (nnmm. 7065 y 7110).

³ ALONSO ÁLAMO, RECPC, 2023, p. 5.

la, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, puesto que las personas constitucionalmente indefensas no suelen ser capaces de desplegar ninguna posible defensa de su parte en la mayoría de los supuestos»⁴. También Peñaranda Ramos tiene dicho al respecto: «tampoco se debe pasar por alto que la construcción judicial de la llamada “alevosía de desvalimiento”, por muy asentada que esté en la jurisprudencia española, no deja de suscitar graves dificultades de fundamentación, especialmente en lo que se refiere a su compatibilidad con la definición auténtica de la alevosía en nuestro Derecho y, por tanto, con la vigencia del principio de legalidad»⁵.

Como ya he señalado, el problema fue abordado, nuevamente y de manera singular, por la sentencia de Pleno número 585/2022, de 14 de junio, tomado en cuenta que esta cuestión no siempre venía siendo resuelta en un mismo y unívoco sentido por los distintos órganos jurisdiccionales. El Tribunal Supremo consideró, sin embargo, en línea con otras resoluciones anteriores (STS número 701/2020, de 16 de diciembre) y orientando el criterio seguido en otras posteriores (STS número 670/2025, de 10 de julio), plenamente compatible la aplicación, en estos casos, de la alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, dando lugar así, de manera indefectible, a la imposición en esos casos de una pena de prisión permanente revisable. Se argumenta en la referida sentencia, en síntesis, que existe entre la aplicación de la alevosía, que determina la existencia de un delito de asesinato, y el que sustenta la aplicación del artículo 140.1.1.^a, un doble y diverso fundamento: el primero descansa en la condición intrínsecamente indefensa de las víctimas; mientras que el segundo, anclado en consideraciones de política criminal, tiene su base en el mayor reproche que objetivamente merece el ataque sobre personas que el legislador ha considerado objetivamente merecedoras de una mayor protección (¿por su estructural imposibilidad defensiva?).

Ya en su momento dejé expresada mi personal discrepancia con ese punto de vista. No me propongo insistir aquí en ello. Por lo menos, no más de lo indispensable. Sí quisiera, sin embargo, recordar brevemente el relato de los hechos que se consideraron probados, a modo de ejemplo, en la sentencia número 670/2025, de 10 de julio —una de las más modernas, al tiempo de redactar estas páginas, que se han pronunciado, en la línea referida, sobre la cuestión—. Se trataba entonces de una acusada que dio a luz a una niña viva, tras ocho o nueve meses de gestación. Su madre le provocó la muerte de forma dolosa y

⁴ GARROCHO SALCEDO, RECPC, 2024, pp. 3-4. La citada autora propone, en cualquier caso, una reforma legislativa para ensanchar el concepto de alevosía y poder comprender así sin dificultad en él los supuestos de ataques a menores indefensos (pp. 4-5).

⁵ PEÑARANDA RAMOS, CDF, 2015, p. 8.

por estrangulación ese mismo día. Y enterró después el cuerpo de la víctima a la puerta de su vivienda. Se asegura en el relato de hechos probados que la acusada aprovechó «que la bebé no podía defenderse debido a su condición de recién nacida». La autora fue condenada a la pena de prisión permanente revisable, sanción que fue confirmada por el Tribunal Supremo.

El problema sobre el que ahora me gustaría discurrir es el siguiente: supongamos que la muerte se hubiera producido –nada ilustra al respecto el relato de hechos probados– en un centro hospitalario. Y supongamos que, como no es infrecuente, la menor hubiera sido conducida por el personal facultativo a una habitación distinta de la de la madre, vigilada por cámaras de seguridad y en cuya puerta de acceso se encontrara desempeñando sus funciones un vigilante de seguridad. La madre, con el propósito de causar la muerte a su hija, se habría desplazado hasta la habitación próxima, donde se hallaba la niña, confiando en que podría deshacerse del vigilante, o sin siquiera pensar en ello, y convencida de que, aunque fuera captada por las cámaras de seguridad (o desconociendo, incluso, su existencia), podría cumplir su fatal objetivo.

Considero que, en las circunstancias descritas, con un vigilante de seguridad (pongamos: fuertemente armado) en la puerta de la habitación y hallándose la víctima supervisada por cámaras (sin contar con la posible presencia en los pasillos de personal del centro hospitalario), mal podría sostenerse, con razón, que la menor se encontraba en ese momento indefensa, por mucho que no fuera personalmente capaz de protegerse a sí misma con eficacia. ¿Continuaría, en este caso –siendo bien posible la defensa eficaz de terceros– tratándose de un ataque alevoso?

El profesor Peñaranda ha llegado a proponer que, al menos, en estos supuestos –posibilidad efectiva de defensa de terceros– quede excluida la alevosía, aunque no deja de admitir que esta tesis no resulta, en sus literales términos, fácilmente compatible con la definición que de aquella circunstancia agravante realiza el artículo 22.1 del Código Penal⁶: medios, modos o formas...sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa *por parte del ofendido*.

Puede compartirse sin dificultad que hasta alcanzada por el menor una determinada edad –sobre cuya concreta determinación sí podría haber cierta controversia– presenta el niño una estructural incapacidad para articular cualquier defensa eficaz. Pero tampoco parece fácil negar que en aquellos casos en los que el menor se encuentre protegido por una persona adulta (o por varias) esa inicial indefensión no resulta necesariamente determinante a la hora de facilitar la co-

⁶ Aunque, sin duda, le he escuchado tal propuesta en alguna ocasión y juraría habérsela también leído, no he sido capaz de encontrar exactamente dónde fue.

misión del delito. Es así fácilmente concebible que un menor de edad, incluso un recién nacido, pueda hallarse circunstancialmente más protegido que un adulto frente al posible ataque de un tercero. Esta protección, sin embargo, no oscurece la idea de que el legislador sea libre de considerar que, en términos objetivos, la muerte de un menor (menor de dieciséis años, en el caso español), se encontrara protegido o no, resulta objetivamente más grave que la de un adulto, más reprochable, por eso, la conducta del agresor, y merecedor éste, en último término, de una pena mayor (artículo 138.2 a) del Código Penal).

Parece claro al respecto que esta interpretación excluyente de la indefensión, y en consecuencia de la alevosía, con relación a personas protegidas por un tercero, por más que extravase los límites textuales de la configuración normativa de la agravante, viene siendo aplicada, acaso inadvertidamente, por los Tribunales, cuando se trata de ataques proyectados sobre personas adultas y potencialmente capaces de defenderse a sí mismas. Así, por ejemplo, quien proyecta un ataque sobre una persona escoltada, por muy distraída que pudiera encontrarse la víctima personalmente, en condiciones tales que el ataque no resulte sorpresivo para sus protectores, no estará cometiendo un delito alevoso. Se entendería entonces, seguramente, que el agresor no habría elegido (en atención a la presencia de los escoltas) medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar la ejecución, evitando cualquier defensa que pudiera proceder del ofendido. Tanto significa eso como aceptar que esa potencial defensa no necesariamente habría de tener su origen en la disposición personal del agredido, sino que podría también generarse desde su círculo externo de protección. En este sentido, no faltan propuestas doctrinales que, en el ámbito de la *lege ferenda*, sostienen la conveniencia de una reconfiguración de la agravante de alevosía orientada a restringir su aplicación. Así, por ejemplo, Mateos Bustamante propone considerar la existencia de alevosía con relación a aquellas conductas en las que el culpable empleara en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido *o de terceros*⁷.

El problema se concreta ahora en determinar si el menor (suficientemente) protegido que resulta, sin embargo, objeto de un ataque mortal, seguiría determinando, en la tesis que se ha impuesto en el Tribunal Supremo, la calificación de los hechos como constitutiva de un delito de asesinato (alevosía), agravado por la condición de la víctima. En principio, parece claro que, al menos aquí, la aplicación de la llamada alevosía por desvalimiento carecería de toda razón de ser. La objetiva condición estructural de la víctima menor

⁷ MATEOS BUSTAMANTE, 2021, pp. 175-180, 329-331 y 338.

como un ser incapaz de protegerse a sí mismo quedará gradualmente desdibujada conforme aumenten las esferas de protección interpuestas. Si el ataque al protector (o protectores) pudiera reputarse, en sí mismo y en atención a los medios, modos o formas empleados por el autor, como alevoso, ¿recobraría entonces naturaleza alevosa la muerte del menor? ¿y si el ataque a los protectores no fuera alevoso, lo seguiría siendo la muerte del menor solo en atención a su personal incapacidad defensiva?

A tenor de lo previsto en el artículo 22.1.º del Código Penal, como ya se ha observado, el riesgo para su persona que el autor del delito alevoso trata de conjurar, desplegando determinados medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, es literalmente tan solo el que pudiera proceder de la defensa *«por parte del ofendido»*. Y así, no siendo concebible defensa alguna procedente del propio menor, se encontrara éste o no protegido por terceros al tiempo de producirse el ataque, es posible —no me consta que el Tribunal Supremo se haya pronunciado expresamente al respecto— que la jurisprudencia, desdeñando la posible defensa de terceros, persistiera en la calificación como alevosa de dicha conducta. Tampoco descarto, sin embargo, que la presencia del protector (o protectores) que pudieran bloquear el ataque, condujera al Tribunal a estimar que, por excepción, no concurriría aquí una verdadera situación de desvalimiento.

En todo caso, de considerarse que tampoco la presencia de terceras personas, en condiciones aptas para proteger al niño atacado, serviría para eludir la calificación como alevosa de la agresión, resultaría que, para el supuesto de resultar eficaz la defensa efectivamente ejercida por el tercero, convivirían sin dificultad la absolución de éste de los posibles ilícitos que pudiera haber cometido, —al actuar en legítima defensa de tercero—, con la condena del agresor por un delito de asesinato, en grado de tentativa. Y esa calificación, la de asesinato, resultaría de la incapacidad estructural del menor para defenderse a sí mismo, por más que verdaderamente no se hallara indefenso ni en abstracto ni en concreto, ni ex ante, ni ex post, hasta el extremo de que, en hipótesis, su agresor podría haber resultado muerto o mal herido como consecuencia de la defensa ejercida por el tercero.

En ese caso, ¿cuál sería el fundamento material justificante de la aplicación de la alevosía? ¿Por qué habría de considerarse más reprochable el ataque intentado a un niño, ataque que frustra oportunamente su protector, que el que se proyecta sobre quien, capaz de defenderse a sí mismo, logra repeler la agresión? ¿Sería únicamente debido a que el niño presentaba una incapacidad estructural para ejercer su propia defensa, cuando ni ex ante ni ex post, ni en abstracto ni en concreto, esa defensa resultaba precisa en el caso? ¿Tal vez, el desnudo fundamento de la aplicación de la alevosía en tales supuestos no resultaría ser otro que

el de la objetiva condición de la víctima que, por alguna razón, se considera especialmente digna de una protección penal reforzada, más allá de sus efectivas posibilidades defensivas «situacionales» y más allá también de las maniobras o selecciones que pudiera haber realizado su agresor para asegurar la ejecución sin riesgo propio? Y, si así fuera, ¿no es ese mismo el fundamento que determina la aplicación del artículo 138.2. a) del Código Penal, siendo imposible escapar en este caso de la prohibición derivada del *bis in idem*? ¿No tiene dicho, además, el Tribunal Supremo que el elemento o aspecto subjetivo de la alevosía requiere que el dolo del autor sea proyectado tanto en la utilización de los medios, modos o formas empleados por él como en la tendencia a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido? ¿O es acaso que, como subraya por ejemplo Devís Matamoros, en los supuestos de ataques a personas estructuralmente desvalidas, se conforma una excepción al prescindirse del elemento subjetivo de la alevosía que requiere la tendencia del autor de querer interponer un medio, modo o forma que asegure la lesión al bien jurídico?⁸.

A mi juicio, la bien orientada propuesta del profesor Peñaranda destinada a excluir, cuando menos, la aplicación de la alevosía en aquellos supuestos en los que el menor atacado se encuentra en condiciones de ser protegido por un tercero, no solo resulta útil, en sí misma, para evitar los más llamativos excesos en la aplicación de la mencionada circunstancia agravante. También permite desvelar que cuando dicha posible protección de terceros no resultara identificable, el fundamento de la agravación se desvincula también por entero de la conducta del autor que, ante la evidente incapacidad de la víctima para desplegar, en cualquier circunstancia, una defensa mínimamente eficaz, ningún medio, modo o forma debe escoger para asegurar la ejecución, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la proclamadamente imposible defensa del ofendido. Así, en estos casos, la circunstancia agravante de alevosía prescinde completamente de la contradictoriamente sostenida naturaleza mixta para sustentarse de forma exclusiva en consideraciones de naturaleza objetiva. Son solo las características propias del agredido (su incapacidad estructural para la propia defensa) las que determinan su aplicación, prescindiendo absolutamente de la concreta conducta del autor, de los medios, modos o formas que seleccione para la ejecución del delito. Fundamento ese que, por otro lado, considero indistinguible del contemplado por el artículo 138.2. a) del Código Penal. ¿Qué otro elemento en común, además, distinto de su estructural limitación o incapacidad para la propia defensa, podría hallarse entre los menores de dieciséis años u otras personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad?

⁸ DEVÍS MATAMOROS, LLP, 2023, p. 4. En sentido parecido, también ALONSO ÁLAMO, RECPC, 2023, pp. 3-5.

Termino señalando que, en mi opinión, la circunstancia agravante de alevosía no se construye con el propósito ni tiene por finalidad dotar de especial protección a determinada clase de personas, estructuralmente incapaces para protegerse a sí mismas. Esta finalidad, que desde luego resulta legítima, (por más que el universo de casos a los que devenga aplicable pueda ser también discutido) puede ser perseguida y alcanzada por otros procedimientos normativos (claro ejemplo de ello el artículo 138.2. a). Considero, sin embargo, desacertado que, forzando los naturales límites de la norma, se haga uso también de instituciones distintas, en el caso de la agravante de alevosía, para hipertrofiar hasta el límite posible (la prisión permanente revisable) una protección que el legislador situó en un límite razonablemente inferior, aunque no insignificante: la pena abstracta contemplada en el artículo 138 resulta solo ligeramente inferior (idéntica en su límite mínimo) a la contemplada para el delito de asesinato.

A mi juicio, precisamente la inexistencia de un precepto como el que proporciona, tras la reforma de la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 138.2. a) del Código Penal, condujo a la jurisprudencia, de un modo tan voluntarioso como comprensible, a «encajar» entre los alevosos aquellos ataques que se proyectaban sobre personas estructuralmente incapaces de articular su propia defensa. Esta incapacidad autorizaba, conforme entendió nuestro Tribunal Supremo, a dispensar una mayor protección penal en tales casos, equiparándolos a aquellos otros en los que la imposibilidad defensiva (alevosía por prevalimiento) traía causa de la posición circunstancial de la víctima, inhábil en ese preciso momento para articular cualquier defensa eficaz (durmientes, intoxicados gravemente, etc.). Sin embargo, mientras que en estos últimos casos la concreta situación de indefensión podía ser buscada por el agresor, escogiendo la forma o el modo de ataque hasta hacerlo coincidir con aquella posición circunstancialmente vulnerable, aguardando precisamente el momento en el que aquella se produjera o aprovechando su presentación (esperando, por ejemplo, a que la víctima se durmiese o a que siguiera bebiendo hasta alcanzar una completa embriaguez), lo que permitía sostener sin dificultad la existencia de un elemento subjetivo conformador de la alevosía; en los primeros, precisamente la incapacidad estructural de la víctima, dejando al margen la defensa que pudiera proporcionarle un tercero, torna inútil cualquier decisión al respecto del agresor, cualquier aspecto subjetivo de su conducta relacionado con las posibilidades defensivas de la víctima, ventaja a la que ni siquiera puede renunciar, una vez resuelto llevar a término el ataque contra esa concreta persona.

La incorporación a nuestro ordenamiento del tan referido artículo 138.2 a) debió haber impulsado, a mi juicio, un irrevocable regreso al punto de par-

tida, restituyendo el maltrecho contenido subjetivo de la circunstancia agravante de alevosía. Así lo sugería ya Peñaranda Ramos, hace diez años, cuando señalaba: «la introducción de la nueva modalidad agravada del homicidio por ser la víctima menor de dieciséis años de edad o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad puede dar ocasión para que la Sala Segunda del Tribunal Supremo revise la compatibilidad de una interpretación semejante con el tenor literal de la ley y, en particular, la oportunidad de seguir equiparando la selección de los medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, con la selección de una víctima que garantice una ejecución sin riesgo o incluso con la ejecución del hecho sobre una víctima cuya posibilidad de defensa esté de antemano excluida dado su “estado o condición”, sin que se pueda decir con propiedad que se haya producido “selección” alguna»⁹. También Cuenca García dejó señalado que la nueva previsión contenida en el artículo 138.2 a) del Código Penal, para configurar un supuesto específicamente agravado de homicidio hacía directamente insostenible aquella jurisprudencia¹⁰. En el mismo sentido se han pronunciado Muñoz Conde y Alonso Álamó¹¹.

Esa esperada reconsideración jurisprudencial, sin embargo, no ha tenido lugar, aunque confío en que la cuestión pueda ser retomada en un futuro no lejano por nuestro Tribunal Supremo. Y no solo. Además, el devastador efecto que, tras la reforma citada, resulta de la aplicación (pretendidamente compatible) de lo dispuesto desde entonces en el artículo 140.1.1.^a del Código Penal, ha contribuido a exacerbar una respuesta penal que, a mi parecer, estaba ya exacerbada, exagerando lo ya exagerado, hasta llevar la sanción en estos casos a su límite máximo: la prisión permanente revisable. Desaparecida de nuestro ordenamiento, felizmente, la pena de muerte, cerraré con un motivo para la esperanza: peor, imposible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la L. O. 1/2015*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 117, 2015, pp. 5-50.
- *¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial. A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 25, 2023, pp. 1-13.

⁹ PEÑARANDA RAMOS, CDF, 2015, p. 9.

¹⁰ CUENCA GARCÍA, CPC, 2016, p. 133.

¹¹ MUÑOZ CONDE, 2015, pp. 30 y 39; ALONSO ÁLAMO, CPC, 2015, pp. 20-21, y RECPC, 2023, p. 7.

- CORRAL MARAVER, Noelia: *Aplicación de la pena de prisión permanente revisable en España (2015-2023)*, en *Personas condenadas a prisión permanente revisable en España*, Madrid, 2024, pp. 15-56.
- CUENCA GARCÍA, María José: *Problemas interpretativos y de “non bis in idem” suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 118, 2016, pp. 115-150.
- DEVÍS MATAMOROS, Abraham: *Crónica de una confusión anunciada: tratamiento jurisprudencial del asesinato de personas especialmente vulnerables*, La Ley Penal, núm. 160, 2023, pp. 1-27.
- GARROCHO SALCEDO, Ana María: *El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hipergavado del artículo 140.1.1.ª del Código Penal español*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 26, 2024, pp. 1-28.
- MATEOS BUSTAMANTE, José: *La alevosía: Análisis jurídico y política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del Código Penal*, Madrid, 2021.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte especial*, 20.ª edición, Valencia, 2015.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Homicidio y asesinato*, Cuadernos digitales de formación del C. G. P. J., núm. 46, 2015, pp. 1-34.
- *Asesinato*, en *Memento Penal 2025*, Madrid, 2024, pp. 859-888, nnmm. 7025-7126.

8. LA VIDA AL PRINCIPIO Y AL FINAL: ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

ALFONSO RUIZ MIGUEL
Profesor emérito de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

De mis varios e importantes vínculos con Enrique Peñaranda destacan dos que cabe mencionar en este su merecido homenaje. Ante todo, el proveniente de nuestro ya muy lejano conocimiento, iniciado en los años de nuestros estudios en la Facultad de Derecho de la UAM, separados por pocos cursos, que se fue convirtiendo en una valiosa amistad forjada luego en los muchos años de convivencia en el mismo departamento, se estrechó y creció en nuestra colaboración en el equipo de gobierno del rector Raúl Villar, entre fines de los noventa y principios del nuevo siglo, y, en fin, se viene prolongando muy gratamente en una comida mensual de buena parte de ese equipo en la que se habla de lo humano y lo divino, siempre con alguna atención a la marcha de la universidad y a los asuntos jurídicos nunca ausentes de la actualidad política. El segundo vínculo, sobre el que versará este escrito, es más doctrinal y se refiere a la fuerte concordancia académica no solo en algunos temas (§ II), sino también en el modo de aproximación a su estudio (§ III). Como los comentarios que siguen se presentan sobre todo como un cotejo de nuestras muchas convergencias junto a unas pocas discrepancias menores, debo excusar de antemano la abundancia de autocitas y confiar en que el cotejo trascienda el plano meramente personal y pueda servir para reflejar algo significativo de las afinidades dentro de una misma generación y, más en general, de las conexiones entre la filosofía del Derecho y el Derecho penal.

II. CONVERGENCIAS TEMÁTICAS

Como el título de este escrito indica, los temas en que Enrique Peñaranda y yo hemos coincidido en diversos estudios se refieren al valor y límites de la protección de la vida humana, bien antes del nacimiento bien ante la propia muerte querida. Si no estoy equivocado, él ha publicado seis escritos sobre uno y otro tema, cinco de ellos sobre el primero y el restante, el más reciente, sobre la eutanasia. Me referiré primero a los cinco estudios que abordan la protección penal de la vida prenatal, de los cuales dos —el primero y el último en el tiempo— se refieren sobre todo a la cuestión del aborto (§ 2.1), mientras los otros tres tratan eminentemente de la protección penal de los embriones (§ 2.2), para concluir esta parte con la cuestión de la eutanasia¹ (§ 2.3).

1. De la vida prenatal: el aborto

Del tema del aborto yo me ocupé primero en un pequeño libro de 1990 en buena parte dedicado a analizar la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, que legitimó constitucionalmente la primera legislación española que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo (IVE en adelante) mediante un sistema de indicaciones, y volví sobre él pocos años después para defender como preferible un sistema de plazos². En esos textos, escritos bajo una óptica más filosófico-jurídica que dogmático-jurídica, hay dos ideas centrales, relacionadas entre sí, en las que existe una coincidencia de fondo con el enfoque seguido por Enrique Peñaranda ya en su artículo de 2003 sobre «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo», confirmado luego en su artículo de 2020 sobre «Algunas cuestiones fundamentales de la interrupción voluntaria del embarazo tras la LO 2/2010, de 3 de marzo», ley que estableció un sistema de plazos³.

La primera idea coincidente, que atraviesa esos y otros escritos de Peñaranda, consiste en entender la vida humana como un proceso gradual desde la concepción hasta el nacimiento para afirmar que el valor y la protección que tal vida merece a lo largo de su desarrollo va aumentando desde los primeros momentos en su posible conflicto con otros valores o derechos, en particular los de la mujer embarazada. Sobre el punto, Peñaranda no dejaba de citar, naturalmen-

¹ Vid., respectivamente, PEÑARANDA RAMOS, RDPyC, 2003; PEÑARANDA RAMOS, 2020; PEÑARANDA RAMOS, 2005a; PEÑARANDA RAMOS, 2005b; PEÑARANDA RAMOS, 2006; y PEÑARANDA RAMOS, 2021.

² Vid., respectivamente, RUIZ MIGUEL, 1990; RUIZ MIGUEL, 1996; y RUIZ MIGUEL, 2002.

³ PEÑARANDA RAMOS, 2003; y PEÑARANDA RAMOS, 2020.

te entre otros, mi primer escrito, con el que coincidía en recoger y aceptar tanto la tradicional divisoria de los tres trimestres utilizada por la sentencia estadounidense *Roe v. Wade* como la consideración de la citada STC 53/1985 de que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico pero no un derecho como el de una persona en sentido jurídico, estatus adquirido con el nacimiento⁴.

La segunda idea coincidente, que yo había formulado valiéndome de la fórmula del constitucionalista estadounidense Lawrence Tribe del «choque de absolutos»⁵, era la propuesta de una solución intermedia, en la dirección de la ética al Derecho, entre la consideración de la vida del no nacido como sagrada e inviolable y el superficial eslogan de un ilimitado derecho de las mujeres a su propio cuerpo⁶. Peñaranda, centrado sobre todo en el aspecto jurídico-penal, ya en 2003 vino a mantener una posición equilibrada similar, convalidando como constitucional y penalmente aceptable la despenalización del aborto no solo conforme al sistema de indicaciones sino también al de plazos, entonces solo hipotéticamente considerado en el Derecho español⁷. Tras la nueva regulación abierta por la citada ley 2/2010 (proseguida por las leyes orgánicas 11/2015 y 1/2023), cabría preguntarse si nuestro criterio coincidiría también a propósito de la nueva jurisprudencia sentada por la STC 44/2023, que ha justificado la constitucionalidad del sistema de plazos legalmente establecido con una interpretación especialmente robusta del derecho a la autonomía personal de la mujer. Aunque nunca hemos hablado sobre esa sentencia, tengo la intuición de que mantendríamos una posición similar, que se distanciaría en alguna medida de la justificación por ella desarrollada, aun sin poner en cuestión la constitucionalidad del sistema de plazos. Por comentar la sentencia sintéticamente, y solo en sus aspectos centrales, creo que Peñaranda y yo coincidiríamos en alejarnos de su fundamentación en al menos dos puntos centrales e interrelacionados.

Ante todo, estoy seguro de que lamentaríamos la doble incongruencia de la mayoría del tribunal tanto al afirmar en abstracto la apertura de la Constitución a diversas soluciones legislativas que luego deniega en el caso concreto como al comenzar por anticipar una desvinculación genérica de la STC 53/1985 que luego va desmintiendo cuando le parece oportuno, para terminar así olvidando y desaprovechando las posibilidades que ofrecía una lectura amplia de

⁴ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2003, pp. 167-168, 178-180, 210-212 (y n. 18), 215-216 y 219-220 (y nota 154); cf. también PEÑARANDA RAMOS, 2005b, pp. 357-358, 372 (y n. 77) y 383-389; así como PEÑARANDA RAMOS, 2020.

⁵ TRIBE, 1990.

⁶ Cf. RUIZ MIGUEL, Τέλος, 2002, § 3.

⁷ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2003, pp. 211-212, 219-220 (y nota 154); cf. también PEÑARANDA RAMOS, 2005b, pp. 357-358, 372 (y n. 77) y 383-389; así como PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 132 y 136.

esta última sentencia, todo ello en un injustificado desprecio a una argumentación de calidad y a una apropiada cultura del precedente. En concreto, para desarrollar este último aspecto brevemente, apelo sobre todo al siguiente pasaje del FJ 11.b de la STC 53/1985, no mencionado en la STC 44/2023:

«la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación *cobra especial relieve* en este caso [el aborto como consecuencia de violación] ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos».

La cursiva, que es mía, pretende indicar que en aquella sentencia el TC ya reconoció que la autonomía de la mujer tiene *siempre* relieve ante el embarazo, más allá del caso de violación, según lo defendí, con mayor argumentación, en el libro de 1990 del que el propio Peñaranda ha llegado a hacerse eco recientemente para aceptar mi interpretación en favor de la posibilidad de extender al sistema de plazos el fondo de aquella primera sentencia⁸.

La segunda discrepancia en la que me parece que también coincidiríamos afecta a la consideración por la STC 44/2023 del conjunto de garantías de la IVE introducidas por la legislación a partir de 2010 como manifestación directa de un derecho fundamental (es decir, constitucional) incluido en todo caso en el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (cf. FJ 3. B) y, por añadidura, con el alcance prestacional que las sucesivas leyes le han atribuido. A mi modo de ver, dicha construcción constituye una sobreconstitucionalización insuficientemente justificada en sí misma, además de incoherente con el peso que la propia sentencia sigue reconociendo a la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido. En fin, sospecho que Enrique Peñaranda y yo también coincidiríamos en temer que el recurso a la interpretación evolutiva pueda servir en el futuro –si, como es previsible, la «evolución» social, o simplemente la composición del Tribunal Constitucional, cambian de sentido– para dar la vuelta a un intento poco fino de blindar derechos más allá de lo razonable. En suma, creo que si nosotros dos hubiéramos tenido que decidir la cuestión, la idea del valor meramente potencial pero gradualmente creciente de la vida prenatal como algo constitucionalmente tutelable, en su modulable conflicto con la autonomía de la mujer, junto a otras premisas auxiliares que no es este lugar para desarrollar, nos habría proporcionado suficientes razo-

⁸ Cf. RUIZ MIGUEL, 1990, §3. A, esp. pp. 93-95 y 101; y PEÑARANDA RAMOS 2020, p. 135 y n. 14 (que cita correctamente las páginas pero remitiendo a otro trabajo mío en el que no me refiero al tema y no coinciden las páginas).

nes para considerar tanto el sistema de plazos cuanto el carácter prestacional del derecho a la IVE como constitucionalmente permitidos, en vez de como un derecho fundamental directamente derivado de la Constitución.

¿Supone algo de lo anterior negar la idea de que las mujeres tienen derecho al aborto? Si se me permite el relativo excurso, la cuestión es muy relevante y me la suscita un reciente escrito polémico de Pablo de Lora, en un libro colectivo preparado por él mismo en mi homenaje, y ante el que me siento, además de muy honrado, obligado a responder precisamente en esta ocasión, en la que puedo aprovechar la ayuda de los escritos de Enrique Peñaranda sobre el tema para aclarar un par de puntos⁹. Naturalmente, la duda planteada por De Lora no se refiere a un derecho jurídico-legal, sino a un derecho moral que tendría la doble función de exigir su reconocimiento constitucional, sea expreso entre los llamados «derechos sexuales y reproductivos», o sea implícito a través de la interpretación de cláusulas genéricas como las relativas a la autonomía individual o a la no discriminación. Resumiendo una argumentación muy rica y compleja que alega muchas cosas sensatas, De Lora plantea una severa dicotomía que me parece distorsionadora y, por tanto, merecedora de aclaración: frente a su propia *visión «conflictual»* de la IVE, que considera el aborto como un mal que resuelve un conflicto de intereses entre la mujer embarazada y el no nacido, se situaría la *visión como un derecho moral* de la mujer en el marco de su libertad sexual y reproductiva.

Pues bien, no me parece que estemos ante una dicotomía universal, de tipo *aut aut*, como parece entenderla De Lora, porque tanto la idea de derecho moral como la de visión conflictual pueden tener un significado amplio y otro estricto. Por una parte, en efecto, por «derecho moral» a la IVE se puede entender sea un derecho absoluto que debe prevalecer en todo caso frente a la vida del no nacido, como libre disposición sobre el propio cuerpo, sea un derecho limitado graduable según las circunstancias y el desarrollo del no nacido. En realidad, aunque no deja de haber excepciones destacadas por De Lora, es muy extravagante concebir de una forma completamente literal y expansiva el «derecho al propio cuerpo» y llegar a considerar la decisión y la conducta de abortar como moralmente trivial o incluso como un acontecimiento feliz¹⁰. Incluso quienes defienden aparentemente un derecho ilimitado al propio cuerpo de la mujer terminan por reconocer la existencia de algún conflicto con el no nacido ante el que aquel derecho debe ceder (un ejemplo claro lo proporciona el en mi opinión poco medurado voto concurrente de la magistrada Ba-

⁹ DE LORA, 2026b.

¹⁰ En DE LORA, 2026b, § 5, se comenta críticamente la extravagante posición mantenida por Elizabeth Falomir.

laguer Castejón a la citada STC 44/2023). Y, por otra parte, en sentido inverso, la visión conflictual puede operar no solo, en un extremo, para limitar el derecho a la IVE de la mujer en aras del gradual y menor valor de la vida del no nacido, sino también, en el otro extremo, para aceptar la no punición del aborto como excusada por un estado de necesidad ante el conflicto entre los intereses de la embarazada y la vida del no nacido, considerada como de igual valor que la del nacido. Esta última es la tesis defendida por una parte minoritaria de la doctrina penal alemana, que Peñaranda comenta críticamente en varios de sus estudios¹¹.

Mi posición –que, creo, coincidirá con la de Enrique Peñaranda– combina las dos distinciones anteriores, pues desde mi primer escrito de 1990 he mantenido que una IVE limitada en plazos, y compatible con la punición del aborto con la finalidad de vender, donar o utilizar embriones o fetos, es justificable como un derecho moral y constitucional derivado de la autonomía de la mujer embarazada como solución al conflicto con el valor de una vida humana potencial que no es equivalente al de una persona pero sí gradualmente creciente en relación, primero, con la capacidad de sentir y, después, con la viabilidad, de modo que en el estadio más cercano a la concepción la IVE se aproxima moralmente a la anticoncepción, mientras que en el más cercano al nacimiento lo hace al infanticidio¹².

Ahora puedo añadir brevemente un comentario sobre otro punto para intentar responder al original argumento que De Lora opone a la afirmación de Elizabeth Falomir de que, salvo el derecho al aborto libre, no hay «ningún otro derecho que es mejor si se ejerce poco que si se ejerce mucho». De Lora retuerce la idea para decir que solo muestra el «desvarío conceptual y normativo» de considerar a la IVE como un derecho moral. Sin embargo, me parece que tanto Falomir como De Lora se equivocan en aceptar aquella idea acríticamente. En realidad, hay muchos tipos de derecho que sería mejor que se ejercieran poco por los problemas que presuponen o los inconvenientes que suponen, desde el derecho de huelga o al divorcio hasta los de desahucio, legítima defensa o manifestación, por no hablar del *ius puniendi*. Más todavía, algunos derechos indiscutidos de ejercicio regularmente beneficioso, como los de expresión y asociación, no dejan de ser ejercibles en concreto de modo moralmente dañino, por ejemplo para defender ideas repugnantes, de lo que pretende dar cuenta la extraña pero explicable categoría del derecho a actuar

¹¹ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2003, pp. 208-212; PEÑARANDA RAMOS, 2005a, pp. 1699-1702; y PEÑARANDA RAMOS, 2005b, pp. 365-373.

¹² Cf. RUIZ MIGUEL, 1990, pp. 59, 65-74 y 89-102; así como RUIZ MIGUEL, 2002, §§ 3-4; y RUIZ MIGUEL y ZÚNIGA FAJURI, 2014, § 3.

mal *right to do wrong*, a la que he dedicado un estudio reciente¹³. Por lo demás, frente al criterio de Pablo de Lora de que no es posible apelar a un «derecho moral a matar» cuando se mata como mal menor, me encuentro más cerca del consenso entre los penalistas en ver ese caso, en el que los males en juego pueden ser heterogéneos y de distinto peso, como un estado de necesidad justificante.

De Lora concluye su escrito afirmando:

«que la concesión de un *permiso* para una IVE en un plazo de tiempo razonable supone, dado el actual contexto, una adecuada ponderación de los intereses presentes en el supuesto de un embarazo no deseado, pero que ello no implica ni debe implicar la existencia de un derecho moral al aborto [...] que ulteriormente pudiera consagrarse en una Constitución»¹⁴.

Pues bien, yo puedo concluir mi excursio replicando que hasta el «pero» su posición es muy cercana a la aquí mantenida con la ayuda de Peñaranda, y que seguiría siéndolo después del «pero» si se acepta una definición mínima y estándar de «derecho» como permiso garantizado, un permiso que, en cuanto «razonable» y «adecuado» en la oportuna ponderación legislativa, sí estaría justificado consagrar en una constitución.

2. De la vida prenatal: las nuevas biotecnologías

Recuperando el hilo de las coincidencias entre los escritos de Enrique Peñaranda y los míos sobre la vida prenatal, el relato puede ser más breve a propósito de los problemas abiertos por las posibilidades técnicas de la biotecnología. Casualmente, nuestra coincidencia en esta materia comenzó siendo circunstancial, pues ambos elegimos un tema muy próximo en nuestras contribuciones al libro de 2005 en homenaje al maestro de Peñaranda, Gonzalo Rodríguez Mourullo, que también fue uno de mis mejores profesores en la UAM¹⁵, y ambos participamos con sendos textos muy relacionados con los anteriores en un curso de verano celebrado en Miraflores de la Sierra en julio de ese mismo año sobre *Bioética, religión y Derecho*¹⁶.

¹³ RUIZ MIGUEL, 2022.

¹⁴ DE LORA, 2026b, § 6 (cursiva mía). Esta conclusión resulta coherente también, me parece, con lo sostenido antes en DE LORA, 2012, allí con mayor relevancia para el argumento del derecho a la no discriminación de la mujer que para el de la autonomía individual.

¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2005a; y RUIZ MIGUEL, 2005a.

¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2005b; y RUIZ MIGUEL, 2005b.

En sus dos textos, en parte diferentes, Enrique Peñaranda se ocupó de los límites penales de la conservación e implantación de embriones humanos, la manipulación genética, la clonación celular y, en especial, del diagnóstico preimplantatorio, siempre haciendo hincapié en la comparación entre distintas legislaciones, jurisprudencias y doctrinas, como la española, la alemana, la italiana o la estadounidense. En lo esencial, el enfoque general por él adoptado para la resolución de las intrincadas cuestiones que las técnicas biotecnológicas presentan es la ya comentada perspectiva gradualista que, a partir sobre todo de las cesuras establecidas por la implantación del embrión, la viabilidad y el nacimiento, atribuye un valor distinto y progresivamente mayor al nacido sobre el feto, al feto sobre el embrión y, en fin, al embrión sobre el preembrión¹⁷ (entendiendo por tal el cigoto no implantado, incluido el crioconservado o *in vitro*¹⁸). Las consecuencias más relevantes de tales distinciones son liberales pero no «libertarias»: para Peñaranda, en general, la idea de dignidad humana en absoluto permite asumir la evidente exageración que habla de «campos de congelación» de embriones, que de ser tomada en serio exigiría emprender intervenciones humanitarias para detener delitos contra la humanidad¹⁹. Más en particular, bajo ese prisma liberal, el impedir la implantación mediante dispositivos o con la píldora poscoital no podría considerarse aborto²⁰ y de las cautelas de la legislación española sobre reproducción asistida a propósito de los «preembriones sobrantes» no cabría deducir la punición de los diagnósticos preimplantatorios, siempre limitados por razones médicas preventivas o curativas²¹.

Mi coincidencia con Peñaranda sobre las nuevas tecnologías biológicas no se limitó a la misma sede académica y, en parte, al tema elegido, sino que abarcó también a los presupuestos éticos de fondo. Es verdad que mi enfoque del tema partía de una pregunta distinta, a propósito de la relevancia ética del azar, esencial en dos cuestiones muy debatidas: de un lado, la de la justicia de la corrección de la suerte bruta en contraste con el libre curso que merecerían nuestras decisiones o elecciones (incluida la suerte elegida), y, de otro lado, la de los límites éticos de la «nueva eugenesia» eventualmente posibilitada por la manipulación genética. Aun así, sin habernos puesto de acuerdo, en esta segunda cuestión se ponía de manifiesto una convergencia en nuestra

¹⁷ Vid. sobre ello PEÑARANDA RAMOS, 2005b, esp. pp. 378-385.

¹⁸ Sobre la cuestión terminológica a propósito del preembrión remito a RUIZ MIGUEL y ZÚÑIGA FAJURI, 2014, p. 82.

¹⁹ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2005b, pp. 386-389.

²⁰ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2005b, p. 390.

²¹ Cf., en discusión con Silva Sánchez, PEÑARANDA RAMOS, 2005a, pp. 1682-1688; cf. también, pp. 1696-1698; así como PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 23.

profunda desconfianza hacia la eugenesia positiva –la dirigida no a prevenir o curar enfermedades, sino a mejorar la dotación genética de descendientes futuros–, una posibilidad muy críticamente vista por Habermas, que John Rawls había confiado, muy ingenuamente, que podría servir a la igualdad de todos los seres humanos y que Ronald Dworkin, en una criticable vena ultraliberal, había aceptado someter a las leyes del mercado a pesar de sus claros riesgos de mejorar solo la dotación genética de los más ricos y acentuar tal vez exponencialmente las desigualdades humanas²². Aunque Peñaranda no ha entrado en la concreta discusión anterior, ha sido tajante y clara su oposición al uso trivializador del diseño genético característico de «un planteamiento libertario a ultranza», defensor del derecho de los progenitores a utilizar los diagnósticos preimplantatorios para seleccionar características deseables en su descendencia²³.

3. De la eutanasia voluntaria

Del tema de la eutanasia voluntaria me he ocupado en varias ocasiones, defendiendo siempre la justificación ética de su legalización²⁴. En una ocasión más reciente Peñaranda y yo hemos vuelto a coincidir circunstancialmente en un libro editado por Carmen Tomás-Valiente que fue el primer estudio académico sobre nuestra Ley orgánica 3/2021, de Regulación de la eutanasia (en adelante LORE), donde mi comentario versó sobre la objeción de conciencia a la eutanasia, que aquí viene poco al caso²⁵. El comentario de Peñaranda, el único suyo sobre el tema, se refería directamente a la eutanasia mediante dos análisis complementarios pero diferentes: por un lado, el de la constitucionalidad de la LORE a la luz de una comparación con las decisiones de los tribunales constitucionales alemán y austriaco dictadas en 2020 sobre la materia, y, por otro lado, el de las modificaciones introducidas por la nueva normativa española en el artículo 143 del código penal. Con una salvedad menor que enseguida comentaré, las afinidades de fondo de este trabajo con los míos antes citados se ponen de manifiesto sobre todo en el primer punto, a partir de mi criterio sobre la conformidad con nuestra Constitución de una regulación razonable de la eutanasia como la de la LORE. A mi modo de ver, siempre con las salvaguardias debidas, la coacción estatal frente a terceros no

²² Cf. sobre todo ello RUIZ MIGUEL, 2005a, esp. pp. 14 ss.; y RUIZ MIGUEL, 2005b, pp. 132 ss.

²³ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2005a, 1697-1698; y PEÑARANDA RAMOS, 2006, p. 23.

²⁴ RUIZ MIGUEL, 1993a; RUIZ MIGUEL, 1993b; y RUIZ MIGUEL, 2010.

²⁵ RUIZ MIGUEL, 2021; PEÑARANDA RAMOS, 2021; y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2021.

debe hacer prevalecer el derecho a la vida sobre la autonomía individual en situaciones de sufrimiento insoportable que denominé «enfermedades trágicas», entendiendo por tales las incapacitantes, las neurodegenerativas avanzadas, las terminales y los estados vegetativos irreversibles²⁶, casos que la LORE ha calificado como de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» o de «enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables».

El tema más relevante del análisis de Peñaranda sobre las sentencias alemana y austriaca afecta a la interpretación restrictiva de la primera, que en una lectura llana llama la atención no solo por su radicalidad en considerar inconstitucional la punición del auxilio y la inducción al suicidio, sino también la de la ejecución por un tercero a petición del suicida, lo que en la tradición penal española se denomina homicidio-suicidio. Frente a esta lectura, favorablemente acogida por algunos penalistas españoles que han considerado a la LORE insuficiente, Peñaranda defiende críticamente para el Derecho alemán una tajante distinción entre heterolesión y participación en una conducta autolesiva —es decir, entre el auxilio y la inducción al suicidio, que serían impunes, y la ejecución a petición, que debería considerarse «autoría mediata de homicidio»—, junto al criterio de que el Tribunal Constitucional alemán, aunque la haya restringido quizá en exceso, no ha excluido una regulación legal preventiva del suicidio que podría incluir cautelas procedimentales que, entre otras, autorizaran la ejecución directa en contextos eutanásicos²⁷.

Comparto sin matices el presupuesto de fondo que anima la crítica de Peñaranda. Conforme a ese presupuesto, no hay una conexión necesaria, ni conceptual ni ética, entre la despenalización de la eutanasia por un lado y la punición de la ayuda al suicidio o el homicidio-suicidio por otro, especialmente porque resulta sensato que el Estado siga la prudente presunción de que el acto suicida no es suficientemente autónomo²⁸. A partir de ahí, sin embargo, sobre la ulterior distinción entre estas dos últimas figuras, tengo un desacuerdo sobrevenido que, aunque menor, sería poco acorde con nuestra manera de ser y de entender la academia excluir ahora el debate. Aun reconociendo la esencial pretensión dogmático-jurídica de la distinción, referida además al Dere-

²⁶ RUIZ MIGUEL, 2010, p. 13.

²⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 203-219. Su comentario subsiguiente, sobre la sentencia del Tribunal Constitucional austriaco, de la que pondera su «mayor moderación y cautela», viene a corroborar la idea fundamental anterior en la medida en que tal sentencia declaró la inconstitucionalidad del precepto penal que sancionaba la inducción y el auxilio al suicidio, pero no la del que sanciona el homicidio a petición (cf. *ibidem*, p. 219-222; la cita textual, en p. 222).

²⁸ Cf. sobre ello RUIZ MIGUEL, 1993b, § 2.3.2.3 y 2.4; y RUIZ MIGUEL, 2010, § 3.3. *Vid.* también, de acuerdo, MORESO, 2021.

cho alemán, lo que no me convencen son algunas de las razones alegadas por Peñaranda para mantenerla. Ante todo, me resulta llamativo su silencio sobre el dato de que la inducción, que en nuestra tradición penal se asimila a la autoría material, en el Derecho alemán se equipare más bien a la mera participación. Pero mi objeción más relevante se refiere a uno de los argumentos que pretenden avalar la distinción: el argumento de que, a diferencia de la mera participación, la heterolesión «desplazaría en el último momento sobre el propio afectado el dominio sobre el curso del acontecimiento», impidiéndole «cambiar de parecer en el *último instante*»²⁹. Pues bien, aparte del hecho de que el recurso a un evanescente «último instante» me resulte muy forzado, el problema fundamental del argumento es que, de ser válido, avalaría solo legislaciones reguladoras de la eutanasia como la de Oregón, que autoriza el auxilio y no la ejecución, excluyendo otras como la holandesa o la de la LORE, que admiten ambas formas y lo hacen con buen criterio, como lo acepta el propio Peñaranda en el mismo texto³⁰.

III. DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JURISTAS Y EL DERECHO PENAL DE FILÓSOFOS

En varios momentos he aludido, dándola por supuesta, a la diferencia de perspectivas entre la dogmática jurídica y la filosofía del Derecho. No es necesario ahondar en tal distinción para reconocer que hay modos y modos de cultivar una y otra disciplina. Y me gustaría acabar esta contribución subrayando la feliz convergencia, también en este caso, entre el modo de hacer Derecho penal de Enrique Peñaranda y el que yo mismo he preferido y, en buena medida, tratado de practicar en filosofía del Derecho.

Por empezar por esta última, diré que no sé en otros países, pero en España ha tenido un enorme éxito la propuesta que Bobbio hizo en un artículo de 1962 en favor de las filosofías del Derecho hechas por juristas con intereses filosóficos en contraste con las hechas por filósofos con intereses jurídicos³¹. Como yo mismo he estado entre los que han defendido esa preferencia, en el libro ya citado que los compañeros de la UAM han tenido la generosidad de dedicarme, Luis Lloredo ha querido destinar su capítulo a flagelar aquella

²⁹ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 205 (la segunda cita textual corresponde a Riquelme Vázquez, cit. *ivi.*, n. 14).

³⁰ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 229, calificando el «modelo de Ámsterdam» de «fundamentalmente correcto».

³¹ BOBBIO, 1962, § 3.

distinción mediante una rica y, como dice, «afectuosa» crítica³². No tengo aquí espacio no ya solo para desarrollar, sino ni siquiera para reproducir la respuesta que le escribí a Lloredo, por lo que me limitaré a precisar lo esencial de lo que me parece defendible, que es una preferencia dominante y no excluyente por las filosofías del Derecho antes que de juristas, por las hechas para y junto con los juristas. Si, como se debe, la dicotomía no se entiende como rígidamente categórica, esa preferencia no excluye las buenas filosofías jurídicas de filósofos (Bobbio mismo exceptuaba a Hobbes, Hume y Bentham) ni compromete a propiciar y hacer una filosofía jurídica para juristas prácticos. La gracia de una buena filosofía del Derecho es que sirva para elevar el nivel de la conversación de los juristas teóricos y, aunque fuera ya de refilón, de acicate para mejorar la labor de jueces y legisladores, que buena falta haría, un objetivo que tiene que ver con los temas de investigación que se eligen y con el modo de abordarlos: por ejemplificarlo en una de sus formas, analizando y criticando sentencias o regulaciones legales en su conexión con las justificaciones éticopolíticas subyacentes. Y ello porque, como suele decir Francisco Laporta, detrás de cada cuestión jurídica importante hay siempre agazapado un problema filosófico. Así pues, una de las tareas importantes, aunque no la única, de una buena filosofía del Derecho es colaborar con los juristas en desarrollar y profundizar esa relación.

Lo que un buen filósofo del Derecho en el anterior sentido desea encontrar es buenos interlocutores entre los juristas teóricos que hagan el camino inverso, desde las preocupaciones jurídicas hasta las filosóficas, es decir, desde el plano del deber ser técnico en el que el Derecho se mueve hasta sus relaciones, no necesariamente directas, con el deber ser ideal de la filosofía. Enrique Peñaranda ha demostrado ser uno de esos buenos interlocutores, y afortunadamente no está solo entre los y las penalistas en España, tanto de nuestra Facultad como de otras. Por ceñirme a los temas de este estudio, he podido observar en distintas ocasiones que, junto a los cardinales criterios interpretativos de la tradición jurídica, con especial hincapié en la integridad sistemática del Derecho penal, Peñaranda acude también de forma oportuna a argumentos justificativos que no pueden considerarse más que filosóficos. No pienso solo en algunas acotaciones de ese carácter, como la objeción a tal o cual argumentación de caer en petición de principio³³, sino también en las varias ocasiones en las que el tema tratado reclama una toma de posición ética, habitualmente asociada a «prácticas sociales muy arraigadas» o remitida al «orden de valores asu-

³² Vid. LLOREDO ALIX, 2026 (en el resto del texto doy por citado el escrito sin hacer alusión a las páginas porque el libro se encuentra en proceso de edición).

³³ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2003, pp. 190 y 204.

mido por el Ordenamiento jurídico» y afirmada, me parece, con consciencia de transitar por una zona delicada de la interpretación jurídica³⁴. El compromiso filosófico, por así decirlo, de este modo de entender el Derecho penal viene corroborado por la amplitud de las lecturas hechas por Peñaranda, que incluyen estudios de filósofos, éticos y filósofos del Derecho, tanto españoles como alemanes, italianos o, lo que en nuestra academia penal quizá no sea tan común, anglosajones. De ahí que en los escritos que he considerado se pueden espigar nombres como los de Jürgen Habermas, Weyma Lübke, Dieter Birnbacher, Horst Dreier, W. B. Gallie, Judith Jarvis Thomson, Martha Nussbaum, Allen Buchanan, Ronald Dworkin, Carl Friedrich Gethmann, Mary Anne Warren, Diego Gracia, Victoria Camps, Adela Cortina o, entre los filósofos del derecho españoles, Pablo de Lora, Macario Alemany, Vicente Bellver, Carlos Lema o yo mismo³⁵.

En alguna ocasión Enrique Peñaranda y yo hemos hablado sobre mi visión de la dogmática jurídica no como una ciencia en sentido estricto sino más bien como una técnica o una tecnología, en cuanto que su método y su función no son descriptivo-cognoscitivos sino normativo-interpretativos. Se trata de una visión perfectamente compatible con la doble idea de que la dogmática realiza una labor particularmente útil y, además, de que se puede y se debe cultivar –como los buenos juristas hacen en nuestro país– conectando el tradicional saber jurídico de carácter interpretativo con los conocimientos científicos y filosóficos pertinentes para la rama o el problema de que se trate, de modo que la dogmática esté más próxima de las tecnologías que de las meras técnicas artesanales³⁶. La objeción verbal de Peñaranda a mi planteamiento ha sido que es posible asimilar la dogmática a la ciencia en la medida en que se desarrolle con rigor en la búsqueda de la integridad sistemática de la materia jurídica interpretada. Pues bien, no tengo inconveniente alguno en reconocer que el rigor y la sistematicidad pueden bastar para calificar como científico en sentido amplio a un tipo de ejercicio intelectual como el llevado a cabo en Derecho penal por Enrique Peñaranda de un modo tan excelente.

³⁴ Cf., por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS, 2005b, pp. 86 y 91-92; PEÑARANDA RAMOS, 2003, pp. 195 y 216.

³⁵ Cf. PEÑARANDA RAMOS, 2005a, pp. 1676-1678, 1693, 1696, 1697, 1701 y 1705; PEÑARANDA RAMOS, 2005b, pp. 96, 93, 96, 102 y 103-104; PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 135, 138, 139; y PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 218 (sin que el orden del texto coincida necesariamente con el de estas referencias).

³⁶ Sobre todo ello, remito a RUIZ MIGUEL, 2003; así como al cierre de un debate con Manuel Atienza sobre el último punto que resumo en RUIZ MIGUEL, 2023. En cuanto a la conexión con los conocimientos científicos pertinentes de la dogmática practicada por Peñaranda en los temas aquí comentados, cf. a modo de ejemplo PEÑARANDA RAMOS, 2005a, p. 1687; y PEÑARANDA RAMOS, 2005b, pp. 86 y 104-105.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Jorge Barreiro, Agustín, y Suárez González, Carlos (eds.) (2005): Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1962): *Nature et fonction de la philosophie du droit*, en Archives de philosophie du droit, 7, pp. 1-11; hay trad. en Contribución a la teoría del Derecho, ed. de A. Ruiz Miguel, 2.^a ed., Madrid, 1990, cap. II.
- DE LORA, Pablo (2012): *Abortar y dar vida: ¿es constitucional la ley 2/2010?*, en Susana Huerta Tocildo y Mercedes Pérez Manzano, Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral, Cizur Menor, pp. 92-109.
- (ed.) (2026a): Derecho, justicia y democracia. Ensayos en homenaje al Profesor Alfonso Ruiz Miguel (en curso de publicación).
- (2026b): *¿Existe el derecho moral a abortar?*, en De Lora, 2026a cit.
- LLOREDO ALIX, Luis (2026): *Reconsiderando una vieja distinción de Bobbio: una apología de la filosofía jurídica “de los filósofos”* en De Lora, 2026a cit.
- MORESO, José Juan (2021) *Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio*, en Tomás-Valiente Lanuza, 2021, pp. 75-91.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2003): *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 11, pp. 165-248.
- (2005a) *Fases en el desarrollo de la vida y grados en su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio*, en Bajo Fernández et al., 2005, pp. 1673-1709.
- (2005b) *Bioética y Derecho penal en el comienzo de la vida: algunas implicaciones jurídico-penales de las nuevas biotecnologías*, en Varios, 2005, pp. 345-392, por el que se cita (reproducido con igual título en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Extraordinario 1, 2006, págs. 75-106).
- (2006): *Los nuevos desafíos de la reproducción asistida*, HUMANITAS. Humanidades médicas, 3, 2006, pp. 11-27 (versión sintética extractada de los dos anteriores escritos).
- (2020) *Algunas cuestiones fundamentales de la interrupción voluntaria del embarazo tras la LO 2/2010, de 3 de marzo*, en Mercedes Pérez Manzano: Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo, Madrid, pp. 131-140.
- (2021) *Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros*, en Tomás-Valiente Lanuza, 2021, pp. 199-242.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso (1990): El aborto: problemas constitucionales, Madrid.
- (1993a) *La eutanasia: algunas complicaciones*, Boletín de la Institución Libre de Enseñanza, 17, pp. 4358; ahora también en Ruiz Miguel, 2020, pp. 35-54.
- (1993b) *Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 14, pp. 135165; ahora también en Ruiz Miguel, 2020, pp. 55-92.

- (2002): *El aborto, entre la ética y el Derecho*, Τέλος. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, 2, 2002, pp. 105-124 (versión corregida y actualizada de *El aborto. Un problema pendiente*, Leviatán. Revista de hechos e ideas, 63, 1996, pp. 91-106; a su vez reproducido en Ascensión Cambrón (ed.), *Entre el nacer y el morir*, Granada, 1998, pp. 117-135).
 - (2003) *La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DíezPicazo, tomo IV, Madrid, pp. 564-567.
 - (2005a) *Azar, igualdad y biotecnología*, en Bajo Fernández *et al.*, 2005, pp. 212-215.
 - (2005b) *Azar, biotecnología y justicia sanitaria*, en Varios, 2005, pp. 125-137 (recoge parcialmente el anterior, con correcciones y adiciones; hay una versión sucesiva que recoge con cambios este y el anterior: *Biotecnología e igualdad*, en F. GutiérrezAlviz Conradi y J. Martínez Lázaro, *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo I, La tercera generación de derechos fundamentales, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 47-77).
 - (2010) *Autonomía individual y derecho a la propia muerte*, Revista Española de Derecho Constitucional, 89, pp. 11-43; ahora también en Ruiz Miguel, 2020, pp. 93-127.
 - (2020) *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, Madrid.
 - (2021) *Objeción de conciencia y eutanasia*, en Tomás-Valiente Lanuza, 2021, pp. 243-282.
 - (2022): *El derecho a actuar mal (right to do wrong)*, en M. Fernández Núñez (ed.), *Materiales para una teoría de los derechos. Ensayos de filosofía analítica*, Madrid, 2022, pp. 241-274.
 - (2023): *De nuevo sobre la dogmática jurídica*, en Elías Díaz y Francisco Laporta (eds.), *Leer a Manuel Atienza*, Madrid, pp. 431-438; también en <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-dogmatica-juridica>.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, y ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2014): *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo v. Costa Rica”*, Estudios Constitucionales (Universidad de Talca), 12/1, pp. 71-104 (<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100003>).
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (ed.) (2021): *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Madrid.
- TRIBE, Lawrence (1990): *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York/Londres.
- VARIOS (2005): *Bioética, religión y derecho* (Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005), Madrid.

9. EL ASESINATO MÚLTIPLE DEL ARTÍCULO 140.2 CP

ÁNGEL J. SANZ MORÁN
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

I

Al recibir la amable invitación de los discípulos de Enrique Peñaranda para participar en esta obra colectiva, pensé de inmediato en dos campos que han concitado nuestro mutuo interés de manera recurrente: los delitos contra la vida y los problemas relacionados con la unidad y pluralidad de delitos. De ahí la elección finalmente adoptada: una breve reflexión crítica sobre el sentido y alcance de la singular previsión contenida en el artículo 140.2 CP¹, a la que se anuda, además, una consecuencia jurídica tan extrema como lo es la prisión permanente revisable. Por razones generacionales, mi relación académica y personal con el profesor Peñaranda se ha prolongado durante décadas, culminando con una colaboración muy estrecha en estos últimos años, lo que me ha permitido conocer de primera mano su rigor intelectual y bonhomía. De ahí la alegría de poder contribuir, aunque sea de manera modesta, en este merecido homenaje al admirado compañero y querido amigo. Apenas es necesario indicar que, dadas las limitaciones de espacio impuestas a las contribuciones de este libro, me veo obligado a reducir también al mínimo las referencias bibliográficas.

¹ «Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado del mismo artículo».

II

Al ocuparse, muy tempranamente, con la nueva regulación del delito de asesinato, introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo, insistía ya con precisión Peñaranda Ramos en dos datos fundamentales. En primer lugar, los cambios incorporados obedecen, de manera decisiva, a la necesidad de justificar la nueva pena de prisión permanente revisable. Se confirmaría así la conocida afirmación de Franz von Liszt en el sentido de que no existe un concepto de asesinato reconocido con carácter general, surgido en la conciencia jurídica popular de las diversas culturas, sino que es la pervivencia de la pena capital la que obliga a seleccionar algunas formas de homicidio doloso a las que vincular su aplicación: existe, en definitiva, asesinato sólo porque hay pena de muerte. Planteamiento que retoma años después Artz, pero refiriéndolo no a la pena capital, sino a la reclusión perpetua: es la pervivencia de esta pena la que determina la existencia del asesinato. Este punto de vista, incorporado a la discusión española sobre la reforma de los delitos contra la vida en los años ochenta del pasado siglo por Torío López² es del que se hizo eco también entonces el profesor ahora homenajeado³. El otro dato que destacó Peñaranda es el de la «insostenible dosis de improvisación»⁴ que puso de manifiesto la mencionada reforma del delito de asesinato y recordaba, con razón, que no estamos ante una tarea «que quepa resolver simple y llanamente por un procedimiento de tanteo, quitando o poniendo circunstancias cualificativas»⁵.

Esto se percibe de manera nítida en el precepto que ahora nos ocupa y que transcribíamos más arriba (en la nota 1). No podemos entrar aquí a considerar los distintos problemas interpretativos que suscita esta oscura regla que, de acuerdo con los autores que la han abordado con algo de detenimiento⁶ —y dejando a un lado la inexacta remisión de su segundo inciso— obligaría a tomar partido en relación (al menos) a estos extremos⁷: a) el número mínimo de delitos que debe cometer el sujeto activo (tres o cuatro); b) dada la referencia a

² TORÍO LÓPEZ, 1983, pp. 95-97.

³ PEÑARANDA RAMOS, 2013, pp. 491-2 y 2014 (a), p. 99. Hemos insistido también en esta correlación entre prisión perpetua y asesinato en SANZ MORÁN, *ADPCP*, 1995, pp. 797 ss. y 2016, pp. 823-824.

⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2014 (a), p. 101.

⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2013, p. 500 y 2014 (a), p. 101.

⁶ Además de las referencias recogidas en las obras generales, así como en las obras colectivas dedicadas a la reforma penal de 2015, cabe recordar aquí, de manera especial, las contribuciones monográficas de DE PAÚL VELASCO, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 2021; MARTÍNEZ SANROMÁ, *InDret*, 2025; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *RP*, 2021.

⁷ Véase, en particular, DE PAÚL VELASCO, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 2021 y, siguiéndole parcialmente, MARTÍNEZ SANROMÁ, *InDret*, 2025, pp. 531 ss.

«la muerte», ¿qué clase de delitos (homicidios, asesinatos) tienen que haberse cometido?; c) si el precepto se aplica a quien «ha sido» ya previamente condenado por dichas «muertes» o pueden juzgarse todas ellas ahora, en un solo proceso; y, en este último caso, d) si la prisión permanente revisable se aplica como pena única para todos los delitos o sólo recae en relación al último asesinato, recibiendo los demás (homicidios o, en su caso, asesinatos) las penas que a cada uno corresponda.

La doctrina mayoritaria se inclina a entender, por razones de proporcionalidad (y en atención también a la referencia a los «asesinatos reiterados o cometidos en serie» recogida en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015) que las distintas condenas tienen que serlo por delito de asesinato, aunque el tenor literal del precepto permita otras interpretaciones, al referirse simplemente a «la muerte» de más de dos personas. En cualquier caso, el delito por el que se impone la prisión permanente revisable sí tiene que ser un asesinato, dada la explícita referencia al mismo («al reo de asesinato...») del artículo 140.2 CP. Aquella misma apelación a la «muerte», excluiría, por otra parte, los delitos intentados. Y si debe existir condena por «más de dos» (es decir, al menos tres) de esas muertes, ello significa que, junto a la que ahora se juzga, hablamos al menos de cuatro muertes. La discusión más intensa se produce a la hora de decidir si el tenor literal del precepto («...reo...que hubiera sido condenado...») obliga a entender que el sujeto tiene que haber sido previamente condenado por «la muerte de más de dos personas», o, por el contrario, cabe la posibilidad de aplicar el precepto en cuestión cuando las distintas «muertes» a su cargo se juzgan de manera conjunta.

En relación a estas distintas cuestiones ha tenido ocasión de pronunciarse el profesor Peñaranda y, en lo que se refiere, en particular, a la última de ellas, se inclina a pensar que el tiempo verbal empleado («hubiera sido condenado») obliga a entender que «la condena por las otras muertes habría de ser precedente», con lo que «nos hallaríamos ante un supuesto específico de reincidencia»⁸. Como apuntaba más arriba, no es propósito de estas páginas entrar en el análisis de los argumentos aducidos en favor de las posibles soluciones a los problemas interpretativos indicados, sino que me interesa más bien enfocar la cuestión desde la perspectiva del problema político legislativo que plantea el asesinato múltiple y los modos de abordarlo. Antes de ello, debemos mostrar, siquiera de manera sucinta, cómo viene aplicando la jurisprudencia este controvertido artículo 140.2 CP.

⁸ Véase sólo el resumen ofrecido en PEÑARANDA RAMOS, 2023, nms. 7115-7117.

III

Y lo primero que cabe constatar es precisamente la ausencia de una línea interpretativa uniforme en las escasas resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que se han ocupado con este precepto. Limitándonos a las más significativas, la STS 814/2020, de 5 de mayo (Ponente: Marchena Gómez), que se ocupa con el denominado «caso Pioz», deja fuera de su consideración, «dados los términos en los que el motivo ha sido formalizado», si la condena por más de tres delitos tiene que serlo por asesinato, o si tienen o no que haber sido dictadas en el mismo procedimiento, para centrarse exclusivamente en el problema planteado: si la condena a prisión permanente revisable, de acuerdo con lo previsto en este artículo 140.2 CP absorbe las penas correspondientes a todos los asesinatos, rechazándolo de manera rotunda: «No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de la consunción»; y negando que este castigo independiente de los distintos delitos pueda infringir el principio non bis in ídem.

Sin embargo, la STS 113/2022, de 10 de febrero (Ponente: Palomo del Arco), entiende que el artículo 140.2 CP impone una única pena de prisión permanente revisable por las distintas muertes, lo que a su vez «permite concluir, en obvia congruencia, que debe tratarse de muertes enjuiciadas conjuntamente»; conclusión no impedida por la expresión literal «hubiera sido condenado», que «puede entenderse como forma arcaica de expresar “fuese”». Estaríamos así ante una regla concursal que armoniza con lo establecido para el asesinato simultáneo de tres o más personas en unidad de acción por el Acuerdo de Sala de 20 de enero de 2015.

De nuevo encontramos una solución distinta en la STS 969/2022, de 15 de diciembre (Ponente: Polo García), que apela a la reiterada expresión verbal utilizada por el legislador para concluir que «la condena que cualifica y agrava el asesinato ha de ser anterior a la comisión del (nuevo) asesinato»⁹. De modo que el artículo 140.2 CP sólo es aplicable «a quien cometa un asesinato después de haber sido ya condenado (por tanto, en sentencias anteriores) por al menos tres muertes más»; además, teniendo en cuenta la gravedad de la pena prevista, se inclina a entender que esas condenas previas tienen que serlo por asesinatos consumados. Estaríamos aquí, por tanto, ante un supuesto de «multitreincidencia» o de «reincidencia cualificada».

⁹ Y añade: «parece gramaticalmente claro que si se hubiese querido contemplar el caso de asesinatos múltiples enjuiciados en un mismo procedimiento, la expresión simple y más correcta habría debido ser “quienes sean condenados”, o quienes “fueren” condenados, pero no quienes “hubieran sido” condenados».

Y la última, por ahora –salvo error por nuestra parte–, de las sentencias del Tribunal Supremo que han tenido ocasión de confrontar la regla que nos ocupa es la 776/2024, de 18 de septiembre (Ponente: Magro Servet)¹⁰, que analiza extensamente los problemas interpretativos del artículo 140.2 CP, para concluir, adhiriéndose a la STS 113/2022, que no cabe exigir condenas previas; pero, a diferencia de la última resolución citada, entiende que la prisión permanente revisable no se impone como pena única por los distintos asesinatos juzgados conjuntamente, sino que éstos deben ser objeto de condenas separadas, en la línea de lo establecido por la STS 814/2020. Resultan, en todo caso, muy problemáticas, algunas de las afirmaciones vertidas en la resolución que ahora nos ocupa en apoyo de las soluciones adoptadas. Por ejemplo, a la hora de soslayar el tan reiterado tenor literal del precepto en lo que apunta a la exigencia de condenas previas, apela insistentemente en la importancia de atender a la «*mens legislatoris*» y aduce además que dicha toma en consideración de condenas previas «plantearía problemas con el principio de proporcionalidad y relativos al non bis in ídem». Ahora bien, como recuerda la STS 814/2020, esto es precisamente lo que sucede en un caso tan paradigmático como el previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 173 CP, que agrava la pena de los malos tratos en el medio familiar cuando se llevan a cabo de manera habitual, «con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». Por otra parte, afirma tajantemente la resolución que comentamos que esta aplicación del artículo 140.2, aunque los distintos asesinatos sean conjuntamente enjuiciados, «afecta a los asesinos en serie, a los múltiples y atentados terroristas, por ejemplo, con varios resultados». Aquí está, a mi modo de ver, la clave del problema: al que causa varias muertes hay que juzgarle con la máxima severidad (prisión permanente revisable), con independencia de que sean hechos sucesivos, o, por el contrario, se realicen en unidad de contexto, incluso con una misma acción (ejemplo del atentado terrorista); esto es, haciendo abstracción de las reglas concursales previstas al efecto en el Código Penal. Veamos esto con algo más de detenimiento.

IV

La afirmación de la STS 776/2024, que acabamos de recoger, hay que ponerla en relación con la referencia –como veíamos más arriba– de la STS 113/2022 al Acuerdo de Sala de 20 de enero de 2015 (aplicado por prime-

¹⁰ Encontramos un minucioso estudio de la misma en MARTÍNEZ SANROMÁ, *InDret*, 2025, especialmente, pp. 536 ss. Nos ocupábamos también sucintamente de esta resolución en SANZ MORÁN, *RDPP*, 2025.

ra vez en la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015), que entendió aplicables, «a efectos de penalidad», las «reglas previstas para el concurso real» de delitos, en caso de «ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado». Lo que, en definitiva, tratan de evocar estas resoluciones es que la regla del artículo 140.2 CP es una forma específica de respuesta a un problema más general, como lo es el del homicidio/asesinato múltiple, sea por medio de una sola acción o con acciones separadas y autónomas.

Enlaza, por tanto, el precepto nos ocupa, con aquella decisión de la Sala Penal del Tribunal Supremo de prescindir del tenor del artículo 77.2 CP y convertir en concurso real las múltiples muertes o lesiones dolosamente causadas (o intentadas) con una única acción. Por cierto, una de las escasas cuestiones concursales en las que discrepamos el homenajeador y yo es ésta del tratamiento del denominado concurso ideal homogéneo¹¹. Obviamente, no es éste el momento de volver sobre ello.

Pero también cabe constatar un claro nexo entre la decisión judicial que acabamos de evocar y algunas reglas concursales específicas previstas en el mismo Código Penal. En concreto, las incorporadas en los artículos 142 bis y 152 bis CP para el caso de muertes o lesiones plurales fruto de una misma conducta imprudente¹². Se hace eco también de este paralelismo la profesora Pantaleón Díaz: «En ambos casos, podría decirse que se trata de “válvulas de escape” frente a la insatisfacción que produce el que, en el sistema español –al menos tal y como lo interpreta la doctrina mayoritaria– la unidad de acción sea *siempre*, con independencia del resto de circunstancias un elemento que impide rebasar el marco penal previsto para el delito más grave de los cometidos»¹³. No hay que olvidar, por otra parte, que la introducción de las mencionadas cláusulas, en el año 2019, pone de manifiesto, entre otras cosas, la escasa memoria del legislador si recordamos que se vio abocado a derogar en 2015 otras cláusulas igualmente problemáticas, incorporadas en 2003, por las que cuatro faltas de lesión o de hurto, llevadas a cabo en el plazo de un año, se convertían en los respectivos delitos, cláusulas que dieron lugar a importantes problemas interpretativos, incluso de carácter constitucional¹⁴. No deja, sin embargo, el legislador de tantear con la solución más adecuada a la figura del históricamente denominado «*famosus latro*» y en esa misma reforma de 2015 sustituye

¹¹ Véase, respectivamente, PEÑARANDA RAMOS, 2024 (a) y SANZ MORÁN, 2017.

¹² Cfr., por todos, TRAPERO BARREALES, *RECPC*, 2019 (especialmente, pp. 26-37) y PANTALEÓN DÍAZ, 2024.

¹³ Véase PANTALEÓN DÍAZ, 2024, p. 183.

¹⁴ Cfr. la STC 185/2014, de 6 de noviembre.

la mencionada cláusula concursal del hurto por una agravación específica al multirreincidente en dicho delito que, como es notorio, también ha planteado numerosos problemas (Acuerdo de Sala sobre su alcance cuando las condenas previas lo son por hurtos leves, nueva modificación legal en 2022 para salir al paso de ese Acuerdo), en cuyo detalle no podemos detenernos.

De lo que sucintamente acabamos de recordar se desprende que la regla prevista en el artículo 140.2 CP, objeto de esta contribución, se inscribe en el contexto de una serie de intentos, unas veces por parte del legislador y en otras ocasiones a cargo de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, en último término, buscan soslayar las normas concursales previstas en los artículos 73 y siguientes del Código Penal, cuando entienden que de su aplicación derivan resultados no acordes con una determinada idea de justicia (básicamente retributiva). Y no es casual, por ello, que, como hemos visto anteriormente, se separen las opiniones en doctrina y jurisprudencia a la hora de determinar si en el caso que nos ocupa estamos ante una cláusula concursal específica o ante un supuesto de multirreincidencia, al ser las vías convencionalmente utilizadas en relación al tratamiento del delito reiterado; y ambas, como acabamos de ver, igualmente problemáticas. Sin embargo –y siguiendo de nuevo la acertada reflexión de Pantaleón Díaz–, «el objetivo podría lograrse también a través de una regulación racional de la concurrencia delictiva que hiciera superfluas estas excepciones»¹⁵. Ello nos conduce a una serie de reflexiones de *lege ferenda*, con las que cerramos este apunte.

V

Como señalábamos al comienzo de esta contribución, en absoluto hemos pretendido abordar en ella las múltiples cuestiones interpretativas que suscita esta singular regla prevista en el artículo 140.2 CP. Indiquemos, en fin –a modo de ejemplo–, algunos otros interrogantes que plantea. Si, como afirman algunos autores y resoluciones del Tribunal Supremo, puede aplicarse en caso de que las distintas «muertes» se juzguen conjuntamente, ¿cabe hacerlo también en caso de que dichas «muertes» procedan de una única acción? (apunta a ello la STS 4535/2024). Pero, en este caso, si se entiende que se trata de una regla concursal en cuya virtud la prisión permanente revisable se impone como pena «única» que absorbe a las correspondientes a los distintos delitos (en este sentido la STS 113/2022), ello entraría en contradicción con el criterio jurisprudencial de

¹⁵ Véase PANTALEÓN DÍAZ, 2024, p. 187.

aplicar en tal supuesto las reglas de penalidad previstas para el concurso real de delitos. Por otra parte, si como sostiene algunas de las resoluciones mencionadas, la prisión permanente revisable se impone para el último de los delitos (en este caso, inexorablemente un asesinato, puesto que se habla del «reo de asesinato...»), sin perjuicio de las impuestas a los demás (homicidios o asesinatos, según la interpretación que se asigne al término «muerte»), se plantea entonces el problema de que en caso de juzgarse conjuntamente varios asesinatos, el último de ellos se sanciona con una pena (prisión permanente revisable) cualitativamente distinta de la que corresponde a los demás, sin razón alguna que lo justifique. Y un último ejemplo: si se exigen, para aplicar esta prisión permanente revisable, condenas previas por al menos tres muertes (ya se trate de homicidios o asesinatos, dependiendo de la interpretación que se siga), podríamos encontrarnos ante el problema del denominado concurso posterior o retrospectivo y plantear la (eso sí, improbable) hipótesis de imponer la pena de prisión permanente revisable prevista en el artículo 140.2 CP, por vía de la denominada «refundición de condenas». Y así podrían seguir apuntándose dudas interpretativas, de muchas de las cuales se ha venido ocupando la doctrina.

Llegados a este punto, no cabe sino efectuar algunas consideraciones conclusivas que apuntan, necesariamente, a una profunda reforma del derecho vigente en distintas direcciones.

En primer lugar, habría que «deshacer» completamente la reforma de los delitos contra la vida operada por la LO 1/2015 y alguna otra norma posterior que hemos recordado. Si, como indicaba al principio, tal reforma tuvo como único motivo la introducción de la pena de prisión permanente revisable, nada mejor que suprimir esta pena, como, por otra parte, viene demandando la doctrina de manera muy mayoritaria, y volver a un modelo regulativo de los delitos de homicidio y asesinato próximo al existente anteriormente. Qué duda cabe que nada impide abordar la reforma de estos delitos, pero siendo figuras centrales de cualquier sistema penal, ello debería ir precedido de un intenso debate buscando el máximo consenso científico¹⁶ y no al modo improvisado y en alta medida arbitrario en que se llevó a cabo hace diez años.

Pero, más allá de ello, el artículo 140.2 CP pretende dar respuesta específica —como se desprende de la Exposición de Motivos— al problema del homicida o asesino «múltiple» o «reiterado», de acuerdo con la denominación que se prefiera. Y ello enlaza directamente con la mencionada reforma del homicidio y las lesiones imprudentes, cuando la conducta se proyecta sobre

¹⁶ A tal finalidad iba orientada, modestamente, mi contribución de 1995. Y en el mismo sentido se orienta el modélico estudio de PEÑARANDA RAMOS, 2014 (b).

distintas víctimas. En ambos casos se trata, como hemos indicado, de eludir el tratamiento sancionador derivado de la aplicación de las reglas que rigen la concurrencia delictiva. Ahora bien, lo que resulta insoslayable es, precisamente, la reforma en profundidad de estas reglas y a este objetivo ha orientado de manera particular su actividad investigadora el profesor Peñaranda Ramos, como he podido constatar de primera mano¹⁷.

Obviamente, no es el momento de ofrecer los detalles de una regulación «racional» de la concurrencia delictiva, cuestión en la que me vengo ocupando desde el inicio de mi actividad investigadora, pero ya se opte (como quiere Peñaranda) por una respuesta uniforme, o (como yo mismo he propuesto) por otra diferenciada entre las distintas modalidades concursales¹⁸, siempre que, en este último caso, las respectivas respuestas se aproximen y partiendo, en cualquiera de los dos planteamientos, del abandono del criterio de la acumulación de penas como punto de partida de la regulación y su sustitución por la absorción de las demás penas en la del delito más grave, con la posibilidad, en su caso, de exasperación de ésta se ofrecería una respuesta al delito múltiple que haría innecesarias reglas como las que, en el ámbito de los delitos contra la vida, recogen los artículos 140.2 y 142 bis CP

Una última consideración: La reiterada referencia de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en relación al contexto que nos ocupa, a los «asesinatos reiterados o cometidos en serie», parece apuntar –lo ha recordado la doctrina– a un determinado tipo criminológico de autor: el «*serial killer*», caracterizado por su peligrosidad criminal. Cabe recordar, a este respecto, que para Torío López, habría que ver en la prisión perpetua no tanto una pena, cuanto una específica medida de seguridad. Pero, como recuerda este autor, «una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisibile como las presunciones de culpabilidad»¹⁹.

Ahora bien, se da la circunstancia de que en la misma reforma que introduce la pena de prisión permanente revisable, se amplía a su vez el alcance la de medida de seguridad denominada «libertad vigilada», en su modalidad de cumplimiento post-penitenciario, esto es, acumulada a la pena y prevista, por tanto, para sujetos imputables. Incluso, en uno de los Anteproyectos que están en el origen de esta reforma del año 2015, se contemplaba la introducción de la controvertida custodia de seguridad. Se pretendía, con ello, avan-

¹⁷ Véase sólo el reciente volumen colectivo PEÑARANDA RAMOS/ POZUELO PÉREZ, 2024. De particular interés resulta el amplio estudio conclusivo de PEÑARANDA RAMOS, 2024 (b) allí contenido.

¹⁸ Véase las respectivas propuestas en PEÑARANDA RAMOS, 2024 (b) y SANZ MORÁN 2024

¹⁹ Véase TORÍO LÓPEZ, 1983, p. 97.

zar en la profundización, apuntada en 2010, hacia «hacia la definitiva consagración de un sistema dualista tomando como punto de partida la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad», como indicaba la Exposición de Motivos. Ahora bien, como hemos reiterado en distintas ocasiones, una consecuente respuesta «dualista» (en el –muy discutible– sentido que utiliza esta expresión el legislador), que combine pena ajustada a la culpabilidad con medidas complementarias dirigidas a controlar la peligrosidad criminal del sujeto, tendría que pasar por una adecuada depuración conceptual del contenido de una y otra consecuencia jurídica del delito; y, en particular, si pretendemos que la peligrosidad criminal se combata exclusivamente a través de medidas específicas, no se entiende que no se proceda a una sensible disminución de la intensidad de las penas. En otras palabras, si entendemos que el asesino múltiple es un sujeto especialmente peligroso, lo lógico es añadir a la pena correspondiente al delito de asesinato que ahora se juzga, una medida de seguridad, en la línea de la libertad vigilada, dirigida exclusivamente a controlar esa peligrosidad (en caso de que persista una vez extinguida la pena). Lo que resulta inadmisibile es imponer, en base a esa peligrosidad, una pena de prisión permanente revisable, completada además con la mencionada medida, como resulta ahora de la combinación de los artículos 140.2 y 140 bis CP.

Baste con este mínimo apunte, para cerrar esta contribución, que no pretende sino proseguir el fecundo diálogo que vengo manteniendo hace décadas con Enrique Peñaranda y del que soy, sin duda, el mayor beneficiario.

BIBLIOGRAFÍA

- DE PAÚL VELASCO, José Manuel: *Los asesinatos reiterados o en serie: el inextricable artículo 140.2 del Código Penal*, Revista Jurídica de les Illes Balears, núm. 20, 2021.
- MARTÍNEZ SANROMÁ, Oriol: *Asesinatos en serie y prisión permanente revisable. Comentario a la STS 776/2024, de 18 de septiembre*, InDret, núm. 1, 2025, pp. 529-542.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta: *Conductas imprudentes con pluralidad de resultados de muerte o lesiones: las cláusulas concursales especiales de los artículos 142 bis y 152 bis CP*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 181-188.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo, Buenos Aires, 2014.
- *Delito de asesinato: Artículos 139, 140 y 140 bis CP*, en Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Valencia, 2013, pp. 485-509.

- *Informe crítico sobre la reforma de los delitos de homicidio, asesinato y lesiones en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal*, en Informe sobre los Proyectos de reforma del Código Penal, Ley de seguridad privada y Ley Orgánica del Poder Judicial, Valencia, 2014, pp. 98-126.
- *Delitos contra las personas*, en Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2023.
- *¿Unidad o pluralidad de hechos en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola acción?*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 189-222.
- *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 283-407.
- SANZ MORÁN, Ángel J.: *Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1995, pp. 783-848.
- *La reforma de los delitos contra la vida*, en Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid, 2016, pp. 821-838.
- *Una única acción, ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial*, en Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir, Montevideo, Buenos Aires, 2017, pp. 865-876.
- *Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 271-282.
- *Asesinato múltiple y prisión permanente revisable*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, núm. 77, 2025.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: *El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable*, Revista Penal, núm. 48, 2021, pp. 205-215.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel: *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)*, en Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda, Bilbao, 1983, pp. 77-114.
- TRAPERO BARREALES, María: *Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 21-11, 2019.

10. EUTANASIA Y DERECHO PENAL: UNA MIRADA DESDE LOS APORTES DE ENRIQUE PEÑARANDA *

JOSÉ-ZAMYR VEGA GUTIÉRREZ
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Alcalá

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la eutanasia puede concebirse –siguiendo a Jericó– como una de las «mayores conquistas sociales del inicio del s. XXI»¹, ya que tras décadas de debates que reflejaban una clara tendencia hacia la despenalización de la eutanasia, España se ha sumado finalmente a la lista de países europeos que cuentan con una legislación que, en términos generales y sin perjuicio de posteriores modificaciones, apuesta por el reconocimiento de la autodeterminación del ser humano en contextos eutanásicos, y cuya constitucionalidad ha sido avalada por el TC español². Así, las cuestiones que aquí se abordarán están relacionadas fundamentalmente con algunos de los presupuestos materiales para la prestación de la ayuda a morir recogidos en la LORE, y que también han sido analizados por el profesor Enrique Peñaranda con la lucidez intelectual que le caracteriza.

* 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 Universidad de Alcalá, por el Prof. Dr. Miguel Ángel Ramiro Avilés. En lo que al estudio de categorías generales de la teoría del delito se refiere, también se encuadra en el proyecto de investigación de referencia PID2024-157227NB-I00.

¹ JERICÓ OJER, 2022, p. 1211.

² Cfr. las SSTC 19/2023, de 22-3 y 94/2023, de 12-9.

Se analizarán, pues, los requisitos que giran en torno al sujeto que solicita la eutanasia, el contexto eutanásico y, finalmente, las conductas exentas de responsabilidad penal. Así mismo, con el deseo de que nuestro homenajeado se pronuncie en un futuro sobre estos temas, dentro del esquema propuesto, también se plantearán otras cuestiones que en el ámbito de la eutanasia han generado un intenso debate, como es el caso de la eutanasia de menores —especialmente de recién nacidos— o la revocabilidad del testamento vital a través del consentimiento presunto.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA EUTANASIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1. Eutanasia y minoría de edad: especial referencia a la «eutanasia precoz»

a) Si en el plano general la eutanasia es un tema especialmente complejo por las implicaciones éticas, morales y jurídicas que se derivan del reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida cuando una persona está aquejada de una grave enfermedad que provoca sufrimientos insoportables, el debate sobre la impunidad de la ayuda a morir en un contexto eutanásico alcanza un punto álgido cuando involucra a menores de edad³, esto es, a niños y adolescentes, habiéndose planteado incluso la cuestión de la eutanasia en relación con los recién nacidos, es decir, la denominada «eutanasia precoz» (*frühe Sterbehilfe*)⁴. En efecto, la discusión sobre la regulación legal de la eutanasia ha girado tradicionalmente en torno a las personas mayores de edad, relegando hasta ahora a los menores de edad *por mor* de su falta de capacidad de obrar en relación con una decisión que puede afectar de manera irreversible un bien jurídico esencial como es la vida. Y esta ha sido precisamente la orientación del legislador español, ya que, entre los requisitos para acceder a la prestación de la ayuda para morir se exige, conforme al artículo 5.1 a) LORE, entre otros, que la persona sea *mayor de edad*, capaz y consciente en el momento de la

³ CORCOY BIDASOLO, RByD, 2024, p. 113, advierte que el caso de los menores es uno de los más complejos.

⁴ Sobre la eutanasia para menores de edad, se han pronunciado, entre otros, en la doctrina española, GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, *passim*; REY MARTÍNEZ, 2008, p. 475; HERNÁNDEZ GARCÍA, 2021, pp. 93-118; JUANATEY DORADO, T&D, 2021, pp. 83 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 225 ss.; ROMEO CASABONA, Foro FICP, 2021, p. 69; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, T&D, 2021, p. 104. En la doctrina alemana, sobre la eutanasia precoz, entre otros, SAFFERLING, StGB § 212, 2020, Nm. 38, 54; LIPP, 2021, Nm. 187-195; NEUMANN, StGB §§ 211-217, 2023, Nm. 136-138; STENBERG-LIEBEN/WEISSER, StGB § 216, 2025, Nm. 107-110; SCHNEIDER, StGB §§ 2011, 2025, Nm. 261-263.

solicitud. Respecto a esta limitación, hay quienes, pese a mostrarse partidarios del futuro reconocimiento de la ayuda a morir para menores suficientemente «maduros», sostienen que en el contexto en el que se discutió y aprobó la LORE era más conveniente, por razones de prudencia y coherencia, introducir el requisito subjetivo de la mayoría de edad⁵.

Aunque la exclusión de los menores del derecho a la ayuda a morir haya estado condicionada, entre otras razones, porque la mayoría de edad es la opción preponderante en las legislaciones que han despenalizado la eutanasia, no se puede negar que con esta limitación se produce un trato discriminatorio para los menores, ya que se ven constreñidos a soportar el sufrimiento derivado de un padecimiento grave, y esto con independencia de que, como a veces se argumenta, tengan la posibilidad de acceder a tratamientos paliativos⁶. Desde esta perspectiva, puede admitirse que, como sostiene Juanatey Dorado, no se advierte una justificación clara para limitar la eutanasia a menores suficientemente maduros, aunque, para compensar su déficit de juicio, la autora propone que el reconocimiento de la capacidad del menor maduro para la eutanasia esté acompañado de un sistema de *decisión conjunta* con intervención de padres o tutores y del responsable médico⁷. A nuestro juicio, tal propuesta, que sin duda alguna tiene la ventaja de procurar al menor el acceso al procedimiento eutanásico, no estaría exenta de objeciones, ya que por esta vía se articularía un reconocimiento limitado y susceptible de problemas de aplicación. Pensemos,

⁵ JUANATEY DORADO, 2020, pp. 16 ss. y 19 ss.; T&D, 2021, p. 89, alude a la coherencia con la regulación del consentimiento de los menores en el ámbito sanitario, concretamente con lo previsto en el art 9.4 de la Ley 41/2022, de 14-11 o LAP, que excluye el consentimiento del menor –y admite el consentimiento por representación– cuando hay grave riesgo para la vida o la salud; en el mismo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, T&D, 2021, p. 104-105; JERICÓ OJER, 2022, pp. 1197-1198, aunque luego destaca que, ciertamente, la LORE no admite en ningún caso, a diferencia de la LAP, el consentimiento por representación. En relación con este extremo, PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 225, señala con razón que la coherencia no es tanta, habida cuenta de que la LORE no establece la necesidad de consentimiento del representante legal del menor, sino que simple y llanamente impide al menor el acceso a la prestación de la ayuda a morir. En efecto, conforme a la LORE, el menor no puede acceder al procedimiento eutanásico en ningún caso, esto es, ni prestando directamente y de forma expresa su consentimiento, ni a través de la figura del consentimiento por representación. En parecidos términos, ROMEO CASABONA, Foro FICP, 2021, p. 69, manifestaba que la regulación del consentimiento del menor, recogida en la LAP no es aplicable al ámbito de la eutanasia, puesto que esta no se refiere a un acto médico, sino a la privación punible de la vida del sujeto pasivo.

⁶ En este sentido, ROMEO CASABONA, Foro FICP, 2021, p. 50; PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 224, señala que la creciente existencia de tratamientos paliativos del dolor constituye sólo un remedio parcial.

⁷ JUANATEY DORADO, 2020, pp. 16 ss. y 19 ss.; T&D, 2021, p. 89. En contra, HERNÁNDEZ GARCÍA, 2021, p. 116, considera razonable la exclusión de los menores de edad del derecho a la eutanasia, habida cuenta de que –a su juicio– con esta medida se neutraliza el riesgo de los menores a influencias que ponen en peligro la autodeterminación de su propia vida; ROMEO CASABONA, Foro FICP, 2021, p. 50, también sostiene que esta restricción es razonable, ya que de esta forma se sale al paso a eventuales solicitudes de niños para acceder a la eutanasia, como ha ocurrido en otros países.

por ejemplo, en un supuesto en el que no confluyen la voluntad del menor y la de sus padres: en tal escenario, todo apunta a que se impondrá la decisión de los padres y que el menor maduro no podrá acceder a la eutanasia, aunque, ciertamente, podría articularse un mecanismo, *v.gr.*, la creación de una comisión, que realice una valoración objetiva del caso⁸.

b) Otra interesante propuesta, tampoco libre de objeciones, es la que plantea Tomás-Valiente, en el sentido de que, en caso de llegarse a reconocer el consentimiento del menor, lo más aconsejable sería restringir su alcance a casos de intenso sufrimiento en situaciones irreversibles de terminalidad, excluyendo así los supuestos de padecimiento crónico e imposibilitante (p. ej. una lesión medular). En este sentido, la autora sostiene que exigir al menor maduro en situación de incapacidad física un tiempo «extra» de espera para adaptarse a su condición, no constituiría una imposición desproporcionada⁹. Por su parte, Corcoy Bidasolo defiende la posibilidad de que no sólo los menores, sino también los incapaces, puedan ejercer sus derechos –incluida la solicitud de la ayuda a morir–, siempre que se pueda constatar su capacidad natural de consentir, habida cuenta de que aquí entran en juego bienes jurídicos esenciales, como la vida, la salud o la intimidad¹⁰.

c) Finalmente, de cara a un futuro debate sobre la eutanasia de menores de edad, parece oportuno exponer aquí algunas cuestiones relacionadas con la eutanasia precoz, es decir, la eutanasia de recién nacidos extremadamente inmaduros o con lesiones graves e irreversibles, aunque en ningún caso vinculada a la eugenesia socialmente útil, sino más bien –como sugiere Neumann– a la necesidad de ponderar el interés vital del recién nacido frente al dolor y la severa discapacidad a la que está sometido¹¹. No obstante, hay quienes sostienen que se ha de partir de un criterio estricto, en virtud del cual sólo cabría la ayuda a morir del recién nacido en casos de graves afectaciones con perspectivas evidentes de fracaso. En este sentido, en la doctrina se ha propuesto la aplicación de los principios generales, en virtud de los cuales los padres no pueden disponer de la vida del recién nacido, pero sí acordar la aplicación de

⁸ Aunque el caso no involucra a un menor de edad, valga el siguiente ejemplo como muestra de los conflictos que podrían surgir entre padres e hijos menores de edad que soliciten la eutanasia: así, los tribunales españoles han conocido un caso en el que un padre se opone a la eutanasia solicitada por su hijo *mayor de edad*, quien, en principio, parece cumplir con todos los requisitos para acceder a la prestación de la ayuda a morir, *vid.* al respecto, el ATS 10102/2025, de 5-11 y la STSJ Cataluña 1187/2025, de 1-4.

⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, T&D, 2021, p. 105.

¹⁰ CORCOY BIDASOLO, RByD, 2024, p. 117; GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, p. 152, en el ámbito de la eutanasia pasiva e indirecta defendía –ya antes de la aprobación de la LORE– la inclusión de los menores maduros en la eutanasia, aunque condicionada a la existencia de un texto legal con protocolos de actuación que legitimaran formalmente, en estos casos, la práctica de la eutanasia.

¹¹ NEUMANN, Vorbemerkungenn zu §§ 211-217 StGB, 2023, Nm. 136.

un tratamiento paliativo que acorta la vida (eutanasia indirecta) o la renuncia o interrupción de un tratamiento (eutanasia pasiva)¹², cuando hay signos manifiestos de no viabilidad¹³, aunque, por otro lado, hay quienes admiten la interrupción del tratamiento que prolonga la vida del recién nacido cuando se prevé que en el futuro no podrá comunicarse en absoluto, ni siquiera de forma rudimentaria, o cuando se trata de niños con graves daños cerebrales¹⁴. Ahora bien, con independencia del alcance objetivo de la eutanasia precoz, sí hay acuerdo en la irrelevancia de las motivaciones económicas, sociales o familiares en la toma de decisión¹⁵.

d) En todo caso, si bien un sector doctrinal se inclina por admitir la eutanasia de los recién nacidos, también critica el uso de esta terminología, toda vez que falta aquí la voluntad del paciente que es el criterio decisivo en este ámbito¹⁶, razón por la cual se entiende que el criterio que debe regir la actuación médica en estos casos es el de la aplicación de *medidas orientadas al bienestar del niño*, de allí la propuesta de admitir legalmente la eutanasia indirecta y pasiva¹⁷. En tal sentido, mientras un sector de la doctrina defiende que la interrupción del tratamiento ha de fundamentarse en la ponderación de

¹² LIPP, 2021, Nm. 193. Desde esta perspectiva, por tanto, se excluye de este ámbito la eutanasia activa directa, es decir, la muerte activa y selectiva de recién nacidos para aliviar su sufrimiento; así, por ejemplo, SCHNEIDER, Vorbemerkung zu §§ 211, 2025, Nm. 262.

¹³ Así, en la doctrina alemana, SAFFERLING, StGB § 212, 2020, Nm. 54; SCHNEIDER, Vorbemerkung zu §§ 211, 2025, Nm. 262, sostiene que la eutanasia precoz pasiva debe quedar excepcionalmente impune en casos extremos, muy limitados y cuidadosamente justificados, con independencia de si la muerte del recién nacido es inminente o sólo se producirá un tiempo después. Aquí el objetivo es evitar que el niño padezca un sufrimiento grave e irremediable. En la doctrina española, GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, pp. 156-157, expone y analiza los planteamientos de quienes se pronuncian a favor de la eutanasia precoz, mediante la creación de un comité ético regido por criterios de evaluación estrictamente objetivos.

¹⁴ Vid. el dramático caso de Guillermo, un niño de ocho meses que fue atendido en varios hospitales madrileños por sufrir una meningitis. Luego de un periplo por hospitales y de recibir tratamientos médicos, el niño fue trasladado a su casa con cuidados paliativos. Un día, rodeado de un grupo íntimo de personas, los padres de Guillermo decidieron retirarle la sonda nasogástrica e iniciar la sedación paliativa hasta que, finalmente, el niño falleció. Cfr., al respecto, GARCÍA TEIGELL, DMD, 2012, pp. 12-15; en la doctrina alemana, LIPP, 2021, Nm. 189, 195, cita el caso de un niño que se encontraba en estado vegetativo, sin perspectiva de mejora y con una espasticidad grave, para quien los padres solicitaron la interrupción de la alimentación artificial.

¹⁵ Cfr. al respecto, SAFFERLING, § 212, 2020, Nm. 54; STENBERG-LIEBEN/WEISSER, StGB § 216, 2025, Nm. 107-108.

¹⁶ ROXIN, RECP, 1999: no se trata de un auténtico caso de eutanasia individual, por cuanto el recién nacido no tiene voluntad y por ende no es posible averiguar una voluntad presunta; SAFFERLING, § 212, 2020, Nm. 54: difícilmente se puede hablar de eutanasia en estos casos que entran en el campo de la eugenesia socialmente útil; así también, STENBERG-LIEBEN/WEISSER, StGB § 216, 2025, Nm. 108.

¹⁷ En este sentido, STENBERG-LIEBEN/WEISSER, StGB § 216, 2025, Nm. 108; GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, p. 153, antes de la aprobación de la LORE, planteaba que una interpretación literal del artículo 143.4 CP, que exige una petición seria e inequívoca de la ayuda a morir, podría llevar a defender que la eutanasia precoz era punible en todas sus formas, lo que según la autora no es admisible.

intereses, propia del estado de necesidad¹⁸, otro sector invoca el consentimiento presunto por entender que se puede recurrir a los intereses del recién nacido como criterio para apreciar una voluntad presunta, lo que sin duda alguna tiene la ventaja de que refleja la primacía de las preferencias individuales frente a valoraciones heterónomas sobre el interés preponderante¹⁹. Frente a esto último, se ha argumentado que la transferencia de los principios generales de la eutanasia pasiva, en favor de los pacientes incapaces de tomar decisiones fraca- casa porque, en el caso concreto de los recién nacidos, no tiene sentido invocar una voluntad presunta; en consecuencia, el dogma de la autodeterminación no es válido en el caso de personas que son incapaces de dar su consentimiento desde el principio²⁰. De cualquier forma, por ambas vías se llegaría a resultados coincidentes, siendo lo decisivo el pronóstico sobre la duración de la vida y el sufrimiento del recién nacido²¹.

e) La principal objeción que se ha formulado contra la eutanasia precoz es la vulneración del derecho fundamental a la vida, que se relativiza de forma inadmisiblesobre la base de una evaluación cualitativa de la vida que toma como referencia unos intereses vitales que se desvinculan de aquel derecho fundamental; sin embargo, a juicio de Schneider, desde una perspectiva jurídica, es muy poco probable que tal argumento, que en última instancia conduce a una comprensión eminentemente biológica de los derechos fundamentales, pueda desvirtuar no sólo la eutanasia precoz, sino también otras formas de eutanasia²². En parecidos términos, pero en relación con el modelo de eutanasia para mayores de edad establecido en la LORE, Peñaranda sostiene, frente a la tesis de quienes defienden radicalmente la indisponibilidad del derecho fundamental a la vida en cualquier circunstancia, que tal postura transforma inevitablemente el derecho a la vida en un «deber de vivir», incluso en circunstancias lamentables como cuando el sujeto padece alguna enfermedad que le provoca un gravísimo sufrimiento²³.

¹⁸ STENBERG-LIEBEN/WEISSER, StGB § 216, 2025, Nm. 108; SCHNEIDER, Vorbemerkung zu §§ 211, 2025, Nm. 262.

¹⁹ Así, NEUMANN, Vorbemerkungenn zu §§ 211-217 StGB, 2023, Nm. 137.

²⁰ ROXIN, RECPC, 1999, descarta el consentimiento presunto y se decanta por apreciar una situación de necesidad justificante; LIPP, 2021, Nm. 191: sugiere que el recién nacido no tiene voluntad propia y, por tanto, no se puede determinar una voluntad presunta; SCHNEIDER, Vorbemerkung zu §§ 211, 2025, Nm. 262, defiende el recurso al estado de necesidad como instrumento jurídico idóneo para determinar la legalidad de la interrupción del tratamiento, con base en una evaluación cualitativa de la vida de los recién nacidos gravemente lesionados; sin embargo, advierte que habrá que ser precavido al momento de determinar la situación de necesidad en el marco de la eutanasia precoz, debiendo excluirse los intereses económicos o sociales de terceros.

²¹ STENBERG-LIEBEN/WEISSER, StGB § 216, 2025, Nm. 108.

²² SCHNEIDER, Vorbemerkung zu §§ 211, 2025, Nm. 263.

²³ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 224. En línea similar, CORCOY BIDASOLO, 2024, p. 802.

f) A nuestro juicio, aunque a la hora de valorar la posible legalización de la eutanasia precoz se debe tener en cuenta la obligación estatal de proteger la vida –incluso la del recién nacido con graves afectaciones, cuya privación de la vida constituiría un delito de homicidio *lato sensu*–, lo cierto es que no se puede desconocer por completo que la asunción de un modelo de protección abstracta y absoluta de la vida, sin excepción alguna, implicaría imponer al recién nacido una vida con graves sufrimientos que, aunque sólo sea por un breve período de tiempo (y más aún en el caso de padecimientos incurables pero no mortales), vulnera otros intereses esenciales, como la integridad física o la dignidad humana.

2. Eutanasia, testamento vital e incapacidad súbita: ¿exclusión del consentimiento presunto?

a) Como hemos anticipado, además de la mayoría de edad, el artículo 5. 1 a) LORE exige que al momento de solicitar la eutanasia la persona tenga *capacidad y conciencia*, por lo que se excluyen los supuestos de incapacidad de hecho debidamente certificada por el médico responsable, salvo que el paciente hubiese plasmado su voluntad en un «documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos». Por tanto, se prestará la ayuda a morir si lo manifestado en el documento es la realización de la eutanasia en la situación concreta prevista y descrita en la LORE. Así, aunque la admisión legal de las declaraciones de voluntades anticipadas en caso de incapacidad de hecho debe valorarse positivamente, hay que reconocer que, como acertadamente ha advertido Peñaranda, se trata de un aspecto que previsiblemente provocará el mayor número de problemas en la aplicación de la ley, entre otras razones porque «da lugar a perplejidades en la valoración de los requisitos materiales de la ayuda a morir», principalmente en lo que hace a la exigencia de *apreciación subjetiva y actual* del carácter insoportable del sufrimiento²⁴.

En efecto, no es tarea sencilla materializar una declaración de voluntad anticipada que, conforme a la LORE, condiciona la eutanasia a la existencia de «sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para *quien lo padece*», pues, como sugiere Jericó, no se trata de valorar el sufrimiento desde una perspectiva objetivo-general, sino desde un prisma subjetivo-individual, esto es,

²⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2021, pp. 226, 231.

teniendo en cuenta las manifestaciones de quien sufre una enfermedad grave o un padecimiento crónico o imposibilitante²⁵. Por ello, dado que, llegado el momento, el paciente estaría en un estado de incapacidad de hecho y, por tanto, no podría hacer manifestaciones en torno al grado de sufrimiento que padece, se ha propuesto recurrir a escalas de evaluación, como la de Campbell, que permiten determinar no sólo la existencia de dolor, sino también su intensidad²⁶. Al problema antes expuesto, también habría que añadir la cuestión, igualmente problemática en algunos casos límites, de la determinación de la incapacidad de hecho por el médico responsable: así, por ejemplo, en casos de deterioro cognitivo no manifestamente severos pero relevantes, supuestos de trastorno mental transitorio o casos de alteración de la conciencia por la ingesta de medicamentos.

b) La relevancia jurídica del documento de instrucciones previas, también denominado «testamento vital» (*Patientenverfügung*), no es una novedad en la legislación española, pues el artículo 11 LAP ya recogía esta categoría en el ámbito de los cuidados y tratamientos sanitarios en general. Puede afirmarse que no hay grandes reticencias a la admisibilidad del testamento vital en el ámbito médico-sanitario, justamente porque es una figura útil para determinar la voluntad del paciente en casos de incapacidad; sin embargo, en el ámbito de la eutanasia, una objeción contra el testamento vital se deriva de los problemas de interpretación que pueden surgir en torno al alcance de las manifestaciones previas del paciente en relación con los posibles escenarios médicos²⁷. Pese a esto, la doctrina y jurisprudencia se han pronunciado a favor del testamento vital en el ámbito de la eutanasia, por entender que la dignidad humana exige el respeto del derecho de autodeterminación no sólo cuando la persona se encuentra en un estado de capacidad de consentimiento, sino también cuando ya no es capaz de tomar decisiones por sí mismo, de manera que, allí donde está regulado el testamento vital, el legislador ha querido destacar el carácter vinculante de la voluntad del paciente para las decisiones terapéuticas, más allá del momento en que se produce su incapacidad e incluso cuando la interrupción

²⁵ JERICÓ OJER, 2022, pp. 1200.

²⁶ JERICÓ OJER, 2022, pp. 1200, n. 19.

²⁷ GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, p. 139-140, expresa que podrían surgir problemas de interpretación en torno a la voluntad del paciente, de manera que, en algunos casos, el documento de voluntades anticipadas sólo puede funcionar como un documento de directrices para investigar la voluntad del paciente; SAFFERLING, StGB § 212, 2020, Nm. 35, 36, 55, sostiene que la percepción o influencia nada desdeñable del «intérprete», sea el médico o el cuidador, pone de manifiesto el peligro de afirmar precipitadamente la voluntad de morir del paciente, no ya por su propio bien, sino por el bien de la sociedad o incluso de la propia familia. Por ello, sostiene, hay que actuar con cautela debido a la prioridad de la protección de la vida y el riesgo de abuso con consecuencias irreversibles.

del tratamiento conduce a su muerte (eutanasia pasiva)²⁸. Respecto a esto último, conviene aclarar que, como parece lógico conforme a su legislación, en la doctrina alemana existe consenso en que la voluntad declarada en un testamento vital de practicar la eutanasia activa directa no excluye su punibilidad²⁹.

c) Un aspecto especialmente relevante es la cuestión que gira en torno a la posibilidad o no de revocar la declaración de voluntad plasmada en el testamento vital. Desde luego, la revocabilidad del documento de instrucciones previas no se discute cuando la persona está en pleno goce de sus facultades mentales, pero sí suele negarse la posibilidad de revocar el testamento vital cuando la persona se encuentra en un estado de incapacidad de hecho. Hay quienes, no obstante, ponen en tela de juicio la irrevocabilidad del testamento vital, principalmente en aquellos casos en los que, estando el paciente inconsciente, no se descarta por completo la posibilidad de salvarlo³⁰; por tanto, frente a la tesis de la irrevocabilidad, que a veces se plasma en algunos formularios, se puede argumentar que si una persona, aún capaz, puede renunciar previamente a un tratamiento médico en un futuro contexto eutanásico, también debería admitirse la posibilidad de que, teniendo en cuenta las probabilidades de éxito terapéutico o la existencia de un nuevo tratamiento menos invasivo y eficaz, se pueda revocar la declaración de voluntad recogida en el testamento vital, máxime si hay elementos que permiten presumir razonablemente que la voluntad del paciente pudo haberse modificado.

Esto último supondría, a nuestro juicio, que el testamento vital puede ser revocado a través del *consentimiento presunto*. A este respecto, Roxin/Greco han señalado que detrás del testamento vital no se esconde más que la institución dogmática del consentimiento presunto³¹, e incluso sostienen que el testamento vital no recoge un consentimiento «real» –por ello se indica con tanta antelación– y, además, defienden que es libre e informalmente revocable, habida cuenta de que, aunque exista una disposición escrita, puede que ya no se corresponda más con la voluntad de quien dispone³².

d) Ahora bien, si como hemos sugerido antes, el consentimiento presunto puede operar en el ámbito del testamento vital, habrá que determinar su

²⁸ Cfr. al respecto, BGH, Sentencia de 3.7.2019 – 5 StR 393/18 (LG Berlin). Sobre la conexión entre autodeterminación y testamento vital, *vid.* BRUNHÖBER, § 217 StGB, 2025, Nm. 2, 16.

²⁹ SAFFERLING, StGB § 212, 2020, Nm. 55.

³⁰ *Vid.*, sobre la revocabilidad del testamento vital, SAFFERLING, StGB § 212, 2020, Nm. 58.

³¹ ROXIN/GRECO, § 18, 2020, Nm. 25 c).

³² ROXIN/GRECO, § 18, 2020, Nm. 25 d).

admisibilidad en aquellos casos en los que, no habiendo un documento de instrucciones previas, el paciente se encuentra en un contexto eutanásico, en el que –según su familia o personas más cercanas– el enfermo habría solicitado la ayuda a morir. En principio, de *lege lata* no parece admisible en estos casos el consentimiento presunto, ya que la LORE exige que la persona preste consentimiento informado antes de recibir la prestación de la ayuda para morir, requisito que no podrá cumplir quien se encuentra en estado de inconsciencia, p. ej., un coma profundo³³. Por esta razón, hay quienes, como Corcoy Bidasolo, advierten que, dado que la justificación se basa en el consentimiento del paciente, quedarían excluidos un gran número de casos en los que el enfermo no tiene capacidad de consentir, como, p. ej., los enfermos de Alzheimer u otros tipos de demencia, aunque reconoce que alguno de estos supuestos se podría resolver a través de los documentos de voluntades anticipadas³⁴. Al respecto, todo parece indicar que, en efecto, por mucho que el enfermo haya manifestado previamente, en público y/o en privado, su deseo de recurrir a la eutanasia en estados de salud como el que ahora padece no será suficiente para autorizar la ayuda para morir conforme a la LORE, lo que supone una importante limitación³⁵.

3. La exigencia de un contexto eutanásico: «enfermedad grave e incurable» o «padecimiento grave, crónico e imposibilitante»

a) La persona que solicita la ayuda a morir debe estar aquejada de una «enfermedad grave e incurable» o de «un padecimiento grave, crónico e imposibilitante», y ambos han de causar –como se ha visto antes– un sufrimiento físico o psíquico continuo e insoportable. A nuestro juicio, este es el presupuesto material de mayor relevancia en el ámbito de la eutanasia, ya que, en efecto, su concurrencia determinará la aplicación de una eximente de eutanasia justificada (art. 143.5 CP e.r.c. LORE) o la concurrencia de una eutanasia

³³ Cfr. GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, p. 144.

³⁴ CORCOY BIDASOLO, RByD, 2024, p. 113.

³⁵ Plantea la admisibilidad y problemas del consentimiento presunto en estos casos, GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, p. 146. En la doctrina alemana, sobre la admisibilidad y requisitos del consentimiento presunto en la ayuda al suicidio, ROXIN, RECPC, 1999; SAFFERLING, StGB § 212, 2020, Nm. 42, 44, 49: las declaraciones realizadas en años anteriores, cuando el paciente gozaba de salud, sólo podrán fundamentar una voluntad presunta si se han sido reiteradas y se determina que no son fruto de un estado de ánimo momentáneo. A su juicio, la reducción de la vida a las funciones más básicas, además de la incapacidad de comunicarse debido a los daños cerebrales, no es suficiente para la existencia de consentimiento presunto de la interrupción de un tratamiento, por lo que, en caso de duda, se ha de decidir en favor del mantenimiento de la vida.

punible, castigada penalmente como homicidio a petición (art. 143.4 CP) cuando no se cumplan los requisitos de la LORE.

En un intento de garantizar la seguridad jurídica, la LORE recoge las definiciones que han detenerse en cuenta para dar contenido al contexto eutanásico. Así, el padecimiento grave, crónico e imposibilitante supone la existencia de limitaciones que inciden en la autonomía física y activades de la vida diaria y que, en consecuencia, se caracterizan porque no permiten al sujeto: a) valerse por sí mismo, b) tener capacidad de expresarse o relacionarse, c) en ocasiones pueden suponer dependencia absoluta de apoyo tecnológico; y tal padecimiento debe llevar asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e *intolerable* para quien lo padece, además de que ha de existir, al menos, una gran probabilidad de ausencia de cura. Por su parte, la enfermedad grave e incurable es la que origina por su naturaleza: a) sufrimientos físicos o psíquicos constantes e *insoportables*, b) sin posibilidad de alivio que pueda considerarse tolerable por el sujeto, c) con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva. En este sentido, como hemos señalado antes, el sufrimiento provocado por la enfermedad o padecimiento ha de ser valorado desde la perspectiva de la persona que lo padece, de manera que no está sujeto a una valoración objetivo-general³⁶.

b) En todo caso, habrá que determinar el alcance de tales conceptos en la LORE, y así, habría que entender que el padecimiento grave, crónico e imposibilitante abarca situaciones de gran dependencia derivadas de, por ejemplo, accidentes cerebrovasculares (*v.gr.* ictus), traumatismos derivados de siniestros viales (p. ej. tetraplejia) o procesos degenerativos (p. ej. esclerosis lateral amiotrófica: ELA). En este sentido, como señala Peñaranda, se trata de padecimientos compatibles con una expectativa prolongada de vida, sin que se haya requerido una concreta proyección temporal³⁷, a diferencia de la enfermedad que comporta un pronóstico de vida limitado, pese a lo cual quedarían excluidas las enfermedades que, pudiendo ser mortales a mediano plazo, aún no colocan al enfermo en un contexto de «fragilidad progresiva», como puede ser el caso de la fibrosis quística que es una enfermedad genética potencialmente mortal, pero que, con un adecuado tratamiento, permite vivir hasta la edad adulta.

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 230, señala acertadamente que, dado que la PLORE guardaba silencio al respecto, se podía interpretar que la valoración del carácter intolerable o insoportable del sufrimiento se podía realizar desde una perspectiva objetiva.

³⁷ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 231 y 232: la referencia a que el tiempo restante de vida ha de ser «limitado», probablemente obligue a concretar dicho tiempo en los protocolos.

4. Modalidades de la ayuda a morir: eutanasia activa directa y suicidio asistido

a) La LORE recoge dos modalidades de ayuda para morir, a saber: a) la eutanasia activa: «administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente» [art. 3, g) 1.^a] y, b) el suicidio asistido (o cooperación al suicidio): «prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte» [art. 3, g) 2.^a]. Al respecto, como señala Peñaranda, la introducción de ambas modalidades en la LORE es razonable, y también es correcto que el legislador no se haya decantado por el «modelo del suicidio asistido» en detrimento del «modelo de la eutanasia»³⁸, como ya se había sugerido hace algunos años en la doctrina española³⁹. Y es que al indagar sobre los motivos por los que, en algunos países de nuestro entorno, como es el caso alemán, aún existen reticencias para legalizar la eutanasia activa directa —que actualmente es punible frente a la impunidad del suicidio asistido—, nos encontramos con un argumento que para algunos resulta difícilmente cuestionable, esto es, que la voluntad y seriedad del suicidio sólo puede manifestarse cuando el sujeto lo ejecuta de propia mano⁴⁰ o, desde otra perspectiva, que el derecho a una muerte autodeterminada debe garantizar que la persona que ha resuelto morir pueda cumplir su cometido, pero también que pueda revertir su decisión hasta el último momento, y esta posibilidad sólo existe cuando es el propio suicida quien tiene el dominio de la acción que conlleva a la muerte⁴¹.

No obstante, en favor de la incorporación de la eutanasia activa directa en la LORE, se puede argumentar que, como sugiere Peñaranda, teniendo en cuenta la asunción de un «paternalismo procedimental», que se refleja en la existencia de una mayor cautela y control en el procedimiento de solicitud, evaluación y autorización de la eutanasia, hay mucho menos margen para el abuso e injerencias externas en la decisión de morir⁴². Y también se puede defender que el derecho a una muerte autodeterminada abarca la posibilidad de recurrir a la ayuda de un tercero y que, en el caso de la eutanasia, la intervención de otro es una condición real para la autonomía del paciente, ya que

³⁸ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 229.

³⁹ En este sentido, REY MARTÍNEZ, RDP, 2008, pp. 439-477.

⁴⁰ ROXIN/GRECO, 2020, § 2, Nm. 33.

⁴¹ RIQUELME VÁZQUEZ, RDP, 2020, p. 323.

⁴² PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 229. Críticamente, sobre la exigencia de que la solicitud de la ayuda a morir sea sometida a un control previo, CARBONEL MATEU, T&D, 2021, p. 57.

sólo un médico puede diagnosticar una enfermedad, informar sobre su evolución, tratamientos y alternativas médicas para poner fin a la vida⁴³.

b) En cuanto a las conductas que están exentas de responsabilidad penal, el artículo 143.5 CP hace referencia a «quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona» cumpliendo lo establecido en la LORE, lo que implica que –como sostiene Peñaranda– tales conductas están sujetas al cumplimiento de los presupuestos materiales y procedimentales de esta ley, pero también supone que han de concurrir las exigencias en torno a las manifestaciones del paciente, esto es, que se trate de una petición «expresa, seria e inequívoca» (art. 143.4 CP)⁴⁴. En este sentido, teniendo en cuenta que el ap. 5.º del artículo 143 CP recoge una eximente específica conectada con la descripción típica del ap. 4.º, parece lógico que se exija el cumplimiento de los elementos objetivos de este tipo privilegiado, lo que normalmente ocurrirá si se cumplen los presupuestos materiales de la LORE; pero, en aquellos casos en los que falte algún requisito procedimental, como, por ejemplo, el consentimiento informado, entonces habrá que aplicar el tipo privilegiado. De ello se deduce que el incumplimiento de los requisitos establecidos en la LORE y en el tipo atenuado determinará la aplicación, según la forma de colaboración, de los delitos de cooperación ejecutiva (art. 143.3 CP) o cooperación necesaria al suicidio (art. 143.2 CP), aunque también sería posible, en su caso, la aplicación de la inducción al suicidio (art. 143.1 CP)⁴⁵.

En ambas modalidades de eutanasia ha de intervenir necesariamente un profesional sanitario, que es a quienes, en principio, se aplica la eximente; sin embargo, también se ha planteado la exención de responsabilidad penal –conforme a las reglas de la participación– de los terceros que prestan su colaboración bajo la dirección del médico responsable⁴⁶. En este sentido, se ha propuesto el ejemplo del familiar que ayuda al paciente que se autoadministra en su domicilio la sustancia prescrita por el médico, quien en todo caso tiene la obligación de realizar las tareas de observación y apoyo al enfermo hasta el momento de su fallecimiento (art. 11.3 LORE); al respecto, Juanatey sostiene que sería una interpretación excesivamente formalista entender que el paciente ha de autoadministrarse la sustancia en solitario y sin la ayuda de algún familiar que pueda «acompañarle», pero esto implica que en ningún caso la ayuda del tercero ha de llegar al extremo de administrar directamente la sustancia al paciente, ya que en ese supuesto la conducta sería punible conforme al artícu-

⁴³ Así, en relación con el suicidio, BRUNHÖBER, § 217 StGB, 2025, Nm. 23-24.

⁴⁴ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 233.

⁴⁵ PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 233, 235.

⁴⁶ JUANATEY DORADO, T&D, 2021, p. 80.

lo 143.4 CP, disposición que –según Juanatey– debió haberse suprimido para dejar en manos de los tribunales la valoración de la eventual concurrencia de un estado de necesidad (completo o incompleto)⁴⁷, una causa de inexigibilidad (completa o incompleta) o una atenuante⁴⁸.

Por último, hay que tener en cuenta que, en todo caso, tanto en la versión original del artículo 143 CP/1995, como ahora tras la reforma por la LORE, siguen siendo impunes la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva, pero no por el hecho de que tales conductas no encajen dentro de un concepto amplio de eutanasia⁴⁹, sino porque en la doctrina española y de otros países hay bastante consenso en que –como destaca Peñaranda– estamos frente a conductas atípicas (o en todo caso justificadas), en virtud del derecho del ciudadano a aceptar o rechazar tratamientos como concreción del derecho a la autonomía del paciente, que a su vez se deriva del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)⁵⁰ o, como indica Weißer, debido a la prohibición fundamental de tratamientos forzosos⁵¹.

III. Conclusiones

a) En relación con la eutanasia de menores de edad, aunque es comprensible la exigencia de una mayor cautela a la hora de dar relevancia al consentimiento del menor, lo cierto es que, al excluir de la eutanasia el sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable que un menor puede estar experimentando como consecuencia de una grave enfermedad o un padecimiento crónico e imposibilitante, se estaría sometiendo al menor a un trato discriminatorio, inhumano y degradante, sobre todo cuando, para mantenerle con vida, se le aplican tratamientos asociados a lo que algunos denominan «encarnizamiento terapéutico». Pero también se afecta la dignidad y auto-

⁴⁷ En la doctrina española, señala que la eutanasia es un caso específico de estado de necesidad, GIMBERNAT ORDEIG, DD, 2021; en la doctrina alemana, no obstante, niegan esta posibilidad en relación con el homicidio a petición del § 216 StGB, aunque sí la admiten para la eutanasia activa indirecta, ROXIN/GRECO, 2020, § 16, Nm. 56 y 57; así también, WEISSER, GA, 2025, pp. 384-385.

⁴⁸ JUANATEY DORADO, T&D, 2021, p. 80; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 83, sostiene que la intervención de un tercero (familiar o amigo), constituirá una mera complicidad atípica, siempre que su ayuda no llegue al punto de causarle la muerte.

⁴⁹ En este sentido, JUANATEY DORADO, RGDP, 2020, pp. 3-6; T&D, 2021, p. 78; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, NFP, 2012, p. 140, recurren a la interpretación teleológica de la redacción original del precepto (at. 143.4 CP), para excluir el castigo de la eutanasia pasiva y la eutanasia indirecta.

⁵⁰ GÓMEZ RIVERO, RGASP, 2008, pp. 134-135, invocando también el principio bioético de la no maleficencia para el caso de la eutanasia pasiva y el principio de la beneficencia para la eutanasia indirecta; PEÑARANDA RAMOS, 2021, p. 234; JUANATEY DORADO, T&D, 2021, p. 78; CORCOY BIDASOLO, RByD, 2024, p. 112. Así, respecto de la legislación alemana, ROXIN, RECPC, 1999.

⁵¹ WEISSER, GA, 2025, 384-385.

mía del menor cuando está en una situación de incapacidad física diametralmente opuesta a sus expectativas vitales, *v. gr.*, el caso de una joven promesa del fútbol, fichado por un famoso club, que queda tetrapléjico tras sufrir un accidente. En conexión con lo anterior, consideramos que de *lege ferenda* ha de procurarse la inclusión de los menores maduros en la regulación de la eutanasia, aunque habría que articular un procedimiento que garantice la libertad de decisión del menor y la ausencia de injerencias o abusos. Por el momento, debido a la exclusión de los menores de edad del ámbito subjetivo de la LORE, se puede plantear la (discutible) aplicación de la eutanasia punible (art. 143.4 CP), con una pena atenuada, a quien cause o coopere activamente con la muerte de un menor maduro que solicita la ayuda a morir en un contexto eutanásico⁵².

b) La eutanasia precoz es un tema especialmente complejo que también ha de ser sometido a debate, cuyo núcleo ha de girar concretamente en torno a la posibilidad de aplicar la eutanasia activa a niños que se encuentran en una condición médica deplorable, con signos de no viabilidad, y cuyo sufrimiento no puede aliviarse por otros medios. Esto implica que probablemente habría que excluir de la eutanasia precoz los casos en los que, pese a la existencia de graves lesiones (p. ej.: daños cerebrales) que limitan considerablemente la vida, no suponen a corto plazo ningún compromiso vital del recién nacido. Por último, consideramos que también habría que incorporar al debate, aunque sea para confirmar la impunidad de tales conductas, la cuestión de la atipicidad de la eutanasia pasiva e indirecta en recién nacidos.

c) Finalmente, aunque suele entenderse que testamento vital y consentimiento presunto son categorías contrapuestas, lo cierto es que un consentimiento presunto puede surgir precisamente a partir de las instrucciones plasmadas en el testamento vital, de manera que hay una íntima relación entre ambos, a tal punto de que las manifestaciones recogidas en un testamento vital pueden ser revocadas a través de un consentimiento presunto cuando hay un cambio de circunstancias que hacen presumir que la voluntad del sujeto ya no se corresponde con el escenario que se había planteado al redactar el documento de instrucciones previas. Y en los casos de incapacidad de hecho acaecidos de manera súbita, aunque de *lege lata* se exige que la persona tenga capacidad y conciencia en el momento de solicitar la eutanasia, de *lege ferenda* sería oportuna la existencia de un margen de actuación a través del consentimiento presunto.

⁵² CORCOY BIDASOLO/RAMÍREZ MARTÍN, 2019, p. 70, plantean este supuesto como un «caso límite de petición válida» de cara a la eutanasia típica del artículo 143.4 CP (en su redacción original).

IV. DEDICATORIA

Con gran satisfacción y entusiasmo me sumo con este modesto trabajo al merecido libro homenaje que, con motivo de su jubilación, han organizado los discípulos del Profesor Enrique Peñaranda Ramos, uno de los penalistas españoles de mayor trayectoria académica a nivel nacional e internacional. A la admiración científica que desde hace muchos años he tenido hacia el Profesor Peñaranda, se suma un especial afecto y gratitud por su trato afable y generoso hacia mi persona. Por ello, aprovecho esta inmejorable ocasión, para felicitarle por todos los éxitos académicos y personales que ha alcanzado durante su brillante carrera universitaria, además de desearle una feliz jubilación.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUNHÖBER, Beatrice: § 217 StGB *Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*, en Münchener Kommentar zum StGB, 5. Aufl., 2025, Nm. 1-45.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Ley de eutanasia: Una ley emanada de la dignidad*, Teoría & Derecho (T&D). Revista de pensamiento jurídico, 2021, pp. 46-71.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Principio de autonomía y derecho a la ayuda a morir: Regulación de la eutanasia*, Revista de Bioética y Derecho (RByD), 2024, pp. 109-124.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/RAMÍREZ MARTÍN, Guillermo: *Inducción y auxilio al suicidio. Eutanasia (art. 143)*, en Manual de Derecho Penal. Parte Especial, t. 1, 2.^a ed., Valencia, 2019, pp. 62-73.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/BARBER BURUSCO, Soledad: *Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España*, Nuevo Foro Penal (NFP), 2012, pp. 115-149.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *Modificación del artículo 143.4 del Código Penal por la LORE. Contrasentido de la propuesta*, Revista Derecho a Morir Dignamente (DMD), 2020, pp. 16-19.
- GARCÍA TEIGELL, Manuel: *De hospital en hospital: de mal en peor*, Revista Derecho a Morir Dignamente (DMD), 59, 2012, pp. 12-15.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Elogio de la ley de regulación de la eutanasia*, Diario del Derecho (DD), de 22-07-2021.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen: *Eutanasia en estados de inconsciencia ou de incapacidade para prestar o consentimento. Especial referencia á eutanasia precoz*, Revista galega de seguridade pública (REGASP): Vida e liberdade: o dereito a una morte digna, 10, Xunta de Galicia, 2008, pp. 129-158.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Una ley manifiestamente mejorable*, Revista Derecho a Morir Dignamente (DMD), 2020, pp. 26-28.

- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: *Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad*, en *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid, 2021, pp. 93-118.
- JERICÓ OJER, Leticia: *Eutanasia y Derecho penal: algunos puntos de análisis sobre la regulación de la prestación de la ayuda para morir en la LORE*, en *Un modelo integral de Derecho penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, pp. 1195-1212.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia voluntaria en España*, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, 2020, pp. 1-25; *Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España*, *Teoría & Derecho*, 2021, pp. 72-97.
- LIPP, Volker: *VI. Rechtsfragen der Transplantation, Transfusion, Sektion und der Intensivmedizin*, en *Arztrecht*, 8. Aufl., 2021, pp. 177-255.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- NEUMANN, Ulfried: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 6. Aufl., Baden-Baden, 2023, §§ 211-217 StGB.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros*, en *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Madrid, 2021, pp. 199-242.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: *El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España*, *Revista de Derecho Político (RDP)*, 2008, pp. 439-477.
- RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo: *Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania*, *Revista de Derecho Político (RDP)*, 2020, pp. 295-325.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal*, *Foro FICP*, 2, 2021, pp. 30-72.
- ROXIN, Claus/GRECO, Luís: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. I. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., München, 2020.
- ROXIN, Claus: *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 1999.
- SAFFERLING, Christoph: *StGB § 212 Totschlag*, *StGB*, 3.ª Aufl., München, § 73.
- STERNBERG-LIEBEN, Georg/WEIßER, Bettina: *Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch*, 31. Aufl., München, 2025, § 217 StGB.
- SCHNEIDER, Hartmut, «Vormerkung zu § 211», en *Münchener Kommentar zum StGB*, 5. Aufl, München, 2025, Nm. 72-85.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas*, *Teoría & Derecho (T&D)*. *Revista de Pensamiento Jurídico*, 2021, pp. 98-127; *Un aspecto olvidado en la*

proposición para regular la eutanasia. Gradación de la responsabilidad por incumplimiento de requisitos legales, Revista Derecho a Morir Dignamente (DMD), 2020, pp. 20-22.

WEIßER, Bettina: *Ärztliche Suizid- und Sterbehilfe*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 2025, pp. 380-402.

VI

Principios penales y política criminal

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

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 una cuestión relativa a la introducción del Derecho penal, porque el profesor Peñaranda Ramos ha destacado por la publicación de valiosas obras en este ámbito¹.

Se alude al principio de legalidad, «en el sentido moderno que hoy se le atribuye»², con la «clásica»³ formulación *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴. Significa que «toda pena debe ser consecuencia de una infracción del derecho contenida en una ley previa»⁵, que ningún hecho puede ser considerado delito si no está previsto como tal en una anterior ley penal (*nullum crimen sine lege*) y que resulta imposible aplicar una pena no establecida previamente por la ley (*nulla poena sine lege*)⁶. Más en concreto quiere decir que no puede haber consecuencias jurídicas penales, sean penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, sin que así lo indique una ley previa, «aprobada por el Parlamento»⁷, «taxativa, escrita y no aplicada analógicamente»⁸.

¹ Vid PEÑARANDA RAMOS, 1991.

² RODRÍGUEZ MOURULLO, 1977, p. 58.

³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 67.

⁴ Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 114, marginal 5; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 91.

⁵ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 104.

⁶ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 323.

⁷ LUZÓN PEÑA, 2025, p. 52, marginal 1.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 324, marginal 15.

Aun cuando su formulación en latín parezca indicar lo contrario, el principio de legalidad «no procede del Derecho romano»⁹. La enunciación en latín es muy posterior y se debe a Feuerbach¹⁰, que formuló este principio y el «aforismo»¹¹ en el que se condensa dentro del marco de su «doctrina de la coacción psíquica»¹², teoría de la «coacción psicológica»¹³ según la cual para que la pena cumpla la función de coaccionar psíquicamente el delito y la pena deben aparecer descritos en la ley¹⁴. Por tanto, tiene una historia reciente, aunque sí son antiguas las ideas que subyacen en el núcleo del principio de legalidad, como la «exigencia de certeza del Derecho»¹⁵ o en la lucha contra la arbitrariedad y el abuso de poder¹⁶.

Es en el siglo XVIII cuando el dogma legalista encuentra su reconocimiento riguroso, conforme sintetiza Lorenzo Salgado, fruto de «las ideas provenientes de la Ilustración y, singularmente, en las doctrinas del contrato social de Rousseau y la división de poderes de Montesquieu»¹⁷, así como debido a las voces de Beccaria, Howard o Lardizábal, ante los profundos cambios económicos de la industrialización que motivaron las revoluciones burguesas, cuyo triunfo estableció un nuevo modelo penal levantado sobre la libertad del individuo que conlleva la necesaria limitación del poder¹⁸. En esos momentos puso «túnica latina»¹⁹ Feuerbach a «una reivindicación que siempre debió hacer la Humanidad cuando se sintió amenazada por los detentadores del poder (judicial o Real)»²⁰.

Respecto al contenido del dogma legalista, Beling distinguió entre «tenor literal» y «significado esencial»²¹ del principio de legalidad, diferencia que nuestro Tribunal Constitucional adoptó al hablar de la doble garantía formal y material del dogma legalista²², v. gr. en las sentencias 127/1990²³ o 31/1988²⁴, «distinguiendo entre sus aspectos materiales y formales»²⁵ o entre el sentido profundo y el tenor literal de la norma²⁶.

⁹ LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 82.

¹⁰ Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 114, marginal 5, que cita en nota 2 el §23 de su *Lehrbuch*: FEUERBACH, 1801.

¹¹ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 104.

¹² COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, 1999, p. 67.

¹³ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1999, p. 325.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 83.

¹⁶ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 325.

¹⁷ LORENZO SALGADO, 1990, p. 17, nota 19.

¹⁸ Cfr. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, pp. 102 y 103.

¹⁹ SÁINZ CANTERO, 1990, p. 327.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ BELING, GP, 1931, p. 319.

²² Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 71, nota 29.

²³ *Ibidem*.

²⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 93.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 52.

Por una parte, el tenor literal del principio o garantía formal se identifica con la exigencia de una reserva de ley²⁷ «absoluta y sustancial»²⁸, en palabras de Orts Berenguer y González Cussac, para todo el Derecho punitivo²⁹. Se habla de ley escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)³⁰, tanto para expresar que el Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo, lo que excluye de sus fuentes la costumbre³¹ y los principios generales del Derecho³², como para reservar al poder legislativo la creación de delitos y penas³³, en consonancia con «una elemental fundamentación democrática-representativa del principio de legalidad»³⁴, lo que no impide la existencia de leyes penales en blanco»³⁵, porque, aunque «representan un serio peligro para el principio de legalidad»³⁶, únicamente resultan inadmisibles cuando, en el reenvío a la norma de rango inferior, «la ley penal renuncia por completo a limitar de algún modo la remisión»³⁷ o, como significativa y certeramente ha resaltado Lorenzo Salgado, falta la «fijación por la norma penal de los presupuestos que fundamentan la sanción, a modo de núcleo esencial de la materia prohibida»³⁸. Esta garantía formal o reserva absoluta de ley en materia penal la reconoció el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo³⁹.

Sin embargo, esta exigencia «no es suficiente para asegurar el contenido imprescindible»⁴⁰ del dogma legalista, dado que junto a la garantía formal se precisa la material⁴¹: el principio de legalidad no se agota en el requisito formal de la reserva de ley, pues decía Beling que una ley que estableciese «el que cometa una acción antijurídica e imputable será castigado según el criterio del juez»⁴², aunque respetaría el tenor literal del principio de legalidad, vulneraría su significado esencial⁴³.

²⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 71.

²⁸ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 105.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ LORENZO SALGADO, 1990, p. 13.

³¹ Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 117, marginal 15.

³² Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 95.

³³ *Ibidem*.

³⁴ LORENZO SALGADO, 1990, p. 13.

³⁵ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 109.

³⁶ NIETO MARTÍN, 2024, p. 67.

³⁷ MIR PUIG, 2015, pp. 121 y 122, marginal 28.

³⁸ LORENZO SALGADO, 1990, p. 29.

³⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 71 y nota 30.

⁴⁰ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 105.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² BELING, GP, 1931, p. 319.

⁴³ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 71.

En cuanto al significado esencial del principio de legalidad se concreta, en primer lugar, en el mandato de taxatividad⁴⁴, «determinación»⁴⁵ o certeza, en la exigencia de ley estricta (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*⁴⁶), que impone al legislador la obligación de determinar con precisión y claridad tanto la conducta como la sanción, el presupuesto y la consecuencia de la norma penal⁴⁷. Igualmente, el «principio de taxatividad»⁴⁸ prohíbe acudir a términos excesivamente vagos que dejen sin definir el ámbito de lo punible, generando inseguridad jurídica⁴⁹.

A modo de ejemplo una evidente vulneración del mandato de taxatividad se da, en el campo del Derecho penal económico, al castigar por blanqueo de dinero en el artículo 301.1 del Código penal español al que «realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito», fórmula utilizada para castigar indeterminadas conductas que vulneran manifiestamente el principio de legalidad, consagrado en los artículos 9.3, 25.1 y 81.1 de nuestra Constitución, esto es, se desconocen las exigencias inderogables del dogma legalista concretadas en los principios de seguridad jurídica y taxatividad, puesto que una cláusula tan abierta deviene poco respetuosa con el mandato de certeza o determinación. Igualmente, tamaña imprecisión, por cuanto que remite a la judicatura la tarea de delimitar el alcance de la norma, viola la división de poderes⁵⁰. Se trata de una paradigmática lesión del principio de legalidad dado que el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, la exigencia de una legislación de preciso alcance proscribía tanto las fórmulas indeterminadas y vagas como las modalidades comisivas ilimitadas, por cuanto que abandonan a jueces y tribunales tareas que competen exclusivamente al poder legislativo⁵¹. De hecho la Corte constitucional colombiana, en su sentencia C-191, de 20 de abril de 2016, declaró inexecutable idéntica omnímoda fórmula que figuraba en el artículo 323 del Texto punitivo colombiano⁵².

Otra paradigmática lesión del principio de legalidad se aprecia en la proposición de 2024 por la que se pretende modificar el Código penal para prohibir el proxenetismo en todas sus formas, pues ya no requiere explotar la prostitución⁵³, exigencia que restringía el alcance típico, con lo que su desaparición vulnera la

⁴⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 72.

⁴⁵ MIR PUIG, 2015, p. 117, marginal 16.

⁴⁶ LORENZO SALGADO, 1990, p. 13.

⁴⁷ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 334.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 97.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Vid. ABEL SOUTO, 2005, pp. 123 y 124, así como bibliografía citada en las notas 639 a 645.

⁵¹ Cfr. LORENZO SALGADO, 1990, pp. 13, 14 y 43.

⁵² Cfr. ABEL SOUTO, 2023, p. 18.

⁵³ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, RLISS, 2020, p. 120.

taxatividad penal⁵⁴, ni es necesario un lucro efectivo, sino un mero ánimo de lucro, de manera que cualquier favorecimiento, un simple acto preparatorio, resulta típico si media un elemento subjetivo del injusto difícil de probar⁵⁵. De modo que se pretende «criminalizar la esfera del ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta ajena»⁵⁶ mediante una «metamorfosis del concepto de proxenetismo no coactivo»⁵⁷, antes limitado al lucro explotando la vulnerabilidad o imponiendo condiciones en el ejercicio de la prostitución gravosas, desproporcionadas o abusivas y que ahora adolece de una indeterminación absoluta⁵⁸.

En segundo término, el principio de legalidad implica la prohibición de retroactividad de las normas que fundamentan o agravan la pena⁵⁹. Con la exigencia de ley previa (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)⁶⁰ quedan excluidos del marco incriminatorio los hechos anteriores a la entrada en vigor de la ley penal⁶¹, por afectar a la seguridad jurídica, pero no está prohibida la retroactividad de la ley penal más favorable⁶², al no infringir «el sentido *limitador* de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad»⁶³, pues sería inadmisibles aplicar la ley anterior más desfavorable «cuando, ya derogada, ha dejado de considerarse *necesaria* para la protección de la sociedad»⁶⁴.

Por ejemplo, se ha pretendido la inconstitucionalidad de la Ley orgánica 1/2024, de 10 de junio⁶⁵, pero debe tenerse en cuenta que no se castigan delitos, sino que los amnistía, de manera que el canon de constitucionalidad es bien diferente. Por consiguiente, de los déficits de taxatividad o de la indeterminación relativa a los actos amnistiables que afecten al principio de legalidad no se puede derivar su inconstitucionalidad, porque «es obvio que al recaer sobre el recurso al *ius non puniendi*, podría decirse que la indeterminación es a favor de reo»⁶⁶. En palabras del Tribunal Constitucional, en su sentencia 137/2025, de 26 de junio, «de lo que se trata es de evitar que el ciudadano pueda verse sorpresivamente penado, no de que sorpresivamente pueda verse exonerado o aliviado de su responsabilidad penal»⁶⁷.

⁵⁴ Cfr. POMARES CINTAS, CRPDC, 2024, pp. 44 y 45.

⁵⁵ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, EPC, 2024, p. 14.

⁵⁶ Cfr. POMARES CINTAS, CRPDC, 2024, p. 37.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Vid. ABEL SOUTO, RP, 2025, p. 25.

⁵⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 72.

⁶⁰ LORENZO SALGADO, 1990, p. 12.

⁶¹ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 99.

⁶² Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 116, marginal 13.

⁶³ MIR PUIG, 2015, p. 117, marginal 14.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Vid. ABEL SOUTO, RGDP, 2024, pp. 1-69.

⁶⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, 2024, pp. 2247 y 2248.

⁶⁷ FJ 5.3.2. b.

En tercer lugar, el dogma legalista prohíbe la analogía y la creación judicial del Derecho⁶⁸, porque el intérprete o juez no pueden desbordar los límites de la ley para aplicarla a supuestos no previstos en sus términos⁶⁹.

Incluso se puede decir, como indican Orts Berenguer y González Cussac, siguiendo a Vives Antón, que el principio de legalidad «es un principio de principios»⁷⁰, porque todos los principios penales derivan del significado esencial del principio de legalidad⁷¹, especialmente el principio del hecho y el de ofensividad o lesividad⁷², pero también los principios de culpabilidad, proporcionalidad⁷³ y el *non bis in idem*⁷⁴.

Sobre este último principio, que prohíbe sancionar penalmente un mismo hecho más de una vez⁷⁵, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 2/1981, de 30 de enero, afirma que no se encuentra expresamente formulado en la Carta Magna dado que el *non bis in idem* ya se incluye en el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución⁷⁶.

V. gr., como enseña magistralmente el homenajeado respecto al concurso de leyes, «la consideración en sentido agravatorio de la realización del tipo desplazado»⁷⁷ debe descartarse «como atentatoria contra el principio de *ne bis in idem*»⁷⁸. Por poner otro ejemplo, la Ley orgánica 5/2010 tipificó expresamente el autoblanqueo y añadió el castigo de la mera posesión en el artículo 301.1 del Código penal y la Ley orgánica 1/2015 amplió los hechos previos del blanqueo a las antiguas faltas, de manera que, en principio, el que tiene una bufanda de 5 euros que ha hurtado, falta convertida en delito leve según el artículo 234.2, cometería un nuevo delito de autoblanqueo por posesión, el cual debe descartarse en virtud del principio *non bis in idem*, pues la posesión por los autores o partícipes en el hecho precedente únicamente puede castigarse como blanqueo cuando no quepa sancionarlos por el delito previo para salvar la proscripción constitucional de *bis in idem*⁷⁹.

En lo que atañe a las garantías que implica el principio de legalidad, el dogma legalista cumple, en el campo de los derechos y libertades individuales,

⁶⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 72.

⁶⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 112.

⁷⁰ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 107.

⁷¹ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 72.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Vid. ABEL SOUTO, 2025, pp. 71-157.

⁷⁴ Vid. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, pp. 107 y 141-173.

⁷⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 100.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 57.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Cfr. ABEL SOUTO, 2018, pp. 28 y 29.

una «función de garantía que se proyecta en cuatro direcciones»⁸⁰: las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución⁸¹.

Según la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) ningún hecho puede ser considerado delito sin una ley anterior que así lo califique⁸², aunque esa conducta sea muy reprobable o lesiva⁸³ o resulte desvalorada socialmente⁸⁴; en suma: se «exige que el delito (=crimen) se halle determinado por la ley»⁸⁵. Esta garantía se reconoce en el artículo 1 del Código penal⁸⁶.

Conforme a la garantía penal (*nulla poena sine lege*) no pueden aplicarse medidas de seguridad ni penas que no hayan sido previamente establecidas por la ley⁸⁷. Tal garantía se recoge en el artículo 2.1⁸⁸ del Código penal y en su artículo 10 integrado con el 1.1⁸⁹.

Ambas garantías criminal y penal se corresponden con la formulación originaria del principio de legalidad y operan tanto en el momento de la definición de los delitos y penas como al decidir sobre la responsabilidad criminal y la pena a aplicar⁹⁰.

En penúltimo lugar, la garantía jurisdiccional o procesal⁹¹, el «principio de legalidad procesal»⁹² (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*)⁹³ implica que nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia firme pronunciada por el juez competente⁹⁴ tras el proceso legalmente establecido⁹⁵. Semejante garantía se encuentra en el artículo 3.1 del Código penal, en relación con el artículo 1 de la Ley de enjuiciamiento criminal⁹⁶, y los artículos 24⁹⁷ y 117.3 de la Constitución⁹⁸.

⁸⁰ SÁINZ CANTERO, 1990, p. 333.

⁸¹ Cfr. LORENZO SALGADO, 1990, p. 12; MIR PUIG, 2015, p. 116, marginal 11.

⁸² Cfr. LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 86; SÁINZ CANTERO, 1990, p. 333.

⁸³ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 68.

⁸⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 94.

⁸⁵ MIR PUIG, 2015, p. 116, marginal 11.

⁸⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 79; LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 89; MIR PUIG, 2015, p. 122, marginal 32; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 114.

⁸⁷ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 333. Así también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 68; LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 86.

⁸⁸ Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 122, marginal 33.

⁸⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 80; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 114.

⁹⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 92.

⁹¹ Cfr. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 114.

⁹² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 68.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Cfr. LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 87; SÁINZ CANTERO, 1990, p. 333.

⁹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 102.

⁹⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 80; LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 90.

⁹⁷ Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 122, marginal 29; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 102.

⁹⁸ Cfr. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 114.

Finalmente, según la garantía de ejecución, o el «principio de legalidad en la ejecución»⁹⁹, no podrá cumplirse ninguna pena sino en la forma previamente descrita en la ley¹⁰⁰ y los reglamentos¹⁰¹. Esta garantía aparece en el artículo 3.2 del Código penal¹⁰², el artículo 2 de la Ley orgánica general penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979¹⁰³, su reglamento de 9 de febrero de 1996¹⁰⁴ y el artículo 25.2 de la Constitución¹⁰⁵.

En cuanto al reconocimiento constitucional del dogma legalista se ha denunciado que «no puede afirmarse que el texto fundamental contenga explícita y acabadamente una formulación»¹⁰⁶ del principio, ni siquiera «en su vertiente básica formal: la reserva absoluta de ley en materia penal»¹⁰⁷. La Constitución de 1978, rompiendo con una larga tradición¹⁰⁸, solo contiene una insatisfactoria¹⁰⁹, «insuficiente»¹¹⁰ e incompleta formulación del principio de legalidad penal¹¹¹, pues el dogma legalista no ha sido consagrado constitucionalmente en todas sus dimensiones¹¹², lo cual resulta paradójico, porque es «contradictorio con la propia significación de dicho principio, que se preste a dudas, precisamente, el contenido de alguno de los artículos dedicados a darle cabida»¹¹³.

Con carácter general¹¹⁴ el artículo 9.3 de la Constitución «garantiza el principio de legalidad» y «en la vertiente que importa al Derecho penal»¹¹⁵ lo consagra el artículo 25.1¹¹⁶. Sin embargo, el artículo 9.3 no es más que una mera «proclamación del *principio general de legalidad*»¹¹⁷, pero no «una concreción de las exigencias inherentes al dogma legalista»¹¹⁸ y el artículo 25.1 únicamente recoge la garantía criminal¹¹⁹ y la irretroactividad de las leyes pe-

⁹⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 103.

¹⁰⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 68; LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 87.

¹⁰¹ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 333.

¹⁰² Cfr. LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 90.

¹⁰³ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 340.

¹⁰⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 103.

¹⁰⁵ Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 122, marginal 30; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 114.

¹⁰⁶ LORENZO SALGADO, 1990, p. 17.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 75; LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 88.

¹⁰⁹ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 338.

¹¹⁰ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 109.

¹¹¹ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 93.

¹¹² Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 338.

¹¹³ LORENZO SALGADO, 1990, p. 17.

¹¹⁴ Cfr. LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 88.

¹¹⁵ SÁINZ CANTERO, 1990, pp. 337 y 338.

¹¹⁶ «Nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

¹¹⁷ LORENZO SALGADO, 1990, p. 18, cursiva según el autor.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 93.

nales¹²⁰, aunque nada dice explícitamente ni del principio de legalidad de la pena ni de las otras plasmaciones del dogma legalista, como el mandato de taxatividad¹²¹; tampoco se refiere a las medidas de seguridad ni a la reserva de ley¹²², al «rango que debe tener la ley anterior»¹²³, pues la expresión «legislación vigente» también puede comprender disposiciones del ejecutivo¹²⁴, desborda «el sentido asignable al de ley *stricto sensu*»¹²⁵, por lo que «no puede servir a la tarea de recoger el principio de reserva de ley en el campo penal»¹²⁶ al permitir que el poder ejecutivo establezca infracciones y sanciones administrativas, interpretación confirmada por los trámites parlamentarios, pues la enmienda socialista admitida en el senado que exigía que el delito, falta o sanción administrativa se hallase en la «ley vigente» fue rechazada en la comisión mixta¹²⁷. El encomiable fin perseguido con la fórmula constitucional «de extender al Derecho administrativo las garantías penales»¹²⁸ trae como consecuencia que «se muestre incapaz de recoger el principio de reserva absoluta de ley para el Derecho penal»¹²⁹. Sin embargo, la doctrina y el Tribunal Constitucional se esfuerzan en estirar la letra del artículo 25.1 para abarcar en él todos estos aspectos»¹³⁰.

Tampoco se proclama expresamente la garantía jurisdiccional en la Constitución, aunque puede entenderse recogida en los artículos 24.2 y 117.3 de forma indirecta¹³¹ o «en parte»¹³², especialmente en el reconocimiento del derecho a «un proceso público», al «juez ordinario predeterminado por la ley» y a la presunción de inocencia, que exige una sentencia firme para cumplir la pena¹³³.

Menos aún se recoge en el texto constitucional la garantía de ejecución y como mucho podríamos referirnos en este sentido al artículo 25.2¹³⁴, en el que se especifica de forma únicamente «algo»¹³⁵ o «un tanto indirecta»¹³⁶ respecto a las penas privativas de libertad¹³⁷.

¹²⁰ Cfr. LANDROVE DÍAZ, 2004, p. 88; MIR PUIG, 2015, p. 119, marginal 19.

¹²¹ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, pp. 338 y 339.

¹²² Cfr. LORENZO SALGADO, 1990, pp. 19 y 23.

¹²³ MIR PUIG, 2015, p. 119, marginal 19.

¹²⁴ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, pp. 338 y 339.

¹²⁵ LORENZO SALGADO, 1990, p. 19.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Cfr. MIR PUIG, 2015, p. 119, marginales 20 y 21.

¹²⁸ LORENZO SALGADO, 1990, p. 19, nota 23.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Cfr. SÁINZ CANTERO, 1990, p. 339.

¹³¹ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 78.

¹³² LORENZO SALGADO, 1990, p. 18, nota 21; MIR PUIG, 2015, p. 122, marginal 29.

¹³³ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, pp. 102 y 103.

¹³⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 79.

¹³⁵ MIR PUIG, 2015, p. 122, marginal 30.

¹³⁶ LORENZO SALGADO, 1990, p. 18, nota 21.

¹³⁷ *Ibidem*.

Por último, el artículo 81.1 de la Constitución «no se refiere expresamente al Derecho penal»¹³⁸, «carece de una referencia»¹³⁹ al Ordenamiento punitivo, pero de la proclamación «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...», al suponer la pena una limitación al desarrollo de tales derechos, se deduce «la obligatoriedad de que las normas penales posean un determinado rango: el de ley orgánica»¹⁴⁰. Nuestra Carta Magna «impone que las leyes que desarrollan derechos fundamentales revistan la forma de *ley orgánica*»¹⁴¹ y las leyes penales afectan a su desarrollo «debido a que restringen la esfera de libertad de las personas (al prohibir conductas e intimar con su castigo)»¹⁴², implican privaciones o restricciones de derechos fundamentales¹⁴³, por lo que «todas las normas penales han de revestir la forma de ley orgánica»¹⁴⁴, la Constitución «obliga al legislador»¹⁴⁵ a elaborarlas mediante esta configuración normativa¹⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel: *La seguridad urbana, la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y la proposición de su reforma, de octubre de 2024: intervención penal y sanciones administrativas en materia de espacio público y derechos de reunión y manifestación, trabajo sexual y top manta*, Revista Penal, núm. 56, 2025, pp. 6-37.
- *Cuestiones constitucionales*, en Tratado de Derecho penal económico y de la empresa, tomo I, Valencia, 2025, pp. 71-157.
 - *Constitucionalidad de la Ley orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*, Revista General de Derecho Penal, núm. 42, 2024, pp. 1-69.
 - *Análisis comparado del delito de blanqueo de dinero y la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia y España*, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bogotá, 2023, pp. 11-61.
 - *La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia*,

¹³⁸ MIR PUIG, 2015, p. 120, marginal 22.

¹³⁹ LORENZO SALGADO, 1990, p. 20.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2022, p. 95, cursiva según los autores.

¹⁴² ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 68.

¹⁴³ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, p. 76.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 53.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

- Alemania, Ecuador, los Estados Unidos, Méjico y Perú*, en Derecho penal económico y de la empresa, Méjico, 2018, pp. 9-103.
- El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Barcelona, 2005.
- BELING, Ernst: *Il significato del principio: «nulla poena sine lege poenali» nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, Giustizia Penale, 1931.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: Derecho penal. Parte general, 5.^a ed. corregida, aumentada y actualizada, con la colaboración de Valdecabres Ortiz, Isabel, Cuerda Arnau, María Luisa y Quintanar Díez, Manuel, Valencia, 1999.
- CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la: *El arma penal y la guerra contra la prostitución: reflexiones para la reforma del Código penal*, Estudios Penales y Criminológicos, 2024, vol. 45, pp. 1-18.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *La amnistía y los límites al ius non puniendi*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Víctor Moreno Catena, volumen III, Valencia, 2024, pp. 2236-2261.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: Introducción al Derecho penal español, 6.^a ed. revisada y puesta al día en colaboración con Fernández Rodríguez, María Dolores, Madrid, 2004.
- LORENZO SALGADO, José Manuel: La vigencia del principio de legalidad, en el Código penal español. (Especial referencia a la reforma de 25 de junio de 1983), Coimbra, 1990, separata del Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXIII, 1987, pp. 3-82.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Lecciones de Derecho penal. Parte general, 4.^a ed. ampliada y revisada, Valencia, 2025.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general, 10.^a ed. actualizada y revisada, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor y Valiente Iváñez, Vicente, Barcelona, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho penal. Parte general, 11.^a ed., revisada y puesta al día con la colaboración de García Álvarez, Pastora, Valencia, 2022.
- NIETO MARTÍN, Adán: *Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*, en Derecho penal económico y de la empresa, 2.^a ed., Madrid, 2024, pp. 45-83.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: Compendio de Derecho penal. Parte general, 10.^a ed., Valencia, 2023.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid 1991.

POMARES CINTAS, Esther: *¿Necesidad de una «ley seca» en España en el ámbito de las prestaciones sexuales voluntarias de personas adultas?*, Cuadernos de RES PUBLICA en Derecho y Criminología, 2024, núm. 4, pp. 34-50.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Derecho penal. Parte general, Madrid, 1977.

SÁINZ CANTERO, José Antonio: Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3.^a ed., Barcelona, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2025.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Prohibicionismo suave para abordar el trabajo sexual callejero: ordenanzas cívicas y ley mordaza*, Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades, 2020, núm. 4, pp. 113-130.

2. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO POST GLOBALIZACIÓN Y SU INCIDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS Y SUS ADMINISTRADORES

SILVINA BACIGALUPO SAGGESE
Catedrática de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

*Me gustaría, antes de comenzar con mi contribución,
expresar mi especial reconocimiento al Profesor Peñaranda,
compañero y mi profesor de Derecho penal en tercer curso
de la carrera, cuyas clases fueron un auténtico lujo.*

I. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO Y LA AGENDA 2030

Este 2025 se cumple una década desde que Naciones Unidas aprobara la *Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible*¹ y desde que en la COP21 se acordara el *Acuerdo de París*². Casi ya diez años de vigencia y un largo recorrido anterior de más de treinta años de normas de voluntario cumplimiento, agendas sectoriales y recomendaciones internacionales sobre diversos aspectos de responsabilidad social corporativa, derechos humanos, medioambiente y sostenibilidad hasta culminar en esta *agenda* programática que introduce cambios muy significativos en el sistema económico y social. El programa social y

¹ https://www.undp.org/sustainable-development-goals?c_src=CENTRAL&c_src2=GSR, septiembre 2015.

² https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf, diciembre 2015.

económico que se propone en esta *agenda* no solo es un compromiso de los Estados para el desarrollo de las políticas públicas en materias de medioambiente, gobernanza y aspectos sociales, sino que tiene un alcance mucho mayor y que afecta a la actividad empresarial, los mercados, la competencia e incluso en la propia configuración del orden socioeconómico. Los cambios programados para las políticas públicas que se proponen abren un escenario que supone un replanteamiento del orden global en asuntos sociales y de la economía. Los compromisos asumidos por los Estados para emprender un nuevo camino e implementación de nuevas y muy diferentes políticas públicas que van desde la prevención de la pobreza hasta el cambio climático y la defensa del medio ambiente, pasando por la igualdad, la educación, la justicia, la corrupción, el empleo pleno y decente, entre otros temas, ponen sobre la mesa de análisis el abanico de problemas y déficits sociales y económicos más acuciantes del último tercio del siglo xx y, sobre todo, los retos a los que se enfrenta la sociedad del siglo xxi.

El derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico, no es ni puede ser ajeno a su tiempo y a los cambios sociales. Por ello, el derecho penal y, el derecho penal económico en particular requerirá también una revisión alineada en consonancia este nuevo escenario del orden económico y social.

A partir de este escenario, se presentan al menos dos cuestiones esenciales del derecho penal económico contemporáneo: en primer lugar, *cómo afecta este escenario al propio concepto y definición del derecho penal económico* como instrumento de protección del orden socioeconómico y, en segundo lugar, *cómo afecta a aquellos ámbitos en los que se vislumbran cambios trascendentales para la gobernanza de las empresas y, en definitiva, cómo afecta a los deberes de garante de los órganos de administración y directivos.*

En cuanto a la primera cuestión solo cabe esbozar, por ahora, una primera hipótesis o avanzar una primera reflexión. Parece evidente que si la *Agenda 2030* tiene una repercusión directa y transcendental en la economía, en la sociedad, en los modelos de producción, de consumo y de la competencia, ello repercutirá de forma directa en la configuración del propio orden socioeconómico y, por ende, a la propia protección que el derecho penal pueda depararle. Un orden socioeconómico, cuyas coordenadas está afrontando cambios estructurales muy significativos y, en ocasiones, radicalmente opuestas a las que regían el orden económico que protege el Código penal en la actualidad. No cabe duda de que el Código penal de 1995 supuso una de las reformas más importantes de los delitos económicos y contra el orden socioeconómico desde los años 80', pero resulta más que oportuno abordar una revisión en profundidad tras 30 años desde aquella importante reforma.

En relación con la segunda cuestión, teniendo en cuenta la implicación directa que ya tienen los distintos ODS en los modelos de gestión empresarial y, consecuentemente, en la definición de los propios deberes de los órganos de administración y directivos, la cuestión se relaciona directamente con el alcance y límites de los deberes de garante de los administradores y con su posible responsabilidad penal. La *tesis* que se puede avanzar: *todo cambio que afecte a los deberes de los administradores y al modelo de gobernanza empresarial, afecta de forma directa al ámbito de la responsabilidad penal de éstos en tanto garantes de los riesgos que se pueden derivar de la actividad empresarial y de la forma de su organización interna*. Lo mismo sucede con la propia responsabilidad penal de la empresa y los riesgos derivados de las actividades empresariales afectando no solo a su responsabilidad penal, sino también a todos los ámbitos de prevención de los riesgos de su actividad en el contexto del *compliance* (civil, administrativo y, en última instancia, penal).

II. ESCENARIO NORMATIVO DE LA GOBERNANZA CORPORATIVA RESPONSABLE Y SOSTENIBLE

El marco de la Agenda 2030 con sus ODS es un *programa* de profunda reorganización social, económica y empresarial del sistema productivo, de las relaciones laborales; dicho con otras palabras, es un marco que implica y afecta al orden socioeconómico en su conjunto. Es, sin duda, un nuevo orden económico y social —que a diferencia de lo que ocurrió con el programa económico de la globalización— al que se han comprometido los Estados mediante un Acuerdo firmado por 194 (193 más la UE), y que implica también como actores indispensables de la sociedad a las empresas otorgándoles cambios significativos en el *rol* que éstas desempeñan como *sujetos del Derecho*. Una redefinición del rol que han de cumplir las empresas en sociedad del siglo XXI ha tenido ya efectos importantes sobre las normas que regulan los *modelos de gobernanza*³ y, de ahí, también la ampliación de los *deberes para los administradores* en materia de gobernanza y adopción de decisiones⁴.

³ Basta ver las reformas de las LSC (arts. 225 ss., 529 ss. LSC), así como la evolución del Código de Buen Gobierno corporativo para las sociedades cotizadas (CNMV, desde su primera versión (2006) hasta su última versión vigente).

⁴ BACIGALUPO SAGGESE, 2022, pp. 419-435. También en este sentido, NIETO MARTÍN, Almacén de Derecho, 2022.

En este contexto, además, no se puede dejar de lado el importante y extenso *paquete legislativo europeo*⁵ –alineado con los compromisos de la Agenda 2030 y del Acuerdo de París 2015– que se encuentra en pleno desarrollo y que incide de forma directa en la redefinición de los *modelos de gobierno corporativo*, en los *deberes de los administradores* y, en particular, en sus *deberes diligencia*. Las exigencias no se limitan a la configuración de los deberes de gobernanza, sino que determinan también el rol de la empresa y, ambos aspectos, configuran la *posición de garante* que resulta relevante para el derecho penal tanto para la responsabilidad penal de las empresas como la de sus directivos.

Hay tres hitos legislativos concretos que tienen un impacto importante en el rol de las empresas y para sus administradores: a) *Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*; [CSDR]; b) *Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad*

⁵ Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2020-80947>.

En materia anticorrupción: Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L1937>; 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. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>; Directiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativa a los mecanismos que deben establecer los Estados miembros para prevenir el uso del sistema financiero con fines de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo, por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y se modifica y se deroga la Directiva (UE) 2015/849. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80913>

Reglamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, sobre la prevención del uso del sistema financiero con fines de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80912>; Directrices de la OCDE sobre la gestión de conflictos de interés en el servicio público. https://www.oecd.org/es/publications/2004/01/managing-conflict-of-interest-in-the-public-service_g1gh3c56.html; Directrices de la ICC sobre los conflictos de interés en las empresas. <https://iccmex.mx/comision/posturas-herramientas/directrices-icc-sobre-los-conflictos-de-interes-en-las-empresaspdf.pdf>; ISO 37009. Directrices para el establecimiento de un sistema de gestión de conflicto de interés.

En materia de protección del medioambiente: Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE. *Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law*; European Council, <https://www.coe.int/en/web/cdpc/convention-on-the-protection-of-the-environment-through-criminal-law>

por parte de las empresas [CSDDD] y c) *Proyecto de Ley de información empresarial sobre sostenibilidad, mediante la que se modifican el Código de Comercio, la Ley de Sostenibilidad del Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas*⁶.

Sin poder entrar detenidamente en todas y cada una de las disposiciones de estas Directivas, caben destacar las CSDR y la CSDDD que afectan de forma directa al contenido del deber de diligencia⁷ y, con ello, también al alcance y límites de los deberes de los administradores (arts. 225 ss., 528 ss. LSC). En este sentido, el mayor cambio que implican las Directivas es un cambio con especial trascendencia jurídica: del *paradigma de reporting* al *paradigma de la diligencia debida*. En materia de sostenibilidad la UE da un paso adelante muy significativo pasando de la obligación de reportar activamente a la obligación de deberes de diligencia específicos. Estos deberes en tanto afectan a deberes de diligencia debida de gobernanza responsable y sostenible forman parte de los deberes de diligencia en los términos de los artículos 225 ss. y 528 ss. LSC. Y en este sentido, vuelven a condicionar la posición de garante de los administradores y de las propias empresas en los términos de los delitos económicos a los que les resulta aplicable los artículos 31 y 31 bis-quinquies del CP.

Este paquete normativo fue recibido con poco entusiasmo por el sector privado que vio en él más un coste y gasto económico por el despliegue administrativo que implican los deberes de reporting y de diligencia, que por lo que podría afectar a su responsabilidad penal como gestores. Por esta razón, la Comisión EU ha presentado en febrero de 2025 un nuevo paquete de medidas que permiten *simplificar muchas de las medias para permitir a las empresas enfocarse más en la competitividad*⁸.

En lo que al derecho penal afecta, las medias del *Paquete Ómnibus*⁹ reduce fundamentalmente complejidades que afectan a los programas de com-

⁶ https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-38-1. PDF

⁷ SEQUEIRA MARTÍN, RDS, 2021.

⁸ https://finance.ec.europa.eu/news/omnibus-package-2025-04-01_en, de 26 de febrero, https://finance.ec.europa.eu/publications/commission-simplifies-rules-sustainability-and-eu-investments-delivering-over-eu6-billion_en.

⁹ Omnibus I – COM(2025)80. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de información sobre sostenibilidad empresarial y de diligencia debida. https://commission.europa.eu/publications/omnibus-i_en

Omnibus I – COM(2025)81. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que atañe a determinados requisitos de información y diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial. https://commission.europa.eu/publications/omnibus-i_en

Omnibus I – COM(2025)87 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2023/956 en lo que respecta a la simplificación y el fortalecimiento del mecanismo de ajuste en frontera por carbono. https://commission.europa.eu/publications/omnibus-i_en

pliance de las empresas en materia de sostenibilidad y abren un calendario de implementación por tramos destinados a una implementación por fases que no implique ni semejante complejidad organizativa ni, sobre todo, el desembolso económico que ello implicaría conforme al actual escenario de deberes que surgen de la CSDR y de la CSDDD.

Este nuevo paquete de medidas elimina también un ámbito importante de los sujetos obligados dejando la entrada en vigor de las medidas de diligencia limitada a las grandes empresas «cuya actividad empresarial tiene un mayor impacto medioambiental y climático», según el comunicado de la Comisión. Es evidente que la justificación dada por la Comisión es difícil de explicar, pues si se trataba de una implementación jurídica compleja, hubiera requerido que la implementación por fases hubiese sido prevista desde el inicio y nada hubiese impedido que así fuera. Aunque un sector de la opinión pública ha querido entender que esta medida suponía una vuelta atrás en las políticas de sostenibilidad, no hay que engañarse y no es más que una reducción de la velocidad en el calendario de implementación, pero difícilmente se puede pensar en una vuelta atrás.

III. EL ROL DE LAS EMPRESAS Y EL MARCO JURÍDICO DE GOBERNANZA

La Agenda 2030 y sus ODS constituyen, como ya hemos dicho, una elaborada y profunda síntesis de muchas otras *agendas sectoriales* previas que se han venido discutiendo en las últimas décadas, al menos desde del último cuarto del siglo xx, inherentes al rol del Estado y las políticas públicas, pero también con una enorme trascendencia sobre el *rol de las empresas como sujetos* en sociedad.

Desde un punto de vista jurídico la definición de la empresa como *sujeto* del derecho afecta a sus derechos y obligaciones. Ello tiene particular trascendencia en el propio derecho mercantil de sociedades, pues afecta al marco de los deberes y obligaciones que se les puede imponer en relación con su organización interna, a los deberes de los administradores, a los socios y a la propia persona jurídica. Estos deberes y su alcance trascienden a otras ramas del ordenamiento jurídico y tienen especial relevancia, como se ha dicho, en el Derecho penal. Es por ello por lo que resulta importante analizar el contexto del nuevo orden socio-económico marcado por el *programa* de los ODS 2030, el rol que dentro de dicho orden deben cumplir las empresas y cómo deben desarrollar su actividad empresarial para poder configurar el marco de los deberes

y obligaciones que el Derecho deberá estipular para definir las reglas que ese sujeto ha de cumplir en el mercado.

Hoy nos encontramos ante un escenario legislativo altamente complejo para la actividad empresarial y, sobre todo, para el ya amplio elenco de deberes de los administradores dispersos en ese extenso escenario legal. Los deberes contenidos en estas previsiones legales son fuente de la posición de garante de administradores.

En el ámbito del *sector privado y de la actividad empresarial* encontramos los primeros movimientos de una revisión del rol de las empresas, como es sabido, en los años 50' y 60' cuando en EE. UU. surgen, bajo el concepto de *Responsabilidad Social Empresarial* (RSE o RS), las primeras ideas vinculadas a la necesidad de que las empresas se vinculen con la sociedad de otra forma, en particular en su responsabilidad en materia social, económica y medioambiental. Posteriormente, se amplió dicho concepto al de *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC)¹⁰ para referirse a la responsabilidad no solo de las empresas, sino también de las corporaciones. Se trataba de poner en valor la *contribución activa y voluntaria de las organizaciones al mejoramiento de la sociedad, la economía y el medioambiente*, entendiendo que ello contribuiría al mismo tiempo a la mejora del sistema competitivo añadiendo un valor adicional a la actividad empresarial. Dicho con otras palabras, se intentaba introducir un modelo de empresa que no solo tuviera por finalidad generar beneficios económicos a sus socios, sino definir un modelo de empresa que no descuida otros beneficios considerados importantes para la sociedad. La RSE/RSC pretendía ir más allá del cumplimiento normativo y de las normas poniendo su especial valor, se decía, en el cumplimiento voluntario. En la práctica, las políticas RSE o RSC se traducían en una suerte de misión filantrópica de las empresas para la promoción de actividades sociales. No obstante, dentro de aquellos ámbitos muy regulados, como el del derecho laboral o el del medioambiente, las empresas debían demostrar un compromiso que fuera más allá del estricto obligado cumplimiento legal para demostrar su verdadero compromiso social. La esencia de los programas RSE/RSC reside en la implementación de compromisos de *voluntario cumplimiento*, basado en la autonomía de la libertad y de la voluntad de las partes. De esta forma las políticas de RSE/RSC adquirirían relevancia como marco de *soft law*¹¹ vinculada sustancialmente a la forma de gestión empresarial basada en un elenco de valores

¹⁰ CAROLL, 2008, pp. 24 ss. En España véanse, NIETO MARTÍN, Pol. Crim., 2018, pp. 1-18; ESTEBAN VELASCO, 2017, pp. 555 ss.; EMBID IRUJO/DEL VAL TALENS, 2016; MEGÍAS LÓPEZ, RDBB, 2021, pp. 11 ss.

¹¹ EMBID IRUJO/DEL VAL TALENS, 2016.

éticos de la empresa y de su *cultura empresarial* en el ámbito social, económico y medioambiental¹². Todos estos aspectos, sin duda, se convierten en los elementos configuradores de la empresa como *sujeto del Derecho*, pero en la medida en que no estaban configurados como deberes jurídicos de obligado cumplimiento no trascendían al ámbito de la responsabilidad jurídica ni de la propia empresa ni de la de sus administradores y directivos.

Como resultado de las posibilidades que abrió la globalización también asistimos a finales de los '90 y mediados de los '2000 a las primeras consecuencias negativas del programa de la globalización, originadas precisamente por la ausencia de normas que se había impuesto y que –lejos de propiciar un libre mercado que favoreciera la competitividad, el libre establecimiento de la empresa y las personas– hizo aflorar los mayores escándalos empresariales del siglo xx –*Enron*, *Parmalat*, *Worldcom*, entre tantos otros. Éstos habían sido consecuencia, según las opiniones mayoritarias, no tanto por la falta de normas como por la *falta de ética en los negocios* en la gestión de las organizaciones que distaba mucho de los principios que se habían venido publicitando en el marco de los programas de responsabilidad social corporativa de esas empresas.

En el último cuarto del siglo, asistimos al rápido desarrollo de un intenso proceso para reconducir la gobernanza corporativa dando lugar a un incremento y proliferación de *normas de voluntario cumplimiento* y *guías de estándares* y/o *recomendaciones* para mejorar la *gobernanza*, aquella mala gobernanza que, por falta de ética, se decía, habría sido causada por los excesos de los administradores produciendo las quiebras de las empresas. Los Códigos de Buen Gobierno corporativo¹³ intentaban dar respuesta con recomendaciones para mejorar la gobernanza que precisaban los deberes de los administradores más allá de la ley mercantil. Hoy gran parte de todas aquellas recomendaciones que siguen vigentes e imponen el deber de un Informe Anual de BGC para las sociedades cotizadas, se encuentran recogidos y desarrollados en la Ley de Sociedades de Capital; es decir, forman parte de las normas de obligado cumplimiento.

La evolución brevemente reseñada nos permite ver que la actividad empresarial se encuentra hoy ante un complejo escenario de normas de *obligado cumplimiento* y un elenco de estándares, guías, recomendaciones de *voluntario cumplimiento*, así como ante importantes cambios normativos que están

¹² BACIGALUPO SAGGESE, 2011, pp. 2-10; LA MISMA, RITI, 2016; ALFARO ÁGUILA, Almacén de Derecho, 2016.

¹³ Vid. <https://www.cnmv.es/Portal/Legislacion/COBG/COBG.aspx>.

marcando no solo una nueva dimensión del gobierno corporativo, sino que están definiendo las coordenadas de un debate va más allá: un cambio del paradigma de la gobernanza empresarial y de la empresa como sujeto del Derecho.

Las organizaciones y las empresas han adquirido una dimensión como *sujeto* sin precedentes hasta el punto de que en la actualidad la mayor parte de los ordenamientos jurídicos las consideren sujetos, incluso, del Derecho penal¹⁴. La actividad empresarial no solo se ve expuesta a responsabilidad derivada del ordenamiento jurídico mercantil, laboral, fiscal, administrativo, sino también al penal. Es este el complejo escenario, dentro del cual las organizaciones tienen el reto de definirse como sujeto frente al cumplimiento normativo y desarrollar su cultura empresarial, deberá abordar también las coordenadas de una *gobernanza corporativa responsable*.

Definirse como *sujeto* desde el marco de las normas de voluntario cumplimiento constituye hoy parte de los rasgos que caracterizarán a las empresas y el desempeño de su actividad empresarial. Sin embargo, las normas de voluntario cumplimiento no han logrado asentarse.

A la discusión sobre la RSC se añade a mediados de 2000 los denominados criterios ESG/ASG que hace referencia a los aspectos medioambientales, sociales y de gobernanza. Se trata de criterios para evaluar la propia RSC. Es decir, evaluar en qué medida la empresa integra en sus políticas de responsabilidad social corporativa en la protección de del medioambiente, en el ámbito social en cuestiones tales como como la diversidad, igualdad e inclusión, y en buen gobierno corporativo. Todo ello, impulsado para promover la inversión responsable (ISR). En menos de 20 años todo el movimiento ESG/ASG ha evolucionado desde el marco RSC a formar parte del núcleo duro de la Agenda 2030 y los ODS. Un modelo no solo centrado en la obtención de rendimientos económicos, sino un modelo que además debe contribuir a minimizar los impactos sobre el medioambiente, la creación de empleo inclusivo, la sostenibilidad de sus productos, entre otros. Un modelo de negocio que persiga impacto medioambiental y social será no solo un modelo de negocio responsable y sostenible, sino una empresa que podrá participar en el mercado y desarrollar su actividad empresarial alineada con las políticas públicas de fomento. De aquí que los compromisos que el sector privado asuma en materia ESG/ASG, en particular, y en el marco de los ODS definirán no solo su *rol social como*

¹⁴ La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos fue, esencialmente, por el impulso del *Convenio para la prevención del soborno de funcionarios extranjeros* (OCDE, 1997). Vid. Relación actualizada de la legislación comparada, *Guía de Derecho comparado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, 2022.

sujeto, sino también su propia estructura de organización interna, de funcionamiento, sus deberes, su modelo de negocio y de gobernanza.

Transformar el modelo de negocio, no solo pasa por cambios estructurales internos ni por normas de voluntario cumplimiento, sino por una transformación y cambio del *modelo de gobernanza* y de la *cultura empresarial*. Precisamente todo el escenario de la responsabilidad social corporativa y los ámbitos de gestión ESG/ASG, se conectan directamente con el debate jurídico existente desde hace años en el ámbito del Derecho de sociedades sobre las exigencias del *gobierno corporativo* y el *modelo de gobernanza*¹⁵. La responsabilidad social corporativa se presentaba como un modelo concreto de gobernanza para promocionar actividades sociales y medioambientales responsables que afectan a la sociedad, a los distintos grupos de intereses o *stakeholders*¹⁶. En la actualidad se discute la propia esencia de la definición de la empresa y su modelo de gobernanza corporativa¹⁷.

Esta discusión llegaba en la actualidad incluso a los ámbitos económicos y empresariales más influyentes y ha dado lugar a dos importantes declaraciones: por un lado, la declaración en agosto de 2019 de la *Business Roundtable*¹⁸ que daba un cambio radical a la definición clásica del propósito de las empresas inspirada en Milton Friedman, según el cual la responsabilidad social de las empresas es incrementar sus beneficios, siempre y cuando se respeten las reglas del juego, y declaraba la necesidad de redefinir el propósito de las empresas y, por tanto, también de la gestión empresarial, como un compromiso con todos los grupos de intereses, incluyendo a los consumidores, los trabajadores, los proveedores, la sociedad y, finalmente, los accionistas. Por otro lado, el *Manifiesto de Davos 2020*¹⁹, en que también se hacía una declaración a favor del propósito de la empresa en la creación de valor compartido y sostenido. Ambas declaraciones fueron el reconocimiento de la insostenibilidad del modelo de gobernanza y de negocio anterior. Las voces críticas manifestando que

¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE/GÓMEZ-JARA, 2008, *passim*.

¹⁶ FREEMAN/MARTIN/PARMAR, 2020, pp. 8 ss.

¹⁷ Por todos, PAZ-ARES, InDret, 2003.

¹⁸ *Business Roundtable* es la Asociación de los directores ejecutivos (CEOs) de las empresas estadounidenses más importantes que desde 1978 promueve políticas públicas favorable a los intereses empresariales. En 2019 dio una nueva definición al *propósito empresarial* cerrando una época marcada por las empresas llamadas a la creación y maximización del beneficio para sus accionistas. Véase sus perspectivas de políticas (*Policy Perspectives*), que son una copia del decálogo de los ODS: <https://www.businessroundtable.org/purposeanniversary> y *Statement on the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans'*, 2019 (<https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>).

¹⁹ *Declaración de Davos 2020*, WEF, <https://es.weforum.org/agenda/2019/12/manifiesto-de-davos-2020-el-proposito-universal-de-las-empresas-en-la-cuarta-revolucion-industrial/>

estas declaraciones llegaban tarde o como consecuencia de un reconocimiento tardío del cambio que ya estaba ocurriendo, no se hicieron esperar²⁰. Fuera cual fuera la motivación, lo cierto es que, sin lugar a duda, estas declaraciones conllevarán importantes cambios del sector empresarial, aunque éstos no se puedan apreciar aún de forma inmediata.

De ahí que los *criterios* que han formado parte a lo largo de los años de la denominada RSE/RSC y de los ESG/ASG, formen parte ahora –en su versión más evolucionada– de los ODS de la Agenda 2030 constituyendo el verdadero reto para la cultura empresarial de las corporaciones del siglo XXI y definiendo a la empresa como sujeto del Derecho. Sin duda, hoy hay que añadir una sigla más para agrupar todos estos ámbitos de riesgos: ESG-T. La tecnología y la digitalización, así como sus riesgos, deben estar integrados en este ámbito.

IV. CAMBIO DE PARADIGMA DE LA GOBERNANZA EMPRESARIAL: LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y SU INCIDENCIA EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Los *Códigos de Buen Gobierno Corporativo* para las sociedades cotizadas, Recomendaciones y *Guidelines* de organismos multigubernamentales (fundamentalmente de la OCDE) han sido el marco dentro del cual se han intensificado los deberes jurídicos para mejorar la gobernanza corporativa. Desde recomendaciones de creación de comisiones delegadas del Consejo de administración hasta la pormenorización de los *sub-deberes* integrantes de los tradicionales deberes de lealtad y de diligencia. Hoy la mayoría de estas recomendaciones se encuentran recogidas como normas de obligado cumplimiento en la *Ley de Sociedades de Capital* (RD-Leg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital).

También pasaron del escenario del *soft law* al ámbito del *hard law* los temas de responsabilidad social corporativa y de gobernanza ESG-ASG como se puede ver, por ejemplo, desde la *Ley de divulgación de información no financiera y diversidad* (L 11/2018, de 28 de diciembre) que ha implicado modificaciones importantes inherente a los deberes de las sociedades del Código de Comercio, de la propia Ley de Sociedades de Capital y de la Ley 22/2015,

²⁰ WANG/MIGDAL, Harvard Business School, Case 122-023, 2022 (<https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=61738>); PIERCE, 2019, Harvard Law Forum on Corporate Governance (<https://corpgov.law.harvard.edu/2019/09/26/analysis-of-the-business-roundtable-statement/>).

de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Hace unos años hubiera sido impensable que la estrategia o las políticas de responsabilidad social corporativa pudieran ser un *deber no delegable* del órgano de administración en las sociedades cotizadas como se dispone en el artículo 529 ter a) LSC. Hoy la RSC forma parte de los deberes que afectan a la posición de garante de la empresa (*cotizada*) como sujeto y a la de sus administradores²¹.

En este sentido, todo este elenco normativo se puede estructurar en, al menos, tres grandes elementos nucleares de los *deberes de la gobernanza de las corporaciones: integridad (I) – sostenibilidad (S) – compliance (C) (ISC)*. La *integridad* se compone de los valores éticos que forman parte de la cultura empresarial y que se plasman en las políticas del buen gobierno corporativo. En ámbito de la *sostenibilidad* se integra por el extenso ámbito de las políticas estratégicas en materia ESG/ASG-T (riesgos medioambientales, sociales, de gobernanza y tecnológicos en la actividad empresarial). Y, por último, los programas de *compliance* deben contener las políticas de prevención de todos esos riesgos (I y S) con relación a la eventual la responsabilidad civil, administrativa y penal de la empresa y de sus órganos de administración.

En este sentido, derechos y obligaciones de una persona jurídica no solo determina su rol en el ámbito mercantil. El ámbito de los deberes de los administradores –su alcance y límites– determina el marco de las obligaciones de administración y el cumplimiento de la finalidad de empresa. Pero estos deberes tienen un alcance mayor toda vez que condicionan o son la fuente generadora de la posición de garante (art. 11 CP) para la evitación de los riesgos que pudieran ser constitutivos de delitos en el marco de la actividad empresarial. Dicho con otras palabras: los delitos que pueden ser imputados a los órganos de administración u otras personas dentro de la actividad empresarial, así como a la propia empresa, se encuentran vinculados a las obligaciones derivadas de los deberes de los administradores que se establezcan en el ámbito mercantil y en las políticas internas de la empresa que rigen la actividad empresarial.

En la medida en que la definición de los deberes de los administradores se amplíe o incluya otro alcance como consecuencia de un nuevo modelo de gobernanza (*stakeholder model, enlightened shareholder model, etc.*), ello afectará también al alcance y a los límites que tendrá la posición de garante de los administradores en el marco del Derecho penal. Por esta razón, la elección de un determinado modelo de gobernanza no es solo un asunto que implique consecuencias en el ámbito del Derecho mercantil, sino que afectará a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico en el que la empresa debe cumplir y

²¹ ESTEBAN VELASCO, 2014, pp. 275 ss.

organizarse como *sujeto* para asegurar el cumplimiento de la normativa vigente y prevenir los riesgos de su actividad empresarial.

En el ámbito del debate sobre los modelos de gobernanza se inserta también en la actualidad el novedoso debate sobre las denominadas *empresas de propósito*. Recientemente se ha introducido con fuerza en el debate sobre los modelos de gobernanza y, en particular, en el debate sobre el *stakeholder model*, el concepto de *propósito empresarial o corporate purpose* como finalidad de la actividad empresarial²². En varios países ya se ha introducido esta perspectiva en la legislación con diversos alcances: así en EE. UU. las *benefit corporations*, en Italia las *società benefit* y en Francia la *société à mission*²³. Se trata, fundamentalmente, de introducir *un fin social adicional* al exclusivo ánimo de lucro o al modelo de una empresa solo-generadora de beneficios a los accionistas. Es decir, introducir bajo la denominación de *empresas de propósito* un compromiso de la empresa con un modelo de gobernanza orientado a una actividad empresarial responsable y sostenible. Es decir, se trata de un modelo de gobernanza que tendría como ejes centrales el marco ESG/ASG. A partir de aquí, se abren cuestiones que condicionarán también el alcance y los límites de los deberes de los administradores y la posición de garante de los administradores respecto de los riesgos por los que puedan llegar a responder en el marco de sus deberes de administración.

En España se puede afirmar que rige, según la doctrina dominante mercantil, por el *stakeholder model*²⁴, es decir, un concepto de sociedad y un modelo de gobernanza marcado por una administración y gestión que debe estar orientada por el *interés social*, entendido éste como aquél que procura la obtención del máximo beneficio (económico) para el accionista. La reciente modificación del deber de diligencia regulado en el artículo 225. 1 LSC y modificado por la 5/2021, de 12 de abril –por la que se modifica la LSC como consecuencia de la incorporación al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, respecto del fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de sociedades cotizadas– tampoco cambia este modelo de gobierno corporativo, aunque haya incluido en el texto legal que el desempeño del cargo de administrador deberá estar siempre *subordinado al interés de la empresa*²⁵.

²² Extensamente y muy ilustrativo, con ulteriores referencias bibliográficas, MEGÍAS LÓPEZ, 2017, pp. 555 ss; EL MISMO, RDBB, 2021, pp. 18 ss. *Vid.*, CUMMINGS, Columbia Law Review, 2012, pp. 578 ss.; WHITE, Journal of Legislation, 2015, pp. 329 ss.

²³ MEGÍAS LÓPEZ, RDBB, 2021, pp. 11 ss., FLEISCHER, EGGI Working Paper, 2021, pp. 9 ss.

²⁴ Por todos, PAZ-ARES, InDret, 2003, IDEM, 2006; MEGÍAS LÓPEZ, RDBB, 2021, p. 46, con ulteriores referencias.

²⁵ Véase, MEGÍAS LÓPEZ, RDBB, 2021, p. 18; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, RDBB, 2021.

El proceso de cambio que se observa en torno al *rol de la empresa* ha ido configurando un *nuevo paradigma de gobernanza*: un proceso que se inicia con el establecimiento de normas de voluntario cumplimiento y suele concluir con una posterior consolidación en normas de obligado cumplimiento. Desde esta perspectiva no parece arriesgado afirmar que el *deber general de un ordenado empresario* consistiría en tener muy presente la evolución de todas las normas que se van desarrollando en el marco del *soft law* en materia de gobernanza, pues tarde o temprano terminarán quedando integradas en el ámbito normativo de obligado cumplimiento. Es precisamente este complejo escenario normativo el que requiere la existencia de consejos de administración cada vez más profesionalizados y la necesidad de contar con comisiones delegadas también especializadas. Los riesgos inherentes a la actividad empresarial y a la gobernanza van hoy mucho más allá de una gestión centrada esencialmente en la creación de beneficios económicos para sus socios. Esta complejidad deriva no solo de los riesgos concretos de la propia actividad empresarial, sino de la complejidad del funcionamiento y de los riesgos que enfrenta la sociedad misma. En la medida en que el Derecho el instrumento para regular precisamente esa complejidad social, sus riesgos y dar respuestas a los conflictos que se puedan plantear, es evidente que la empresa como sujeto del derecho no queda al margen.

Actualmente, este escenario ya no es *de lege ferenda* sino una realidad *de lege lata*: la ley integra entre los *deberes especiales de administración de las sociedades cotizadas* y entre las *facultades de decisión no delegables* del consejo de administración la política de responsabilidad social corporativa (art. 529 ter a) LSC), así como la determinación de políticas de control y gestión de riesgos (art. 529 ter b) LSC). Los riesgos que se puedan derivar aún de todo el ámbito ESG/ASG-T se encuentran, por tanto, dentro del ámbito del *deber de diligencia* (art. 225 LSC) y de los deberes no delegables en el marco de los *deberes especiales* del artículo 529 ter LSC, limitados por el ámbito de la regla de discrecionalidad empresarial (*business judgement rule*) prevista en el artículo 226 LSC que define el *riesgo permitido* de las decisiones estratégicas del consejo de administración.

V. CONCLUSIONES

Los ámbitos de gestión y estrategias de la denominada RSC y ESG-T forman parte de los deberes legales de los administradores (art. 225 y 529 ter LSC). Estos deberes integrarán, por tanto, la posición de garante de los administradores en el sentido del artículo 11 CP y, en la medida en que los riesgos

medioambientales, sociales y de gobernanza pueden dar lugar a la concreción de éstos en delitos que precisamente protegen expectativas medioambientales, sociales y de gobernanza, podrán dar lugar también a responsabilidad penal de los administradores y de la propia empresa. Dicho con otras palabras: el cambio del paradigma de la gobernanza corporativa incide de forma directa en los deberes de los administradores que condicionan su posición de garante frente a los riesgos penales²⁶.

Desde la perspectiva de la persona jurídica el cambio de paradigma de gobernanza corporativa no solo condiciona su definición como sujeto del derecho, sino que expande el ámbito dentro del cual deberá desarrollar sus políticas internas de prevención de riesgos y el marco del su cultural empresarial. En este sentido, un *programa de compliance* no sólo debe tener en cuenta los riesgos estrictamente penales, sino también los civiles y administrativos. En un ámbito importante de delitos económicos los riesgos comienzan con aquellos que pueden dar lugar a infracción administrativa, por lo que prevenir el riesgo penal implica, en muchos casos, primero prevenir el administrativo.

En suma, a partir de la Agenda 2030 y el paquete normativo europeo se avecinan transformaciones sustanciales del modelo económico y social que afectarán de forma directa al marco de deberes de los administradores ampliando los ámbitos dentro de los cuales deberán desplegar su deber de diligencia, ampliando a la vez también el ámbito de su posición de garante para prevenir los riesgos penales de la actividad empresarial. En otras palabras, la responsabilidad social corporativa y los aspectos ESG-T (medioambientales, sociales, de gobernanza y tecnológicos) abandonan el escenario de las recomendaciones y normas de voluntario cumplimiento, para entrar de lleno en el ámbito de las normas de obligado cumplimiento que configurarán el alcance y los límites los deberes de diligencia y, con ello, también los deberes de garante con su consecuente repercusión en la responsabilidad civil y penal de los administradores y de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA, J.: *Cultura empresarial y gobierno corporativo*, Almacén de Derecho, abril 2016.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA, C.: *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Madrid, 2008.

²⁶ BACIGALUPO SAGGESE, Diario La Ley, 2020, con ulteriores referencias.

- BACIGALUPO SAGGESE, S.: *El cambio de paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal*, en *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, pp. 419-435
- *Posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario*, *Diario La Ley* núm. 9632, 14 de mayo, 2020»
- *Cultura de cumplimiento e integridad: elemento clave en la prevención de riesgos penales*, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, N.º 2, Sept.-Dic. 2016
- *Ética empresarial y responsabilidad penal de las empresas*, *Encuentros Multidisciplinarios*, núm. 39 – vol. XIII, Sept.-Dic. 2011, pp. 2-10.
- CAROLL, A. B.: *A History of Corporate Social Responsibility. Concepts and Practice*, en *Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, 2008, pp. 24 ss.
- CUMMINGS, B.: *Benefit corporations: How to enforce mandate and promote the public interest*, *Columbia Law Review* 112/2012, pp. 578 ss.
- EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P.: *La responsabilidad social corporativa y el derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, 2016.
- ESTEBAN VELASCO, G.: *Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de sociedades y en el Gobierno Corporativo*, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, vol. 2., 2017, pp. 555 ss.
- FLEISCHER, H.: *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, EGGI Working Paper, 561/2021, pp. 9 ss.
- FREEMAN, E./MARTIN, K./PARMAR, B.: *The Power of And. Responsible Business Without Trade-Offs*, New York, 2020
- MEGÍAS LÓPEZ, J.: *Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año XI, Octubre-Diciembre 2021, pp. 11 ss.
- *La creación de valor tolerante: un modelo de compatibilidad jurídica entre interés y responsabilidad sociales corporativa*, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*. Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, vol. 2., 2017, pp. 555 ss.
- NIETO MARTÍN, A.: *Debida diligencia y derechos humanos: el comienzo de una bonita amistad*, *Almacén de Derecho*, abril 2022.
- *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: su influencia en el Derecho penal de la empresa*, *Política Criminal*, núm. 5/2018, pp. 1-18
- PAZ-ARES, C.: *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, *InDret*, Working Paper 162/2003.
- *La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad*, en *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1, Madrid, 2006.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *La modificación del deber de diligencia*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 163/2021.
- SEQUEIRA MARTÍN, A.: *El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el derecho español de las sociedades cotizadas*, Revista de Derecho de Sociedades, 61/2021.
- WHITE, T.: *Benefit corporation commission*, Journal of Legislation, 41 (2)/2015, pp. 329 ss.

3. LESIVIDAD SOCIAL Y POLÍTICA CRIMINAL. SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA TEORÍA FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS

MANUEL CANCIO MELIÁ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. *Enrique Peñaranda Ramos*, como sabemos quienes hemos tenido la fortuna de disfrutar de su magisterio —en el aula, en el seminario, mediante la lectura de sus obras o en la conversación—, siempre ha sido un jurista *bifocal*: con tanta atención al árbol concreto que está examinando en un trabajo de investigación como con perspectiva sobre el bosque de la disciplina, y, en general, del ordenamiento jurídico. Fue esa amplia perspectiva propia de Enrique sobre la teoría del Derecho penal, tanto en cuanto a la evolución histórica como en cuanto a los diversos aspectos de esa teoría, la que le llevó (además de su natural impulso de ayudar a quienes hemos venido después de él), hace más de treinta años, a sugerir a quien firma estas líneas que, nada más terminar la carrera y siguiendo una ruta alternativa a la habitual en aquel momento, acudiera para mi primera estancia de investigación en Alemania al instituto de un profesor recién llegado a la Universidad de Bonn, aún poco conocido en aquel momento entre nosotros: Günther Jakobs. Aquel consejo que me dio Enrique determinó de modo esencial y muy afortunado tanto mi trayectoria académica como vital, y sentó las bases de una muy especial vinculación de varios integrantes del grupo de penalistas de la Universidad Autónoma de Madrid con la

persona y la obra de Jakobs, escribiendo sobre su nueva perspectiva teórica y partiendo de ella para nuestras propias investigaciones, traduciendo muchas de sus obras y organizando y participando en numerosos encuentros académicos en España, Alemania y América Latina. Como es obvio, en mi caso personal, mantengo una deuda tan abultada con Enrique que nunca la podré saldar. Siendo consciente de esa incapacidad, sin embargo, espero poder seguir pagándola poco a poco, y también por ello, querido Enrique: *jad multos annos!*

2. La discusión que desencadenó la nueva perspectiva del nuevo sistema propuesto por Jakobs a partir de 1976, tanto en alemán como en español, se centró sobre todo en la proyección de la visión de la norma y del funcionamiento social de la pena en términos de comunicación en la teoría de la pena, en la que afirma que su esencia está en la prevención general positiva. Mereció menos atención, sin embargo, la repercusión de esa perspectiva sistemática sobre la teoría del injusto. Sin embargo, Peñaranda subrayó desde el principio que la perspectiva comunicacional-funcional del sistema penal también normativiza la noción de injusto, y entronca con perspectivas teóricas europeas previas al giro naturalista-mecanicista iniciado a finales del siglo XIX y continuado por el finalismo después de la Segunda Guerra Mundial: la idea de que el crimen, más allá de las lesiones materiales a «bienes jurídicos» tangibles, también afecta a la estabilidad comunicacional del sistema social, esto es, las diversas concepciones elaboradas en torno a la idea del «daño intelectual» del delito¹. Quizás esta temprana atención a las dimensiones colectivo-comunicacionales del injusto en una teoría funcional del Derecho penal por parte de Enrique Peñaranda pueda hacer encajar en un libro editado en su honor unas breves consideraciones sobre el problema de hasta qué punto puede haber una reflexión crítica sobre los procesos de criminalización —esto es, de establecimiento de nuevas áreas de lesividad social merecedora de reacción penal— en el marco de la teoría penal desarrollada por Günther Jakobs.

II. UN SISTEMA FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL: NORMA Y PENA COMO COMUNICACIÓN: ¿UNA PERSPECTIVA ACRÍTICA?

1. Günther Jakobs ha diseñado un sistema que define la función social del Derecho penal². Como es sabido, son dos de las líneas maestras de su teoría del Derecho penal las que han irrumpido con mayor fuerza en el centro de

¹ PEÑARANDA RAMOS, doxa, 2000, pp. 292 ss., 304.

² Explica con la claridad que caracteriza su estilo qué es «funcional» en una teoría del Derecho penal, y, en particular, en la concepción de Jakobs, PEÑARANDA RAMOS, doxa, 2000, pp. 289 ss.

la discusión contemporánea, influyendo prácticamente en cualquier reflexión de cualquier penalista dedicado a la Parte General en el ámbito de influencia de la ciencia penal alemana; esto es, la mayoría de los países occidentales pertenecientes al círculo jurídico continental. Se trata, por un lado, de la cuestión de para qué sirve todo este entramado «Derecho penal», que función corresponde a la pena como institución social y jurídica. En una época en la que la prevención general positiva bien puede considerarse *el* gran tema de la teoría de la pena, Jakobs ha elaborado en los últimos cincuenta años una teoría de la pena propia y original bajo esta denominación. Su perspectiva se distingue sobre todo por tratar de determinar el sentido del castigo estatal no solo desde la perspectiva aislada del autor y del hecho, sino también desde el punto de vista de su función social. Esta función social consiste en el restablecimiento de la vigencia de la norma que se ha visto conmovida por el delito³. Por otra parte, se trata de definir la lesividad social que es la que desencadena el mecanismo de la pena: una concepción objetivo-normativa del injusto. Jakobs ha desarrollado en los diferentes ámbitos de la teoría del injusto, especialmente en la imputación objetiva, una construcción según la cual la esencia del injusto es aprehendida en su significado de ser una perturbación social, y, por tanto, una magnitud objetiva.

«Este significado es parte de la semántica social ...La teoría del comportamiento no permitido ... es interpretación social de la semántica del comportamiento»⁴.

En armonía con su teoría de la pena, la perturbación social que este significado implica consiste en una lesión de la vigencia de la norma⁵, la lesividad social implícita en el injusto criminal es, en esencia, comunicación. Desde el punto de vista aquí asumido, esta perspectiva puede perfectamente encuadrarse en la idea general, pieza esencial y origen del Derecho penal occidental

³ Vid. en detalle NEUMANN, 2019, pp. 257 ss., y JAKOBS, 1976; IDEM, 1991, 1/4 ss., 1/14, 2/1 ss.; IDEM, 1998, pp. 31 ss. El estado actual de su desarrollo es presentado en: IDEM, 2005, pp. 339 ss.; reducido a la esencia: IDEM, 2012, pp. 13 ss.; muy interesantes las conversaciones con Jakobs en MEZRAHI, 2012; sobre la evolución de la teoría funcional de la pena de Jakobs, *vid.* por todos PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, 1999, pp. 15 ss., y CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, pp. 15 ss.; específicamente sobre la monografía *Staatliche Strafe* (*vid. supra*) cfr., por todos, la recensión de SILVA SÁNCHEZ, InDret, 2006, pp. 377 ss.

⁴ JAKOBS, 2017, p. XIII.

⁵ Vid. en síntesis la aportación de MÜSSIG, 1994, pp. 357 ss., y la primera formulación en JAKOBS, 2017, pp. 363 ss.; IDEM, op. cit., pp. 103 ss.; IDEM, op. cit., 341 ss.; IDEM, op. cit., pp. 392 ss.; IDEM, AT², capítulo 7; IDEM, 1992; IDEM, 1996, pp. 209 ss.; 392 ss.; IDEM, 2017, pp. 410 ss.; IDEM, 2003, pp. 565 ss.; IDEM, pp. 28 ss. Sobre la teoría del injusto de Jakobs, por todos, la exposición en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, pp. 83 ss.; especialmente sobre la imputación objetiva CANCIO MELIÁ, 2022, pp. 60 ss., 65 ss.; otra interpretación en SANCINETTI, 1995; a su vez sobre esto PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, pp. 57 ss.

moderno, de que solo el «daño social» justifica una criminalización concreta⁶. La cuestión aquí estriba en determinar si cabe hacer alguna apreciación sobre si una concreta opción legislativa en materia criminal realmente supone una reacción a una lesividad social real —o responde a otros intereses, ilegítimos, de los agentes políticos que controlan al legislador⁷.

El sentido general, es decir, *la* característica fundamental de la teoría de Jakobs sobre la pena y la dogmática penal es, como antes se ha anticipado, de definición fácil: el delito es una expresión social de sentido, el Derecho penal un proceso social que tiene lugar en el plano de la comunicación.

«El universo conceptual del Derecho penal ha de diseñarse conforme a la tarea social del Derecho penal, y no siguiendo premisas naturales u otras ajenas a la sociedad»⁸.

Se trata, pues, de la organización de un sistema y no de una acumulación de argumentos tópicos: en un tiempo en el que los grandes diseños sobre la teoría del delito, característicos precisamente de la ciencia del Derecho penal alemana, no parecen estar de moda, los trabajos de Jakobs siempre tienen una concepción teórica completa no solo como trasfondo, sino que explican sus diferentes posiciones dentro de un verdadero sistema del Derecho penal, que resulta en el mecanismo dogmático de la teoría del delito.

2. En el sistema de Jakobs, de lo que se trata, por tanto, es de cómo son las cosas realmente. ¿Pero qué hay de cómo deben ser? ¿Qué posición adopta respecto de la cuestión que podríamos llamar el «problema Gimbernát»? : «La dogmática es una ciencia neutral en el sentido de que interpreta leyes tanto progresistas como reaccionarias. De ahí se derivan riesgos que no se deben ignorar, si el penalista está dispuesto a interpretar todo lo que le echen, por así decirlo»⁹. ¿Es siquiera posible distinguir consecuentemente entre normas penales correctas e incorrectas, legítimas e ilegítimas, dentro de un sistema de la ciencia del Derecho? ¿O funciona esto solo a través de una suerte de técnica de dos sombreros, quitándose el jurista-científico el sublime birrete de doctor para argumentar a continuación con la vulgar gorra de quien se dedica a la *política* legislativa?

Como es sabido, en el sistema jurídico continental hoy no está para nada claro qué es realmente la «política criminal» y especialmente qué estatus le

⁶ Sobre la formulación original de esa idea de «daño social» en la obra de Beccaria, *vid.* por ejemplo CANCIO MELIÁ, 2011, pp. 94 ss.

⁷ Cfr. el análisis sobre la relación de la posición de Jakobs con las teorías del bien jurídico solo WOHLERS, pp. 307 ss.

⁸ JAKOBS, 1991, p. V.

⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ZStW, 1970, pp. 379 ss., 409.

corresponde dentro del conjunto de la ciencia del Derecho penal¹⁰. En cualquier caso, la opinión dominante contemporánea ha convenido que ambas disciplinas pertenecen al mismo contexto teórico:

«El Derecho tal y como es, y el Derecho tal y como debería ser, ... no son polos opuestos, en el sentido de que aquello que a través de la interpretación se determina como Derecho vigente representa el resultado del desarrollo intelectual consecuente de los objetivos político-criminales del legislador»¹¹.

De acuerdo con este esquema mental, estas directrices político-criminales se determinan en sus elementos fundamentales por la Constitución. Si esta es legítima, el Derecho penal permeado por ella también ella será legítimo *grosso modo*: de lo que se trata es precisamente de ver cuánto ha calado. Como es habitual, Jakobs lo ve de otra manera:

«... una teoría que pretenda explicar el Derecho sin las condiciones para que sea real es insuficiente. Entonces “tampoco hay suficiente teoría”; y es que la ciencia jurídica no trata de mundos de fantasía normativos, sino del Derecho en las resistencias de la *praxis*, que no ha de ser escamoteada, sino penetrada teóricamente»¹².

En consecuencia, entre las posiciones críticas hacia el punto de partida de Jakobs se han desarrollado, bajo el denominador común de las acusaciones de solipsismo, dos hermanos muy diferentes: junto con el reproche de la ausencia de base empírica¹³, al que tantas veces se recurre, también la objeción (en sentido opuesto) de la supuesta neutralidad o incluso indiferencia valorativa de su construcción. Por eso se dice a menudo que con Jakobs metodológicamente ni siquiera puede plantearse un análisis de la legitimidad de las normas penales:

«El enfoque funcional de Jakobs lleva en última instancia a que se reduzca la ciencia penal a una de sus partes, desterrando la perspectiva político-criminal crítica. Es decir, una ciencia que se ocupa de lo que es, sin pensar en qué debería ser. ... Según Jakobs, solo la política legislativa ha de encargarse de la concreción de los procesos de criminalización con los que trabaja la dogmática, mientras que desde una perspectiva científica hay poco que decir al respecto»¹⁴.

¹⁰ Sobre las posiciones recientes que ven una impronta «antidemocrática» en la pretensión de incluir la política criminal en las ciencias penales *vid.* solo COCA-VILA, 2023, pp. 79 ss.; *vid.* también ENGLÄNDER, 2026, pp. 1 ss.

¹¹ ROXIN, 2006, 7/76; en una línea similar, por ejemplo, también JESCHECK/WEIGEND, 1996, pp. 22 ss.; *vid.* respecto de la doctrina en castellano por todos MIR PUIG, 2015, 7/31 ss.

¹² JAKOBS, 2017, p. 212.

¹³ *Vid.* también sobre esto la aportación de NEUMANN, 2019, pp. 257 ss.

¹⁴ FEJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 91; *vid.*, por todos, la exhaustiva exposición de la problemática de la recepción (en el ámbito de habla alemana y española) de la teoría de Jakobs en este punto, *op. cit.*, p. 68 ss.

A partir de aquí ya no está lejos la acusación –como es sabido, de hecho, se le ha formulado frecuentemente– de que la orientación positivista¹⁵ de la teoría de Jakobs no es capaz de discernir el bien del mal desde el punto de vista del Derecho penal, o que carece de toda seriedad, pues no pasa de ser una acumulación de opiniones personales de quien asume la posición del penalista-evaluador, al tratarse de una mera «sociología de escritorio». Para algunos autores, esta perspectiva positivista-(pseudo)sociologicista incluso resulta más adecuada para explicar sistemas jurídico-penales iliberales, reaccionarios e ilegítimos que aquellos liberales, hasta el punto de llegar a la «legitimación tecnocrática», a través del Derecho penal, de las desigualdades del sistema político¹⁶.

Como es sabido, este hilo conductor de la crítica puede seguirse hasta la explosión de la discusión de los últimos años alrededor del concepto de «Derecho penal del enemigo»¹⁷, en la que Jakobs¹⁸, ante la impotencia fáctica del orden normativo frente a su cuestionamiento radical a través de delitos gravísimos, optaba y opta por intentar decir lo que considera verdades sin aplicar maquillaje:

«[En este caso] se produce una regresión de persona a mero individuo por su acción violenta. Si esto sucede en todo caso de modo aislado, al autor se le liga de forma contrafáctica a su condición de persona, precisamente a través de la persecución penal. Si se tiene, sin embargo, la segura suposición de que esta actitud violenta va a ser más bien duradera, solo queda la reacción violenta, es decir, la despersonalización, un tratamiento al menos parcial como enemigo. *Ninguna institución normativa, tampoco en forma de la personalidad, puede mantenerse de manera completamente contrafáctica*»¹⁹.

3. A continuación, se tratará –muy brevemente– de esbozar y resolver, con ayuda de las propias palabras de nuestro autor, la cuestión de si la política criminal existe en el sistema teórico del Derecho penal construido por Jakobs, y en caso afirmativo, en qué medida (III.). Tras esta breve incursión en su obra podrán formularse algunas breves conclusiones (IV.).

¹⁵ MÜSSIG, 1994, pp. 72 ss., 142 ss., 230 ss., 238.

¹⁶ Vid. por todos SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, 1996, pp. 78 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, 1999, pp. 38 ss.; PEÑARANDA RAMOS, doxa, 2000, pp. 289 ss., 309.

¹⁷ Vid. sobre esto la aportación de MERKEL, 2019, pp. 327 ss., y sobre el punto de vista aquí adoptado al respecto –aspirando a formular una crítica teórica interna al pensamiento de Jakobs, no sólo de política legislativa– CANCIO MELIÁ, ZStW, 2005, pp. 267 ss., 282 ss. (igual en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2006, pp. 85 ss.).

¹⁸ ¡El normativista por excelencia alerta de la autocomplacencia normativista!

¹⁹ JAKOBS, 2017, pp. XIV ss. (cursiva en el original).

III. NI MUDO NI CHARLATÁN: POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA CRÍTICA DE LA NORMA EN *JAKOBS*

1. Primero ha de formularse una vez más el enfoque fundamental: el Derecho penal es un constructo social cuya función es la estabilización de una determinada configuración de la realidad colectiva de la sociedad.

«Lo que el Derecho penal hace es contradecir a su vez la contradicción contra normas determinantes para la identidad de la sociedad. Por tanto, el Derecho penal confirma la identidad social ...»²⁰.

Esto implica un enfoque colectivo, centrado en la función social: «el delito no es una sustracción de algún medio de desarrollo de otros, sino un daño a la estructura normativa de la sociedad ...»²¹. Naturalmente, un penalista europeo –y especialmente un discípulo de Welzel! –conoce el origen del extendido afán de hallar un terreno valorativo firme:

«Tras la abierta politización del Derecho penal por parte del nacionalsocialismo se desarrollaron diferentes concepciones –con enfoques bien distintos– para imponer al Derecho penal límites previos al Derecho positivo. Estos límites se fundamentan en el derecho natural, o en un derecho natural a medias, a través de una “naturaleza de las cosas” o unas “estructuras lógico-objetivas”, o bien una vinculación del Derecho penal a la protección de unos bienes predeterminados. En definitiva, se pretende que esos supuestos requisitos previos sirvan para sustituir o disimular, neutralizar políticamente las decisiones *político-criminales*»²².

En conclusión: no todo *saldrá bien* simplemente identificando los valores correctos; más allá de eso ha de elaborarse cómo es realmente el «espíritu de la época», cuál es el estadio evolutivo real de la sociedad.

«El espíritu parece frío si se lo confronta con postulados reconfortantes de política legislativa, ya que está ligado a lo factible, y como espíritu de una sociedad compleja, su contenido no puede ser siempre del todo sencillo»²³.

²⁰ JAKOBS, op. cit., pp. 133, 134.

²¹ JAKOBS, 2009, p. 46.

²² JAKOBS, 2017, pp. 65, 85.

²³ JAKOBS, 2009, p. 47.

Así se garantiza que no se instale el solipsismo en la ciencia del Derecho, una construcción ilusoria desligada de la situación social concreta:

«... la solución de un problema por parte del Derecho penal ocurre en cualquier caso a través del sistema jurídico como sistema parcial, lo que significa que sucede dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible romper el vínculo entre sociedad y Derecho penal...»²⁴.

«¿Pueden estas instituciones tener un contenido cualquiera? ... *En la práctica*, no basta una respuesta formal, pues la sociedad se da en la práctica siempre en una determinada situación histórica, de cuya configuración el sistema jurídico no puede desacoplarse a voluntad»²⁵.

En consecuencia, su teoría de la pena –esencia y punto de partida de todo su sistema– no puede vivir en un limbo atemporal, pues es dependiente del concreto momento histórico, y, así, podría denominarse retribución históricamente contingente:

«Una retribución vinculada al estado de la sociedad, y que, por tanto, es *relativa*, se aproxima a la prevención general conservadora de la vigencia»²⁶.

Esta toma de tierra a la situación social real permite también radiografiar los discursos (presentes o pasados) sobre el Derecho penal y examinarlos para identificar su contenido real:

«Sin embargo la “moralidad” *per se* o la “pureza” de una relación *per se* probablemente nunca gozaron de protección por parte del Derecho penal, tampoco en la época de la fundamentación religiosa de la pena, sino que se trataba más bien de evitar consecuencias lesivas para la sociedad ...»²⁷.

2. Si no se mantiene la referencia a la sociedad, el Derecho penal no puede influir en su desarrollo y se queda sin efecto alguno, es mero discurso:

«Que la pena máxima se imponga, por ejemplo, por practicar la brujería, o por bromear sobre el *Führer*, o bien por asesinato, caracteriza tanto al Derecho penal como a la sociedad. La dependencia entre la sociedad y el Derecho penal es por tanto recíproca: para nuevos problemas sociales complejos, quizás se pueda pretender que el Derecho penal aporte esfuerzos para su solución, hasta alcanzar una complejidad del sistema jurídico adecuada al sistema social, del mismo modo que el Derecho penal puede aspirar, a la inversa, a que se respeten máximas

²⁴ JAKOBS, 2017, p. 136.

²⁵ JAKOBS, 2009, p. 46 (cursiva en el original).

²⁶ JAKOBS, *System*, p. 15 (cursiva en el original).

²⁷ JAKOBS, 2017, p. 86.

que se consideran indisponibles. No obstante, esto ha de ser compatible en cada caso con las condiciones del progreso evolutivo. Ni el sistema social ni el sistema jurídico pueden saltarse su propia sombra»²⁸.

«... la autopoiesis del sistema jurídico ... no le impide reflejar la sociedad en su marco, por lo que están fuera de lugar los miedos a la contaminación, más aun: ... cualquier otro proceder ... destierra el Derecho a un nicho ..., en el que, sin acoplamientos estructurales, resulta inoperante, de forma similar a una religión en extinción»²⁹.

«Quien quiera dar órdenes y hacerlo de tal modo que éstas puedan comprenderse debe integrar la estructura normativa de la sociedad en la orden»³⁰.

«Lo que es legítimo se forma como espíritu de una época ..., y como espíritu estable, unido a la cultura jurídica tradicional y preocupado por la ampliación de esta. Este espíritu, que permea y reflexiona sobre la realidad —en sentido enfático— del presente no puede ignorarse si se pretende que el Derecho sea *definitorio de la realidad*»³¹.

Esto es evidentemente aplicable también a una ciencia del Derecho que sea digna de tal nombre:

«La ciencia del Derecho no puede cerrar los ojos ante este límite cognitivo de la realidad normativa —visto desde el punto de vista de lo normativo: ante esa “suciedad” de la realidad— si no quiere caer en una deriva hacia lo irreal»³².

Ni siquiera la Constitución debe ser excluida de este «test de realidad» si ha de ser algo más que una manera de hablar:

«... pero esta Constitución no debe estar solo en papel, sino tiene que estar fundamentada cognitivamente de forma tan firme que dirija la orientación del día a día, liberando de miedo a los sujetos, y estos jugarán su papel ... también en un delito contra la persona ...»³³.

Solo entonces es posible, sobre esta base, llevar a cabo un análisis (radical en sentido literal) de la legitimidad:

«Es cierto que la Ley Fundamental declara la protección animal como cometido del Estado (art. 20a *Grundgesetz*), pero esto solo refuerza la legalidad de la protección y no aporta nada a su legitimidad»³⁴.

²⁸ JAKOBS, op. cit., pp. 136 ss.

²⁹ JAKOBS, 2009, p. 397.

³⁰ JAKOBS, 2017, p. 398.

³¹ JAKOBS, 2009, p. 47.

³² JAKOBS, 2017, p. 211.

³³ JAKOBS, op. cit., p. 92.

³⁴ Op. cit., p. 94.

«El castigo del ataque a una institución (norma) solo es legítimo si la institución a su vez es legítima y si no se dispone de equivalentes funcionales al castigo de menos intensidad. Invocar la Constitución sin más no basta, pues también ella debe identificarse como legítima»³⁵.

Es así como también cabe establecer una conexión entre un sistema (jurídico) del sistema de imputación y las bases de legitimidad de un ordenamiento penal: analizando la conexión de éste con la realidad practicada en un ordenamiento jurídico realmente existente en una determinada sociedad en un determinado momento, como *Jakobs* explica:

«...que los jueces „ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi« (Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, XI, 6), es falso, y por ello el juez tiene que superponer a las formulaciones de la Ley un esquema de ordenación para poder comprenderlas, y la representación decisiva de ordenación debe mostrar un ímpetu sistemático si se quiere excluir la desigualdad...; la idea de ordenación será tanto más plausible (aquí no hablamos de fundamentaciones últimas) cuanto más se adecúe a las representaciones valorativas de la sociedad, que son las que inevitablemente la dirigen, y sea legítima en ese sentido (...).

Así, la teoría de la pena sostenida por nuestro autor necesariamente impregna toda construcción dogmática: es imposible que esta sea estanca,

«...teniendo en cuenta que respecto de la teoría de la pena y de la teoría de la imputación sólo hay regulaciones legales fragmentarias. Dicho a través de un ejemplo: del mismo modo que en su tiempo la teoría de la autonomía privada pudo “infiltrarse” en el Derecho civil, y pudo hacerlo lícitamente, también en el Derecho penal las “teorías” tienen una época que les es adecuada. —Además, se trata de atenuar hasta una medida compatible con el principio de igualdad aquellas contradicciones que derivan de cambiantes soluciones de compromiso *políticas*. De nuevo un ejemplo de esto: si el legislador permite interrupciones tardías del embarazo cuando la gestante piense que no podrá asumir una grave malformación del fruto de la concepción que cabe esperar que se producirá (§ 218 a párr. 2 StGB), pero al mismo tiempo prohíbe en el estado más temprano de la fecundación fuera del seno materno, antes de la implantación, que se examine si existe riesgo de una malformación (§ 1 párr. 1 núm. 2 ESchG [*Embryonenschutzgesetz*, Ley de protección de los embriones]), ello se basa en dos representaciones de ordenación distintas, y, de hecho, el escándalo del trato diferente ya ha sido eliminado entretanto por el Tribunal Supremo Federal a través de la correspondiente interpretación de esa última Ley (BGH NSTZ 2010, S. 579 ff.) »³⁶.

³⁵ JAKOBS, 2009, p. 47.

³⁶ JAKOBS, 2012, pp. 18 ss., n. 15.

3. *Jakobs* escribe sobre el Derecho penal de la República Federal de Alemania. Si elevamos la mirada más allá de las fronteras de algunos Estados occidentales, se comprueba que la organización estatal y jurídica real de los países del planeta comúnmente denominados «Estados de Derecho» representa una excepción. En este contexto, es evidente que este entorno ha influido –en consonancia con la conexión con la sociedad concebida por *Jakobs* como elemento estructural, como se exponía antes– en la totalidad de los fundamentos de su teoría. Esta concepción del Derecho penal no es una planta que pudiera crecer en un suelo más pobre:

«El método usado –sea personalista, propio de la jurisprudencia de conceptos, ontologizante, teleológico o moderno: social-funcional– y el material empleado deben poder acreditarse como compatibles con una sociedad de libertades»³⁷.

Según su modelo,

«...la pena debe garantizar seguridad de expectativas en los contactos sociales y posibilitar así la sociedad. Este modelo no aporta una justificación este proceder; parte más bien del base de que el orden social vale el precio que se le impone al infractor»³⁸.

«La pena solo puede legitimarse a través del valor del orden para cuyo mantenimiento se castiga»³⁹.

Naturalmente esto no significa que no se pueda tener en consideración el desarrollo, el factor historia (al contrario: el poder explicativo del enfoque de *Jakobs* alcanza a menudo una dimensión especial precisamente cuando expone por qué una institución o una figura delictiva concreta ya no es o todavía no es evolutivamente posible):

«En todo caso, la decidida introducción del principio de culpabilidad en el ordenamiento puede entenderse como una redefinición de la relación entre la sociedad y el delincuente dañino, y la crítica del Derecho penal por parte de una teoría liberal del bien jurídico, con grandes repercusiones hasta hoy, ha reducido los delitos contra la honestidad a los delitos contra la libertad sexual, y los ha ampliado al mismo tiempo posibilitando la visualización de la infracción de derechos subjetivos dentro de instituciones de por sí morales, por ejemplo en el caso de la violación en el matrimonio. Pero la configuración social del Derecho penal no tiene que ser siempre tan obvia; por ejemplo, en el reconocimiento por

³⁷ JAKOBS, 2017, p. 186.

³⁸ JAKOBS, 1991, 1/18.

³⁹ *Op. cit.*, 1/20.

el Derecho penal del estado de necesidad justificante se halla una afirmación sobre la estructura de la sociedad, según la opinión común: el puñado existente de conceptos jurídico-penales puede explicar la solidaridad como fuerza normativa y la teoría de la participación solo porque los comprende reflejados en la idea social de la comunidad, de la medida de la comunidad o de la separación de los que desempeñan tareas en una sociedad en régimen de reparto de tareas, ya sea de forma afirmativa o crítica»⁴⁰.

La teoría del Derecho penal no puede ser un bastión contra esta transformación social, pero sí explicarla y anunciarla mientras no se haya impuesto por completo:

«Este desarrollo, que tantos lamentos ha provocado, transcurre desde un Derecho penal que protege unos bienes jurídicos delineados de manera clara, especialmente bienes jurídicos privados, pasando por una extensión de estos bienes a muy amplios, hasta llegar a los delitos de peligro abstracto. A este respecto cabe aventurarse con la siguiente tesis: la línea de desarrollo está identificada correctamente, pero el desarrollo es –al menos por el momento– irreversible; aun así, una perspectiva funcional sobre el ordenamiento penal es perfectamente capaz de distinguir entre normas funcionales e intervencionistas»⁴¹.

Naturalmente, el intérprete puede equivocarse, no interpretar correctamente el espíritu de la época, incluso estar, por ejemplo, como Jakobs, demasiado orientado a los principios y no apreciar la radicalidad de una transformación estructural, como él mismo reconoce:

«Nos convertimos en naturaleza para el otro y viceversa, en salvajes en palabras de Rousseau. Si bien es cierto que no se puede excluir a personas de la sociedad, nada garantiza que todos los seres humanos se verán por siempre mutuamente como personas. No es posible frenar esta evolución lamentándola. Puede ser, por tanto, que la sociedad derive de lo personal en lo instrumental y que la pequeña revisión funcional anteriormente diseñada de los fundamentos y los conceptos fundamentales del Derecho penal de una sociedad orientada a lo personal, con su insistencia en la persona, en realidad hoy implique demasiados presupuestos extraídos de los principios europeos tradicionales»⁴².

En cualquier caso, el Derecho penal naturalmente no puede ni frenar ni ocasionar estas transformaciones estructurales, ni alimentar a través de superestructuras la revolución (lo que se oye a menudo en América Latina, donde un

⁴⁰ JAKOBS, 2017, pp. 204 ss.

⁴¹ JAKOBS, 2017, pp. 144 ss.

⁴² *Op. cit.*, pp. 155 ss.

llamado «punitivismo de izquierdas» trata de integrar el Derecho penal en la vanguardia de los procesos de transformación), ni frenar a la reacción:

«...no es posible orientar al Derecho penal con base en un modelo social que parezca al óptimo al intérprete –no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino de la que ha diferenciado el ordenamiento jurídico, y toda prisa o retraso solo tienen sentido donde se trata de acabar de definir consecuentemente líneas ya trazadas, que ahí claramente tiene sentido es tan cierto como que a la chapuza y la desidia les falta fuerza normativa»⁴³.

Es simplemente imposible

«... sacar de quicio la sociedad desde el Derecho penal –en cuanto este no aporte nada para el mantenimiento de su configuración, naturalmente una configuración capaz de desarrollarse, no hay punto en el que apoyar la palanca»⁴⁴.

Y es que aquí se alcanzan los límites de cualquier teoría de Derecho penal; una vez se ha establecido el cambio estructural radical, se da con la impotencia del Derecho desgastado, muerto, obsoleto:

«Si la sociedad de verdad deriva en una reducción de las libertades no lo hará solo en el Derecho penal, y son también imaginables crisis donde solo una tendencia tal presente la *ultima ratio*. Que se trate de una sobrecriminalización innecesaria o de la defensa necesaria de un núcleo, solo podrá determinarse políticamente, y no a través de la ciencia del Derecho penal. Esta podría mostrar qué traerán exactamente nuevas regulaciones jurídicas y, de aquello que traen, qué pasa, según la valoración vigente, por provecho y qué pasa por daño. Pero es impotente contra revaluaciones políticas y no puede optar por revaluaciones políticas»⁴⁵.

4. Esta admisión evidentemente no significa –como resulta de los pasajes anteriormente citados– que no sea posible ejercer política criminal separadamente de estas transformaciones radicales, *dentro* de un sistema jurídico-penal concreto. La acusación antes mencionada, en el sentido de que el enfoque de Jakobs posibilitaría la mera descripción y llevaría a un simple homenaje al Derecho positivo resulta verdaderamente muy extraña si se tiene presente sobre cuántos problemas concretos de la política criminal actual se ha pronunciado: así, por ejemplo, sobre la protección animal por parte del Derecho penal:

«Por eso la protección animal no ha de entenderse solo como el cumplimiento de una obligación consigo mismo, sino como una protección contra la

⁴³ *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 137.

⁴⁵ JAKOBS, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, p. 144.

brutalización general. Se trata de un delito de peligro abstracto: el trato innecesariamente vejatorio o mortal de vertebrados puede contribuir a la propagación de una actitud peligrosa, precisamente de acción brutal en general»⁴⁶.

Esto, incluyendo la consideración del posible componente de un Derecho penal meramente simbólico:

«La tranquilidad que puede dar que está en vigor un precepto protector puede también distraer de detectar adecuadamente las fallas de la protección, por ejemplo, en el caso de la ganadería masificada»⁴⁷.

También acerca de la pregunta sobre la legitimidad de determinadas acciones comunicativas como delito, aplicado concretamente al caso alemán, incitación al odio de la ciudadanía (*Volksverhetzung*) con referencia al nacionalsocialismo o, concretamente:

«Una sociedad –no se habla aquí del Estado– que presenta su historia criminal junto a su historia de éxitos, y que con ello convierte también la valoración de lo criminal precisamente como criminal en contenido de su idiosincrasia, tendrá que obligar a testarudos disidentes con un auditorio favorable a mantener sus opiniones en privado; pues un equilibrio inestable no soporta choques, tampoco de tipo leve. El esbozado precepto, de cuyo núcleo se suele extraer la prohibición de negar ‘Auschwitz’, debería ser por tanto legítimo siempre y cuando haya un auditorio dispuesto»⁴⁸.

«[La prohibición] ...está dirigida contra ataques al centro de toda sociedad constituida en Derecho, es decir, ataques a la garantía de cada cual de reconocimiento como persona en Derecho»⁴⁹.

O también sobre el delito de ofensa contra los sentimientos religiosos (*Bekennnisbeschimpfung*):

«...: el precepto es próximo, de acuerdo con esta concepción, a los delitos contra el honor ...»⁵⁰; «cabe dudar de la legitimidad de este precepto»⁵¹.

O sobre la cuestión específicamente alemana (y que provoca extrañeza en el extranjero) de la punibilidad del incesto:

«El fallo del Tribunal Constitucional Federal sobre la penalización del incesto entre hermanos adultos que no viven en una unión familiar, afirmando que el

⁴⁶ JAKOBS, op. cit., p. 95.

⁴⁷ Loc. cit.

⁴⁸ Op. cit., pp. 95 ss.

⁴⁹ Op. cit., p. 96.

⁵⁰ Loc. cit.

⁵¹ Op. cit., p. 97.

legislador no había sobrepasado el marco que se le ha impuesto con la tipificación del delito, parece responder menos a la concepción socio-funcional actual del Derecho penal que a la *dissenting opinion* del presidente de la sala, *Hassemer*»⁵².

Esto, sin entrar aquí en la crítica liberal –desde el punto de vista aquí asumido: la más fundamental que se ha presentado en la doctrina– que Jakobs formuló en los comienzos de la actualmente cada vez más extendida criminalización fáctico-preventiva de conductas de preparación: el vigor conceptual, y, también, la crítica político-criminal que construye en su decisiva contribución sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión efectiva de bienes jurídicos, hace ya más de treinta años⁵³. Y también sin explicar cómo Jakobs formuló –de modo bastante solitario– una crítica (político-criminal) del (mendaz) tratamiento jurídico-penal de los llamados «disparos en el muro», esto es, sobre el problema que genera para el principio de legalidad el hecho de que la jurisprudencia alemana ha asumido la posición de que los asesinatos cometidos contra quienes huían de la RDA por parte de las unidades militares de fronteras estaban ya contemplados por el propio Derecho vigente en aquel Estado como delitos de homicidio: una tergiversación grotesca, teniendo en cuenta que el uso de violencia letal en la frontera interalemana era obviamente una política de Estado de la RDA desde la construcción del muro fronterizo en el año 1961⁵⁴.

IV. CONCLUSIONES

La teoría de Jakobs desenmascara al normativista escapista que pretende evadirse del lodo de la realidad, sacándose a sí mismo a pulso de las arenas movedizas con unos razonamientos sobre valores y constituciones que pueden resultar agradables, pero son ficticios. Un experto en la gestión del poder estatal –un penalista– no debería permitir que la neblina que emana de ciertas agradables fragancias valorativas le nuble la vista para aprehender lo que hay. Esto se consigue –en la formulación de Pawlik⁵⁵– «renunciando a todo escapismo»: a Jakobs no le sirve una «imagen normativamente depurada de antemano de la realidad social», pues él quiere penetrar hacia la verdad, que quizás no pueda verse con tales anteojeras.

⁵² *Op. cit.*, p. 87.

⁵³ JAKOBS, 2017, pp. 103 ss.; sobre esta cuestión ya CANCIO MELIÁ, 2007, pp. 27 ss., 38 ss., 42 (igual en: IDEM/SILVA SÁNCHEZ, 2008, pp. 15 ss.).

⁵⁴ JAKOBS, 1994, pp. 1 ss.

⁵⁵ PAWLIK, en: JAKOBS, 2017, p. VII.

Esto no quiere decir que con esta perspectiva haya prácticamente que observar en silencio lo que ocurre para después dogmatizarlo neutralmente. La actitud metodológica adoptada no significa en ningún caso que no se pueda practicar política criminal inherente al sistema o reconocer cambios estructurales venideros: como puede leerse en muchos trabajos de Jakobs, no es el caso, al contrario⁵⁶.

Jakobs renuncia a cualquier complacencia metodológica y se sitúa en un complicado término medio en el que siempre hay que someter a un cuidadoso examen qué valoración de la legitimidad es todavía propia de la ciencia del Derecho, por ser interna del ordenamiento jurídico, y cuál ha de ser clasificada ya como puramente de política legislativa, es decir externa al ordenamiento jurídico. El exigente y continuo análisis del pulso de la época (aquí se requiere naturalmente también al filósofo del Derecho) le ha llevado también a una constante actualización de sus tesis político-criminales: como saben sus discípulos de innumerables discusiones, un argumento no es visto por él de manera menos crítica por provenir de él mismo. Pero los frutos bien valen el esfuerzo: Jakobs consigue, con una muy alta tasa de acierto, señalar la desnudez del rey, de forma crítica, político-criminal, también cuando y justamente cuando esto duele (y la llamada de atención no le granjea al niño que señala precisamente el amor universal). Así, Günther Jakobs coincide con *Francisco de Quevedo*: «Si es amarga la verdad/quiero echarla de la boca».

BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIÁ, Manuel: *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, en Conferencias sobre temas penales, 2000, pp. 121 ss.
- *Feindstrafrecht?*, ZStW 117, 2005, pp. 267 ss.
 - *Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung* en Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, pp. 27 ss.
 - *Capítulo VII. Errores en la graduación de las penas. La Ilustración y De los delitos y de las penas de Beccaria: algunas reflexiones sobre la definición del injusto*, en Beccaria, 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios. Vigencia de la obra De los delitos y de las penas, 2011, pp. 94 a 102.
 - *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2022.

⁵⁶ En este sentido ya CANCIO MELIÁ, 2000, pp. 122 ss., 145 ss.

- CANCIO MELIÁ, Manuel, y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs*, en *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 15 ss.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Delitos de organización*, 2008.
- COCA-VILA, Ivó: *Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung*, en *Strafrecht und Demokratie. 9. Symposium des Jungen Strafrechts*, 2023, pp. 79 ss.
- ENGLÄNDER, Armin, *Politische Strafrechtswissenschaft. Zur Wissenschaftlichkeit strafrechtlicher Politikberatung und Gesetzgebungskritik*, GA, 2026, pp. 1 ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Normativización del Derecho Penal, teoría de la pena y realidad social*, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, ZStW 82, 1970, pp. 379 ss.
- JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, 1976.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, segunda edición, 1991.
 - *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
 - *Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?*, GA 1994, pp. 1 ss.
 - *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996.
 - *Zur gegenwärtigen Straftheorie*, en *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?: Philosophen – Juristen – Pädagogen im Gespräch*, 1998, pp. 29 ss.
 - *Beteiligung*, en *Jus humanum Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, pp. 561 ss.
 - *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004 (= *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006).
 - *La pena como reparación del daño*, en *Derecho Penal y Criminología. Dos visiones complementarias. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2005, pp. 339 ss.
 - *Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem*, en *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 37 ss.
 - *Bindings Normen und die Gesellschaft*, en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, tomo I, 2009, pp. 387 ss.
 - *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012.
 - *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre*, (ed. por Michael Pawlik), 2017.
- JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, 2006.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, quinta edición, 1996.
- MERKEL, Reinhard: *Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts*, en *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019, pp. 327 ss.

- MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General, 2015.
- MIZRAHI, Esteban: Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs, 2012.
- MÜSSIG, Bernd: Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz: zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament – am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB, 1994.
- *Objektive Zurechnung*, en: Strafrecht und Gesellschaft (vid. supra), 2019, pp. 357 ss.
- NEUMANN, Ulfried: *Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung*, en Strafrecht und Gesellschaft (vid. supra), 2019, pp. 257 ss.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Sobre la influencia del funcionalismo y de la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la teoría de la pena y del concepto de delito*, Doxa 31, 2000, pp. 289 ss.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel: Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, 1999.
- ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, tomo I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2006.
- SANCINETTI, Marcelo: Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Del Derecho abstracto al Derecho “real”*, In-Dret 4/2006, pp. 377 ss.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel: *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, en Estudio preliminar a Günther Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal, 1996, pp. 21 ss.
- WOHLERS, Wolfgang: *Günther Jakobs und die Rechtsgutslehre*, en Strafrecht und Gesellschaft (vid. supra), 2019, pp. 307 ss.

4. LA DERIVA PATERNALISTA EN MATERIA DE PROSTITUCIÓN

VIVIANA CARUSO FONTÁN
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN¹

Es para mí un honor participar en el homenaje al Profesor Peñaranda Ramos. Para ello he optado por un tema que genera una fuerte controversia. En efecto, la regulación jurídica de las conductas relacionadas con la prostitución es una de esas cuestiones cuya discusión puede dar lugar a duros enfrentamientos dialécticos. Estas batallas de opinión suelen enquistarse creando una suerte de «bandos», fuertemente enemistados, en torno a argumentos que, a menudo, escapan a la razón y que se reducen al ámbito de las más íntimas creencias y sentimientos. Algo similar ha ocurrido en su momento con el apoyo o rechazo al aborto, o con la despenalización de la eutanasia. Evidentemente, no todos los operadores jurídicos participantes en estos conflictos deciden su postura basándose en sus más íntimas convicciones. Dentro del juego político, del que no pueden escapar las decisiones asumidas en torno a la cuestión criminal, debemos contar con participantes oportunistas, que se suben al tren de una u otra opción político-criminal para recoger un rédito electoral. Esta

¹ Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación Orientada (2022, Ministerio de Ciencia e Innovación) «Análisis de las propuestas legislativas de lucha contra la esclavitud moderna y de las obligaciones de diligencia debida de las empresas en España» (APROES), Ref. PID2022-141837OB-I00. Universidad de Granada.

situación, consustancial al régimen democrático, podemos observarla en estos tiempos con un grado de asombro que raya la absoluta incredulidad: ¿cómo asumir que el mismo partido político que defiende –a capa y espada– la prohibición de todas las conductas relacionadas con la prostitución por la denigración que esta causaría a la mujer, cuente con destacados miembros que hacen uso de forma recurrente de los servicios de estas trabajadoras, u obtienen beneficios directos de su actividad? Asumamos pues, que el cinismo abunda en el ámbito político e intentemos desviar el debate hacia otros derroteros. No podemos olvidar que, a pesar de que todas las temáticas que afectan al ámbito privado de los individuos generan fuertes reacciones instintivas, la tarea encomendada a los dogmáticos es la de elevar la discusión aportando argumentos filosóficos y jurídicos.

Frente a la situación de indefinición en la que se mueve actualmente (y desde hace ya muchos años) la regulación en materia de prostitución en España, destacan dos posturas con puntos de vista sumamente diversos: por un lado, el abolicionismo, que persigue el castigo de cualquier conducta que favorezca el ejercicio de la prostitución, pudiendo incluso, exigir la criminalización del propio cliente y el regulacionismo, que defiende la aceptación de la prostitución como un trabajo más, cuyo ejercicio debe originar los mismos derechos de los que gozan todos los trabajadores en situaciones de igualdad. En este contexto, desde hace ya varios años el Gobierno español viene «amenazando» con la imposición de un régimen abolicionista basándose para ello en argumentos, que podemos clasificar como «buenistas». Dichos argumentos se centran en la supuesta incapacidad de la mujer para consentir la realización de este trabajo y la vulneración de la dignidad que su desempeño ocasionaría, razones por las cuales, la prostituta, sólo podría ser vista como una «víctima».

La asunción de argumentos de semejantes características como fundamento de prohibiciones penales, no resulta ser una cuestión baladí. Por otro lado, la aceptación frívola de ciertos postulados de tientes autoritarios podría contribuir seriamente a socavar las bases del sistema de nuestro Derecho liberal. Debemos considerar que lo que se plantea con estas propuestas es el castigo –penal– de conductas realizadas con el consentimiento de la persona que, supuestamente, podría verse perjudicada por esta actuación. Esto es, con la aquiescencia de la persona titular del bien jurídico que podría ser lesionado o puesto en peligro. Bien jurídico que no podría ser otro que la dignidad, entendida en un sentido objetivo, dado que el consentimiento excluiría cualquier posible afectación de la autonomía de la voluntad. ¿Se trata, entonces, de sustituir la voluntad de la supuesta víctima por la de un Estado que tiene un mejor conocimiento de lo que es más conveniente para ella?

Frente a este estado de cosas, en las páginas siguientes intentaremos dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿la asunción de un sistema abolicionista supondría una manifestación de un Derecho penal paternalista? ¿Se trataría de un paternalismo justificado? ¿O simplemente, estaríamos frente a la protección penal de concepciones morales? ¿Es esta la dirección político-criminal que deseamos para España?

II. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE «PATERNALISMO JURÍDICO»

Son muchos y muy destacados los juristas, particularmente del ámbito de la Filosofía del Derecho, que se han ocupado de acotar el término «paternalismo» dotándolo de unas características propias y distintivas. Como señala Alemany, la noción de paternalismo apunta a una extrapolación del modelo de relación paterno-filial a otro tipo de relaciones sociales, por ejemplo, la relación entre el Estado y sus ciudadanos. De tal manera, es posible considerar que un agente ejerce el paternalismo sobre otro si despliega un poder sobre él con la finalidad de evitar que lleve a cabo acciones u omisiones que le dañen a sí mismo y/o le supongan un incremento del riesgo de daño, los cuales pueden ser psíquicos, físicos o económicos².

Salta a la vista el hecho de que el «paternalismo» es una terminología que puede invocar sentimientos positivos cuando se utiliza en el ámbito familiar o, incluso, social, pero que adquiere una connotación negativa cuando se usa en el ámbito jurídico. A pesar de ello, un sector destacado de la doctrina apunta a que su utilización no necesariamente tiene que ir referida a un uso autoritario del poder estatal. Ello dependerá, en todo caso, de la amplitud de significado que se le otorgue al término. Si se define al paternalismo jurídico como el ejercicio de un poder jurídico destinado a velar por los intereses de los ciudadanos, no estaríamos necesariamente frente a una extralimitación en el uso del poder. Dado que junto a la obligación de no interferencia del Estado en la autonomía individual también se puede afirmar la validez del principio de bienestar, es posible afirmar que, efectivamente, se encuentra entre sus deberes el de velar por sus ciudadanos, siendo indiscutible que siempre existirán supuestos en los que esté justificado que el Estado actúe para proteger a sus súbditos, incluso, sin su consentimiento³. La cuestión se resume pues, a saber, cuándo el ejerci-

² ALEMANY, Doxa, 2005, p. 273.

³ ALEMANY, Doxa, 2005, p. 278.

cio del paternalismo está justificado y cuando no lo está. El ejemplo más evidente del ejercicio de un «paternalismo justificado» lo encontramos en la normativa destinada a proteger a los menores de edad. Así, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, se establece una edad de consentimiento sexual por debajo de la cual no es posible aceptar la aquiescencia para la realización de conductas con contenido sexual, a no ser que se den las muy restrictivas circunstancias estipuladas en el artículo 183 bis CP. Esta presunción *iuris tamtun*, se eleva a la categoría de *iure et de iure* y a la edad de 18 años, en referencia a la realización de actividades pornográficas o al ejercicio de la prostitución⁴. La dificultad a la que nos enfrentamos, en consecuencia, es identificar los criterios que nos permitan saber cuándo el ejercicio del paternalismo resulta ser legítimo⁵.

III. EL PATERNALISMO JURÍDICO ÉTICAMENTE JUSTIFICABLE

Torres Argüelles, muy acertadamente, apunta hacia el principal problema que plantea el paternalismo en un Estado de Derecho: cuando el Estado decide asumir una posición activa en el desarrollo de la vida de las personas, imponiendo o prohibiendo ciertos comportamientos que no dañan a terceros, dicha intervención tendrá que estar muy bien justificada para que no se haga irrisorio el principio de autonomía individual⁶. No obstante, como tampoco dicho principio puede ser entendido como un valor absoluto, el paternalismo debe ser aceptado como un criterio que puede fundamentar algunas excepciones a la libertad individual⁷. Siguiendo a Atienza⁸, es posible sostener que la deliberación sobre el carácter moral de ciertos problemas concretos, debe responder a un método similar al utilizado en la ponderación de los principios constitucionales. Así, considerando que los elementos que deben estar presentes para poder hablar de una

⁴ A los mismos ejemplos hace alusión Spena, en relación con el Código penal italiano. SPENA, RIDPP, 2014, p. 1220.

⁵ Además de la clasificación entre paternalismo justificado y no justificado, la doctrina recurre a la utilización de otras terminologías, con significados muy aproximados. Así, Spena se refiere al «paternalismo despótico» y al «paternalismo tutorial», haciendo hincapié en la existencia o ausencia de una situación de responsabilidad plena del sujeto. SPENA, RIDPP, 2014, p. 1216. También se habla de «paternalismo blando» haciendo referencia al ejercido sobre menores de edad e incapaces y a un «paternalismo duro» que sería el que se ejerce sobre adultos capaces. Al respecto: ALEMANY, Doxa, 2005, p. 200.

⁶ TORRES ARGÜELLES, Vocatus, 2014, p. 206.

⁷ Es preciso aclarar que no todos los autores consideran que el paternalismo justificado deba ser visto como una forma de paternalismo. Es el caso de Camps, que entiende que este término debe reservarse para el paternalismo «injustificado», o «paternalismo en sentido peyorativo». CAMPS, Doxa, 1988, p. 198. En el mismo sentido: DIETERLEN, Doxa, 1988, p. 189.

⁸ ATIENZA, 2010, pp. 66 ss.

actuación jurídica paternalista justificada, se refieren a los sujetos, modo y finalidad⁹, los pasos a seguir podrían resumirse de la siguiente forma¹⁰:

a) Constatar que la actuación paternalista está dirigida a evitar un daño y determinar la naturaleza y gravedad de los daños o riesgos que se pretenden evitar.

b) Comprobar que se cumple el requisito definido por los filósofos del Derecho como la «incapacidad básica del sujeto», esto es, que la tendencia a la producción de esos daños o el incremento del riesgo de los daños tenga su fuente en un déficit de autonomía que afecte al individuo.

c) Determinar la idoneidad y necesidad de la medida para evitar esos daños. Se trataría, por tanto, de tomar una medida que sea idónea y necesaria para evitar que el individuo se dañe a sí mismo, siempre que no haya una forma alternativa y no paternalista y de costes razonables para evitar esos daños.

Entre los ejemplos más recurrentes para ilustrar las acciones paternalistas del Estado, los autores suelen recurrir a los preceptos que disponen el uso obligatorio del cinturón de seguridad o al castigo del consumo de drogas. En nuestro caso, se trata de decidir si la prohibición penal de conductas que faciliten el ejercicio de la prostitución puede ser interpretada como una medida paternalista, y de serlo, si la misma podría considerarse como justificada. En este sentido, Dieterlen apunta que uno de los principales problemas de la justificación del paternalismo radica en querer encontrar un criterio único que aglutine todos los supuestos, ya que puede haber casos en los que el argumento justificativo pueda encontrarse en el daño mientras que, en otros, el concepto de capacidades básicas sea el que permita dicha fundamentación. En su opinión, será la investigación empírica la que permitirá tomar esa decisión en uno u otro caso¹¹. Por consiguiente, para poder llegar a una conclusión respecto al supuesto concreto que nos ocupa, será preciso profundizar tanto en el conocimiento de los requisitos enumerados, como dilucidar si estos se cumplen en el actual contexto del fenómeno de la prostitución.

1. La afectación de bienes o valores

Para adentrarnos en el problema de la justificación del paternalismo, en primer lugar, tendremos que abordar la cuestión del daño. John Stuart

⁹ ALEMANY, Eunomia, 2017, p. 200.

¹⁰ ALEMANY, Eunomia, 2017, p. 206.

¹¹ DIETERLEN, Doxa, 1988, p. 189.

Mill ¹², bajo una visión netamente utilitarista, definió por primera vez al paternalismo como «una intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma». Se trataría, por tanto, de un apartamiento éticamente justificado del principio del daño a terceros ¹³. Pero, ¿supone esto que sólo pueden ser consideradas como «paternalistas» las normas que implican una prohibición de actuar dirigida a quien se pretende proteger?

Como sabemos, esta situación no se presentaría en una regulación penal de tipo abolicionista, ya que este tipo de legislación no castiga el ejercicio de la prostitución sino a todas las conductas de terceros que suponen su facilitamiento. Por tanto, para valorar si una legislación abolicionista en materia de prostitución podría ser considerada como una manifestación de paternalismo jurídico, resulta primordial indagar si la utilización de medios indirectos, como supone la coacción del Estado a terceros, podría quedar comprendida dentro de este fenómeno. Nos referimos a la inclusión de casos en los que terceras personas actúan con el consentimiento o incluso, a petición, de la persona titular del supuesto valor protegido. En este sentido, Spena se refiere a la posible clasificación entre un paternalismo directo e indirecto. Se trataría de dos formas en las que podrían manifestarse las disposiciones paternalistas del Estado, sin perder ninguna de sus características principales. De acuerdo con esta concepción, el paternalismo indirecto cumpliría con todos los requisitos necesarios por tratarse de casos en los que no se acepta el consentimiento de la persona afectada ¹⁴. Así, es posible concluir que la regulación abolicionista de la prostitución sí cumple el requisito relativo al titular del bien jurídico para ser considerada como «paternalista».

Otra de las principales cuestiones a considerar en este ámbito es, evidentemente, la determinación de los bienes o valores que deberían verse afectados para aceptar la justificación. En este sentido, existe un cierto consenso a la hora de afirmar que el ejercicio del paternalismo sólo puede promover la distribución de bienes primarios (o básicos). Dichos bienes serían los vinculados con la idea de igualdad y universalidad, mientras que los bienes de carácter secundario serían los no generalizables y que dependen de distintas opciones personales. Bajo la perspectiva de Camps, una forma de decidir qué

¹² El autor señala que «el único propósito por el que puede ejercitarse con pleno derecho el poder sobre cualquier integrante de una comunidad civilizada, contra su voluntad es para impedir que dañe a otros. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. No hay derecho a obligarlo a hacer o no hacer algo porque ello será mejor para él, porque lo hará más feliz, porque, en opinión de los demás, es lo sensato o incluso lo justo». MILL, 2008, pp. 83 ss.

¹³ GARZÓN VALDÉS, Doka, 1988, p. 155.

¹⁴ SPENA, RIDPP, 2014, p. 1232. Sobre los supuestos de paternalismo indirecto, también ver: CAVALLIERE, Archivo Penale, 2017, pp. 2 ss.

bienes son primarios y universalizables pasaría por la negación de todos los argumentos que «pretenden uniformar aquello que no es necesario que se uniformice ni que se iguale». Esta situación se daría, por ejemplo, si se eliminara la posibilidad individual de decantarse por el tipo de trabajo que cada persona prefiera desarrollar¹⁵.

En la concepción de Camps, estaremos frente a un paternalismo en sentido peyorativo del término, y por lo tanto no justificable, cuando bajo la apariencia de que se está protegiendo a un individuo o grupo, de hecho, se esté persiguiendo el bien propio, esto es, cuando bajo el nombre de «bien común» se busque imponer una cierta ideología¹⁶. En estas situaciones, el Estado se estaría atribuyendo un saber, un poder y unas capacidades que no tiene en absoluto y estaría distribuyendo al otro una incompetencia desprovista de fundamento¹⁷. En este contexto, Dworkin propone clasificar a las acciones paternalistas en dos tipos, el que llama «volitivo» y el «crítico coercitivo»¹⁸. De acuerdo a esta visión, estaríamos en el ámbito de un paternalismo volitivo cuando la medida dispuesta por el Estado se enfrenta a la voluntad de los ciudadanos, pero sólo en relación con la concreta acción dispuesta ya que, en todo caso, dichas medidas son desplegadas para evitar daños que los ciudadanos quieren evitar. Es el caso de la obligación de utilizar el cinturón de seguridad. No cabe duda de que los ciudadanos quieren evitar los daños derivados de accidentes automovilísticos pero, a pesar de ello, pueden rechazar la asunción de medidas tan sencillas como la utilización de cinturones, por mera negligencia o incomodidad. En segundo lugar, el paternalismo crítico coercitivo, no se enfrentaría solamente con los ciudadanos en relación con las medidas asumidas, sino que también iría en contra de su propia convicción. En opinión de Dworkin, en este último caso, ya no se trataría de un supuesto de paternalismo sino de moralismo jurídico. También Garzón Valdés diferencia ambos conceptos, pretendiendo que los casos en los que el Estado interviene por mero «perfeccionamiento moral» no deberían verse incluidos en el concepto de paternalismo¹⁹. Esta opción fue criticada por Atienza, quien no encuentra razones para sostener que el perfeccionamiento moral no sea visto como una manifestación de paternalismo. En su opinión, lo que lleva a Garzón Valdés a excluir a estos supuestos del paternalismo es únicamente el objetivo de mantener una visión neutral de su significado. Resulta evidente que la inclusión de estos ca-

¹⁵ CAMPS, Doxa, 1988, p. 200.

¹⁶ CAMPS, Doxa, 1988, p. 198.

¹⁷ CAMPS, Doxa, 1988, p. 198.

¹⁸ DWORKIN, 1993, pp. 140 ss. Sobre la postura de este autor, ampliamente: DELGADO ROJAS, Euno-mia, 2014, pp. 377-386.

¹⁹ GARZÓN VALDÉS, Doxa, 1988, p. 155.

sos impediría conservar dicha concepción neutral y otorgaría al término una carga emotiva de signo negativo²⁰.

Estas consideraciones generales –aplicables a todo el ordenamiento jurídico–, deberán ser enfocadas a las particularidades del Derecho penal. Desde este punto de vista, el paternalismo puede ser entendido como una opción político-criminal que determina a actuar (o a omitir una acción) a un individuo bajo amenaza de pena, para protegerse de ciertos daños que puede causarse a sí mismo²¹. Considerando, la naturaleza y principios que rigen el Derecho penal, fácilmente podremos llegar a la conclusión de que en este ámbito es donde se incardinan las manifestaciones paternalistas que conllevan consecuencias más graves y que, por tanto, requieren de un análisis más certero. Si el Derecho penal tiene por objetivo castigar las amenazas más graves a los bienes jurídicos más importantes, y a su vez, el recurso a las intervenciones político-criminales de carácter paternalista es especialmente controvertido y requiere de una especial justificación, esta conjunción de factores nos conduce irremediablemente a afirmar que el legislador deberá poner especial énfasis en la fundamentación de los tipos penales que respondan a estas características.

Una de las principales razones que podrían dar lugar a dicha injerencia justificada sería el hecho que la conducta afectara a un bien considerado no disponible, esto es, cuya vulneración no pudiera ser dispuesta por su propio titular. Es el caso de la vida, la salud o la integridad física, cuyos límites de disposición, en opinión de Spena, se fundamentan en una funcionalización de la persona, de modo que el consentimiento no tendría la fuerza de modificar el desvalor del hecho²².

En este ámbito, se incardina la posible dañosidad de las conductas de facilitamiento de la prostitución que el abolicionismo insiste en destacar. Mediando el consentimiento de la persona que se prostituye, la incriminación de figuras como el proxenetismo, el rufianismo, la tercería locativa, o incluso, la del mismo cliente, sólo pueden justificarse a través del difuso y etéreo concepto de dignidad personal, entendido en un sentido objetivo. El término «dignidad» puede ser definido como la propia cualidad del ser humano y el derecho al respeto a esa cualidad que todos tenemos por el hecho de ser personas²³. Con ocasión de la incorporación al Código penal español de los llamados «De-

²⁰ ATIENZA, Doxa, 1988, p. 205. En el mismo sentido Spena señala que, si bien, la distinción entre el paternalismo y el moralismo resulta ser especialmente complicada, resulta claro que ambas pueden solaparse en un caso específico cuando se asume que la conducta que se quiere prevenir no sólo es perjudicial para quien la desarrolla sino también inmoral. SPENA, RIDPP, 2014, p. 1213.

²¹ SPENA, RIDPP, 2014, p. 1214.

²² SPENA, RIDPP, 2014, p. 1237.

²³ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 440.

litos contra la integridad moral» ya se puso de manifiesto la insuficiencia de este concepto para satisfacer las necesidades de concreción de un bien jurídico penalmente protegido. Con razón, se ha afirmado que la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y, quizás, del propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho²⁴. Podría sostenerse, por tanto, que si identificamos el concepto de integridad moral con el de dignidad o con la «inviolabilidad» de la persona (tal como lo hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/1990), todos los preceptos del Código Penal estarían destinados a proteger, de forma, más o menos inmediata, la integridad moral²⁵.

Descartando cualquier posibilidad de aceptar en esta materia un entendimiento subjetivo de la dignidad, y reconociendo que debe asumirse un contenido objetivo mínimo a este principio rector, dicho contenido sólo podrá cobrar entidad a partir de la interpretación de un cierto consenso social reinante en una comunidad concreta. Seguramente no escapará al lector la dificultad que entraña la realización de esta operación. Hasta el momento, el concepto de dignidad, entendido como bien jurídico de carácter penal, sólo había sido utilizado para castigar lesiones manifiestas que no comprometen la ausencia de un consenso mayoritario, como es el caso del delito de torturas. Pero el sufrimiento físico y/o moral que pueden causar estas conductas –que en ningún caso cuentan con el consentimiento de la víctima– dista notablemente del que puede producir la realización de actividades sexuales que, pudiendo ser o no satisfactorias, sólo son consideradas «denigrantes» por el tabú que inexorablemente rodea a toda la cuestión sexual. No obstante, a esta circunstancia se suman, además, otros dos factores: en primer lugar, una imparable revolución sexual que conlleva un proceso de desestigmatización de todo lo que escapa a la moral sexual dominante y los cambios en las nuevas modalidades de prostitución. Seguramente el lector conoce la existencia de nuevas páginas webs que están destinadas a colaborar en el encuentro entre los llamados «Sugardaddys» y «Sugarbabies», entre otras muchas nuevas formas de intercambio sexual por dinero o favores. En consecuencia, a día de hoy, no existe un consenso social sobre la lesión que las actividades relativas a la prostitución pueden ocasionar a la dignidad humana, que sea capaz de justificar la tipificación de las conductas que implican su facilitamiento²⁶.

²⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 74.

²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, 1998, p. 88. Contra esta opinión: REBOLLO VARGAS, ADPCP, 2008, p. 210.

²⁶ La doctrina ha llamado la atención sobre el hecho de que el fenómeno de la prostitución ha ido evolucionando notablemente en los últimos años, particularmente a través de la figura de la «escort». Se trata de la persona que realiza tareas de acompañamiento y que también puede estar disponible para la

Como señala Spena, el castigo de conductas tales como la explotación de la prostitución, la pornografía o la conducta homosexual, que el pasado eran defendidas a través de la utilización de argumentos moralistas, hoy pretenden sustentarse en la retórica del daño, pero «ello no significa que los actuales debates político criminales se desarrollen de acuerdo al espíritu de Mill, ya que el concepto ha llegado a convertirse en un cliché vacío de contenido»²⁷. Esta ausencia de contenido puede alegarse sin lugar a dudas al concepto de dignidad objetiva, el cual no resulta ni adecuado ni suficiente para respaldar la incriminación de las conductas relacionadas con la prostitución.

2. La llamada «incapacidad básica del sujeto»

La incapacidad básica del sujeto se refiere a todas las situaciones o factores que pueden afectar la voluntariedad de un acto. Garzón Valdés enumera los supuestos en los que se podría presentarse la incapacidad básica del sujeto, señalando los siguientes²⁸:

- a) Cuando el individuo ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar.
- b) Cuando su fuerza de voluntad está reducida.
- c) Cuando sus facultades mentales están temporal o definitivamente disminuidas.
- d) Cuando actúa bajo compulsión.
- e) Cuando alguien que acepta la importancia de un bien y no desea ponerlo en riesgo, se niega a desplegar los medios para evitar el daño pudiendo hacerlo fácilmente.

Estos tipos de incapacidad podrían ser clasificados como internos o externos, esto es, dependiendo de si se trata de un estado o condición consustancial al sujeto o si están referidos a cuestiones ajenas al mismo, cuya desaparición podría llevar a que este recobrara la capacidad. Sería el caso de una

realización de actividades con contenido sexual, pero sin que se pueda sostener que hay una situación de explotación. Todo este desarrollo de la prostitución aleja notablemente la posibilidad de que exista un consenso sobre la lesión a la dignidad que su ejercicio podría ocasionar. Al respecto: GUARINI, Osservatorio Costituzionale, 2019, pp. 176 ss.

²⁷ SPENA, RIDPP, 2014, p. 1230.

²⁸ GARZÓN VALDÉS, Doha, 1988, p. 166. Según este autor, el concepto de capacidad básica puede definirse como «la capacidad mínima necesaria para afrontar las tareas y desafíos que plantea la consecución del bienestar individual».

persona que actuara bajo engaño, por mediar un ocultamiento de información o bajo amenazas²⁹.

Al respecto, existen algunas puntualizaciones a tener en cuenta: en primer lugar, la capacidad del sujeto debe ser puesta en relación con la relevancia de los posibles daños a evitar. Esto es, cuanto mayor sea el riesgo y el daño posible, mayor debe ser el grado de capacidad, de modo que el estándar de capacidad debe adaptarse a las concretas circunstancias del caso³⁰. Otra circunstancia a la que apuntan los autores, es que dicha incapacidad debe juzgarse con independencia del sentido de la decisión asumida. Esto significa que no se puede dejar de respetar la voluntad del sujeto en aquellos casos en los que la única razón para juzgar su capacidad sea la concreta decisión que ha tomado. Ello sería, simplemente, una forma de «hacer trampas» con respecto a su capacidad³¹. En este sentido, no se puede dejar de valorar que, ello es precisamente lo que se alega en el ámbito de la prostitución. Nadie pone en duda la capacidad de discernimiento de las personas de bajos recursos, incluso cuando se encuentren en situaciones límite, hasta que toman la decisión de realizar actividades sexuales a cambio de una contraprestación económica.

En opinión de Atienza, cuestiones tan relevantes como los mecanismos para determinar lo que es un bien primario o un incompetente básico han sido descuidados por la doctrina, ya que, bajo su perspectiva, para poder realizar esta operación se necesita de un concepto como el de «consenso racional»³². Nuevamente nos encontramos, por tanto, frente a la necesidad de evaluar si existe un consenso social sobre esta cuestión.

Dejando a un lado los supuestos en los que se utilizan medios comisivos tales como la violencia o la intimidación, o aquellos en los que existe un factor incapacitante, cuya tipificación está fuera de cualquier debate, en materia de prostitución «voluntaria» la incapacidad del sujeto solo podría apoyarse sobre la vulnerabilidad que queda determinada por la situación de precariedad económica en la que se encuentra la persona que intercambia sexo por dinero. Esto es, se trata de negar la validez del consentimiento de la persona que se prostituye por propia decisión, alegando que las circunstancias económicas o sociales vician dicho consentimiento. Se trata de un argumento falaz sobre el cual no puede afirmarse que exista el consenso racional exigido.

Tal como señala Mura, el paternalismo se basa en la suposición de que el hombre es un ser frágil y vulnerable con una racionalidad limitada, expuesto a

²⁹ ALEMANY, Eunomia, 2017, p. 294 ss.

³⁰ ALEMANY, Eunomia, 2017, p. 292.

³¹ ALEMANY, Eunomia, 2017, p. 292.

³² ATIENZA, Doxa, 1988, p. 212 ss.

los peligros del mundo e incapaz de elegir entre el bien y el mal y, por lo tanto, como un eterno menor necesitado de protección y guía que ilumine su camino. De tal forma, la esencia misma del paternalismo reside en la creencia de la incapacidad del pueblo³³. De este modo, frente a la ausencia de circunstancias objetivas que permitan justificar la injerencia del Estado, se prohíbe el facilitamiento de la prostitución alegando como fundamento que el vicio de la voluntad deriva de las limitaciones económicas que sufre el sujeto, el cual sería considerado perfectamente capaz en caso de haber tomado una decisión en sentido contrario.

3. La necesidad y eficacia de la medida

En relación al tercer momento, apunta Garzón Valdés que el propósito de la medida paternalista justificable debe ser benevolente y pretender la superación de una desigualdad, que sea el resultado de una incompetencia básica³⁴. En su opinión, si se dan estas condiciones, el paternalismo no sólo sería justificable sino también moralmente ordenado como un medio eficaz para la reducción de las desigualdades³⁵.

Para que las medidas abolicionistas cumplieran con el objetivo de erradicar las desigualdades sociales que afectan a las prostitutas, sería necesario que la tipificación de las conductas relacionadas con la prostitución, vinieran acompañadas de una serie de disposiciones destinadas a dar oportunidades a estas personas, de modo que pudieran obtener las metas sociales por medios lícitos y no «denigrantes». Y aunque así fuera, ello no sería óbice para olvidar que la solidaridad debida con respecto a los más desfavorecidos exige el ofrecimiento de ayuda, pero no la imposición coercitiva (y paternalista) del camino marcado por criterios morales³⁶.

Esta clase de medidas no puede justificarse en la necesidad de satisfacer un perfeccionismo estatal. Los argumentos moralizantes no pueden funcionar como limitaciones impuestas que reduzcan injustificadamente la autonomía de la voluntad. Seguramente no escapa al lector que el problema de la relación

³³ MURA, Meridiana, 2014, pp. 48 ss. El autor señala que el neopaternalismo recurre a la noción de «racionalidad limitada» para indicar de forma genérica y trivial, un supuesto déficit humano congénito, de modo que se considera que las funciones neuronales del hombre y las condiciones ambientales no garantizan la omnisciencia ni la prerrogativa de la razón omnipotente. De modo que su propia argumentación puede volverse en contra de estos postulados, ya que, si la racionalidad limitada concierne a todos, sin excepción, también afecta a quienes asumen el rol de padres.

³⁴ GARZÓN VALDÉS, Doxa, 1988, p. 168.

³⁵ GARZÓN VALDÉS, Doxa, 1988, p. 170.

³⁶ En este sentido: CAVALIERE, Archivo Penale, 2017, p. 13.

entre el Derecho y la moral es una de las cuestiones centrales en el ámbito de la Filosofía del Derecho cuya complejidad determina que no pueda ser abordada en un trabajo de estas características. En todo caso, siguiendo a Hart, entendemos que el mantenimiento de un Código moral determinado no es de incumbencia del Derecho³⁷. Además, la imposición coactiva de principios morales deviene en todo caso como una medida inútil³⁸. En efecto, tal como entiende Nino, en la medida en que una legislación esté dirigida a proteger intereses que sus titulares no perciben ni reconocen, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo, ya que los bienes no están en función de los fines libremente asumidos por los individuos sino en función de los fines que se supone tienen los individuos, los reconozcan o no³⁹.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis realizado nos lleva a concluir que la tipificación de las conductas de facilitamiento de la prostitución voluntaria en nuestro Código penal supondría una indeseable deriva paternalista de nuestra política criminal. Se trataría, además, de una medida paternalista no justificada debido a que, el requisito del daño no se cumple. Como se ha señalado, el concepto de dignidad objetiva supone un grado de abstracción que no permite fundamentar una prohibición penal, especialmente en supuestos donde no existe un consenso racional. Tampoco el requisito de la incapacidad básica del sujeto puede soportar dicha justificación, en la medida en que sólo se alega dicha incapacidad en supuestos en los que las personas de bajos recursos decidan acudir al intercambio de sexo por dinero. Finalmente, estas normas no pretenden eliminar una desigualdad social, sino sólo imponer un perfeccionamiento moral que no corresponde al Estado asegurar y menos si para ello debe recurrir a las armas con las que cuenta el Derecho penal.

En palabras de Mura⁴⁰, «el paternalismo es el polo opuesto del liberalismo y la democracia» es una concepción política que parte de la negación de la autonomía de la voluntad y de la incapacidad de los ciudadanos. No resulta casual que los Códigos penales españoles de 1928 y 1944 sean aquellos que vieron intensificada la tendencia paternalista de sus normas. En este sentido, es

³⁷ Ampliamente sobre la disputa Hart-Devlin sobre la relación entre la moral y el Derecho: MALEM, *Debate Feminista*, 1998, p. 46.

³⁸ ALEMANY, *Eunomia*, 2017, p. 291.

³⁹ NINO, 1979, p. 9.

⁴⁰ MURA, *Meridiana*, 2014, p. 54. En el mismo sentido: CAVALIERE, *Archivo Penale*, 2017, p. 4.

posible afirmar que las disposiciones paternalistas no son más que imposiciones autoritarias disfrazadas de solidaridad y de una falsa preocupación por los ciudadanos. Esperemos que este no sea el futuro que aguarde a la legislación española en materia de prostitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY, Macario: *El concepto y la justificación del paternalismo*, Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 28, 2005, pp. 265-303.
- *Paternalismo*, Eunomia. Revista en cultura de la legalidad, núm. 12, 2017, pp. 199-209.
- ATIENZA, Manuel: *Discutamos sobre paternalismo*, Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 203-214.
- *Bioética, Derecho y Argumentación*, Lima, 2.^a ed., 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Madrid, 1998.
- CAMPS, Victoria: *Paternalismo y bien común*, Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 195-202.
- CAVALIERE, Antonio: *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, Archivo Penale, núm. 3, 2017, pp. 1-17.
- DELGADO ROJAS, Jesús Ignacio: *Libertad y moralismo legal en Dworkin*, Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad, núm. 6, 2014, pp. 377-386.
- DIETERLEN, Paulette: *Paternalismo y estado de bienestar*, Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 175-194.
- DWORKIN, Ronald: *Ética e igualitarismo político*, Barcelona, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 155-173.
- *Sigamos discutiendo sobre paternalismo*, Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 215-219.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Delitos de Tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)*, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), Madrid, 1996, pp. 69-86.
- GUARINI, Cosimo Pietro: *La prostituzione “volontaria e consapevole”: né libertà sessuale né attività economica privata “protetta” dall’art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, Osservatorio Costituzionale, fasc. 4, 2019, 6 agosto 2019, pp. 175-190.
- MALEM, Jorge: *La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart*, Debate Feminista, octubre 1998, vol. 18, pp. 33-52.
- MILL, John Stuart: *Sobre la libertad*, Madrid, 2008 (traducción por Carlos Rodríguez Braun).

- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Protección de los Derechos Fundamentales en el Código Penal*, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General), Madrid, 1996, pp. 435-456.
- MURA, Virgilio: *Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire*, Meridiana, núm. 79, 2014, pp. 47-69.
- NINO, Carlos Santiago: *¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?*, 1979, disponible en: <https://ddhhtraviesocarzoglio.wordpress.com/wp-content/uploads/2015/12/nino-estupefacientes.pdf>. (visto 25-09-2025), pp. 1-20.
- REBOLLO VARGAS, Rafael: *Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo LX, Madrid, 2008, pp. 205-242.
- SPENA, Alessandro: *Esiste il paternalismo penale? un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, núm. 3, 2014, pp. 1209-1248.
- TORRES ARGÜELLES, Alfredo: *Libertades y Paternalismo*, Vocatus, vol. 11, núm. 22, 2014, pp. 205-214.

5. APUNTES SOBRE LA NECESIDAD DE ADECUACIÓN DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL PENAL ESPAÑOLA A LA DIRECTIVA (UE) 2024/1203 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 11 DE ABRIL

NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO
Catedrático de Derecho penal
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

El denominado Derecho ambiental se ha desarrollado sustancialmente a través de Derecho público¹. Y ha sido el Derecho administrativo el sector del ordenamiento tradicionalmente implicado en estas cuestiones². La alusión que el artículo 325.1 del Código Penal hace a la contravención de «leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente» y las que de modo similar aparecen en los artículos 326.1, 326.2, 326 bis, 329 o incluso 330 (así como en los artículos 332.1 párrafos 1 y 2, 333, 334.1, 335.1, 2 y 3 y 336 o incluso 345.1) son las que han permitido en nuestra legislación penal dar entrada a la normativa extrapenal y, con ello, a la que se ha ido generando desde la Unión Europea³. Pero, junto a ello, cada vez en mayor medida se tiende desde la Unión a «proponer» una tutela penal armonizada desde directrices que definen conductas e incluso penas y que, en mayor o menor medida, están siendo asumidas por los Estados miembros a través de reformas de sus

¹ Extensamente sobre la importancia y las posibilidades del uso de Derecho Penal en la tutela ambiental en la actualidad, desde un enfoque multidisciplinar, TOOLE/McCORMACK/VAN UHM/BEILLEVERT/WILLIAMS/CASSEY, *P&N*, 2025, pp. 3057 ss.

² Véanse PÉREZ JIMÉNEZ/FAURE, *BolCrim*, 2024, pp. 1 ss.

³ Ya FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *RIE*, 1988, pp. 383 ss. Detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, 1996, pp. 1 ss.

Códigos Penales que permitan entender cumplido el mandato europeo⁴. Una vez más, con la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE.

Es cierto que la problemática ambiental no interesó en un primer momento a la en origen Comunidad Europea, al menos de modo directo, sino tan sólo en cuanto afectaba a la libre competencia en el mercado de mercancías y servicios, al tener que imputar los gastos que generaba la protección del ambiente (filtros, depuradoras, cambio de combustible, etc.) bien al costo del producto y a su precio final –al consumidor, en definitiva– bien a los poderes públicos que costeaban tales gastos⁵.

Y, de hecho, los primeros Tratados de las Comunidades Europeas no contemplaban ninguna disposición propiamente referida al medio ambiente, puesto que estaban únicamente dirigidos al establecimiento de un mercado común en el espacio europeo o, para ser más exactos, a la consolidación y defensa del mismo mediante las de sus cuatro libertades fundamentales, a saber, de mercancías, servicios, capitales y personas⁶.

Pero la hoy Unión Europea ha ido superando a través de los diferentes Programas desarrollados desde el 22 de noviembre de 1973 las lagunas existentes en los Tratados fundacionales, proceso que se inicia ya con la Reunión de París de 1972, donde se establece como filosofía que el desarrollo económico no es un fin en sí, sino un instrumento para mejorar la calidad y el nivel de vida, y que culmina con la declaración de la política medioambiental como «un componente de las demás políticas de la Comunidad» en el Acta Única Europea. Ésta, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 (instrumento de ratificación de 9 de diciembre de 1986, BOE de 3 de julio de 1987), permitió a través de su artículo 25 la adición al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Título VII, bajo la rúbrica Medio Ambiente, cuyos artículos 130 R a 130 T establecieron como política de la Comunidad «[...] conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; contribuir a la protección de la salud de las personas; garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales [...]» (artículo 130 R)⁷.

⁴ Detenidamente, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2008, pp. 75 ss. También, VERCHER NOGUERA, *EDJ*, 2007, pp. 45 ss. En el contexto de los eurodelitos, PRADEL, 2005, pp. 93 ss.

⁵ En estos términos, RODRÍGUEZ RAMOS, *PJ*, 1987, p. 50.

⁶ Entre otros, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *RIE*, 1988, p. 383; o MATEROS RODRÍGUEZ-ARIAS, 1998, pp. 31 s.

⁷ Actualmente estos preceptos se ubican en el Tratado de Funcionamiento de la UE, título XX, artículos 191 a 193.

Y si en un primer momento la normativa europea, sobre todo a través de directivas, se ha ido conformando sobre la base de diferentes preceptos del Tratado CEE, según el instrumento legislativo utilizado –en especial, los artículos 36, 100 y, principalmente, 235, que disponía que en aquellos supuestos en los que resultase preciso adoptar una determinada acción para el logro de los objetivos fundamentales de la Comunidad respecto a la que los Tratados no hubieran establecido una competencia concreta, como es el caso que nos ocupa, podía sin embargo llevarse a cabo la misma a propuesta de la Comisión, con la aprobación por unanimidad del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo–, ya con los citados artículos 130 R, 130 S y 130 T se proponía una política ambiental específica⁸.

En este proceso, el surgimiento de una cierta armonización penal de los diferentes derechos de la Unión Europea no fue realmente posible hasta la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992 y la creación del Tercer Pilar de la Unión Europea en materia de Justicia y Asuntos Interiores. Y, en mayor medida, con la reforma de Ámsterdam y su mención a la armonización penal⁹. Desde entonces, los instrumentos legales europeos vinculados a la tutela ambiental han sido muy diversos¹⁰.

Ahora bien, el proceso armonizador en materia penal ambiental comenzó a gestarse realmente a través de los instrumentos del Tercer Pilar de la Unión Europea y, por tanto, de la cooperación intergubernamental¹¹. Surgen así, primero, la importante Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal¹², después, en síntesis, las Directivas 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y a la introducción de sanciones para las infracciones y, finalmente, hasta ahora, la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE.

⁸ Así, SERRANO TÁRREGA/SERRANO MAÍLLO/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 2009. p. 83. Ampliamente al respecto, FERNÁNDEZ OGALLAR, 2014, pp. 233 ss.

⁹ Arts. 29, 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada de 1997.

¹⁰ Véase, ampliamente, DE LA MATA BARRANO, 2015, pp. 141 ss. También, FUENTES LOUREIRO, *REE*, 2022, pp. 324 ss.

¹¹ Sobre el proceso armonizador en materia penal ambiental y, en profundidad, sobre el conflicto, que no debería haber sido tal en opinión del autor, generado entre la Comisión y el Consejo, véase, COMTE, *EE&ELR*, 2003, pp. 147 ss.

¹² Extensamente sobre el proceso de creación de esta Decisión marco, BLANCO CORDERO, *RE-CPC*, 2004, pp. 05:15 ss.

Esta nueva Directiva, mucho más completa que las anteriores, mantiene eso sí la estructura tradicional habitual en las Directivas con contenido penal, dedicando a cuestiones de índole penal sus artículos 1 a 9, con otros 21 artículos previstos básicamente para aspectos procesales y con hasta 75 Considerandos previos. Bastantes son los cambios respecto de la regulación anterior, con un gran esfuerzo por ser muy precisa en aras evitar las diferencias interpretativas entre los Estados miembro que se dieron con la Directiva de 2008¹³, pero unas líneas directrices deducidas de los Considerandos similares: se opta por un concepto amplio de medio ambiente (1)¹⁴, por la prevención, la cautela y la corrección (2), la necesidad de cooperación transfronteriza (3), la preferencia por la sanción penal frente a la administrativa ante la gravedad de las infracciones (4 y 8), la punición de la omisión (7), el mantenimiento de la accesoriedad respecto al Derechos administrativo (9 a 11), se sigue apostando por un modelo en cierta medida todavía vinculado a la salud de las personas (13 y 22).

El artículo 2 de la Directiva, además de las definiciones que ofrece de los términos «persona jurídica», «hábitat en un lugar protegido», importantes en la nueva regulación europea, aunque similares a las que ya preveía la Directiva de 2008, y del término «ecosistema», éste sí novedoso¹⁵ y presente ya en el Considerando 13, remite a la normativa de la Unión para completar las definiciones de todos los términos incluidos en las descripciones de las distintas conductas típicas (accesoriedad conceptual).

Y el artículo 3 define los delitos que los Estados deben contemplar, en relación con conductas intencionales (apartados 2 y 3) y por imprudencia grave (apartado 4), siempre que sean ilícitas, término que define (accesoriedad de derecho en la que claramente se rechaza la accesoriedad de acto cuando se cuente con una autorización ilícita) en el apartado 1¹⁶, en parte similar a como se definía en el artículo 2 de la Directiva de 2008¹⁷. A pesar de la controversia

¹³ En este sentido, JUAN GÓMEZ, 2024, pp.463 ss.

¹⁴ Este concepto, así como los tipos delictivos que recoge posteriormente, superan el concepto de medio ambiente limitado por las fronteras nacionales y englobado únicamente por los recursos naturales, para reconocer el carácter transnacional del medio ambiente y la importancia de los ecosistemas. Véase NIETO MARTÍN, *JD*, 2025, pp. 62 ss.

¹⁵ En este sentido, VERCHER NOGUERA, *LL*, 2024.

¹⁶ Algunos autores son críticos con el mantenimiento de la expresión «ilícitas» unida a la violación de la normativa de la Unión adoptada para la consecución de los objetivos del artículo 191 (1) del TFUE y de la normativa administrativa nacional, por los problemas de colisión con el principio de legalidad, y en concreto, con el de *lex certa*. Así, por ejemplo, OLSEN LUNDH, *Eucrim*, 2024, pp. 165 ss.; también, en la doctrina española, crítico con esta disposición, BAUCELLS LLADÓS, *RCDA*, 2024, pp. 21 ss. Extensamente sobre el contenido de la disposición, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *RDPP*, 2025, pp. 1 ss.

¹⁷ La utilización de esta expresión puede causar problemas en la aplicación generalizada en los diferentes Estados miembro, como ya sucedió con la Directiva de 2008. Sobre aquel efecto, véase, ZEBEK/SOLODOV, *JNC*, pp. 8 ss.; también FAURE, *JEL*, 2024, pp. 323 ss.

que ha generado el precepto, aquí la Directiva aborda una de las grandes críticas realizada a la anterior y que respondía, precisamente, a la ausencia de sanción cuando las conductas contasen con una autorización administrativa a pesar de ser manifiestamente ilegales. Ahora se incorpora un último párrafo en el artículo 3.1. señalando que «dicha conducta será ilícita incluso cuando se lleve a cabo con una autorización expedida por una autoridad competente de un Estado miembro si dicha autorización se hubiera obtenido de manera fraudulenta o mediante corrupción, extorsión o coerción, o si dicha autorización incumple de manera manifiesta requisitos jurídicos materiales pertinentes»¹⁸. La inclusión de este apartado ha supuesto que en el derecho de la Unión Europea ya hay quien entienda puede hablarse de un delito ambiental autónomo¹⁹.

Son los apartados 2, 3 y 4 del artículo 3 los que describen las conductas a sancionar como tipos dolosos, agravados o imprudentes, respectivamente, en enumeración prolija y muy detallada y con constante remisión a la distinta normativa de la Unión (Directivas y Reglamentos).

A grandes rasgos, la principal novedad es la introducción como nueva conducta a considerar delictiva por los Estados Miembros del «ecocidio», término que se utiliza expresamente en el Considerando 21, engloba gran variedad de supuestos, y cuyo contenido, sin usar el término específico, lo encontramos en los artículos 3.3.a y b, como agravaciones de los delitos enumerados en el artículo 3.2²⁰.

Entre las nuevas conductas a sancionar hay que incluir la comercialización de productos peligrosos para la salud y el medio ambiente que infrinjan alguna prohibición o requisito (en el caso, por ejemplo, de productos con mercurio, habrían de incumplirse los requisitos establecidos en el Reglamento (UE) 2017/852), la fabricación, comercialización o uso de sustancias peligrosas que infrinjan las restricciones y prohibiciones de los distintos Reglamentos que se mencionan en la Directiva, que causen o puedan causar muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a los elementos o recursos naturales o a un ecosistema, la ejecución de proyectos (a los que se refiere la Directiva 2011/92/UE) con similares consecuencias, el reciclado de buques que entre en el ámbito del Reglamento (UE) núm. 1257/2013, la descarga de contaminantes por parte de buques (atendiendo a la Directiva 2005/35/CE), el desmontaje de instalaciones donde se realicen actividades peligrosas o se almacenen

¹⁸ FAURE, *JEL*, 2024, p. 342, considera que, a pesar del trabajo de implementación pendiente en los Estados miembro, este cambio supone una «verdadera revolución» en el derecho penal ambiental de la Unión, limitando las posibilidades de presión de la industria para conseguir permisos que les eximan de responsabilidad penal ante incumplimientos materiales claros de la legalidad.

¹⁹ En este sentido, FAURE, *Eucrim*, 2024, pp. 153 ss.

²⁰ Más ampliamente sobre la introducción del ecocidio en la Directiva, FAURE, *JEL*, 2024, pp. 335 ss.

materiales peligrosos (atendiendo a las Directivas 2012/18/UE y 2010/75/UE), la extracción de aguas que pueda causar daños sustanciales (en el sentido de la Directiva 2000/60/CE), la introducción o comercialización en la Unión de materias primas o productos pertinentes, incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 3 del Reglamento (UE) 2023/1115 y la introducción de especies exóticas invasoras (atendiendo al Reglamento (UE) núm. 1143/2014)²¹.

En realidad, alguna de estas conductas no es tan novedosa, como es el caso de la descarga de los buques, sino que simplemente su inclusión en la nueva Directiva de 2024 obedece al deseo del legislador europeo de trasladar todo el contenido penal de Directivas distintas de la de 2008, como la 2005/35/CE, a una única Directiva. Un deseo que se haría realidad con la aprobación final de la Directiva (UE) 2024/3101 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE en lo que respecta a la contaminación procedente de buques y a la introducción de sanciones administrativas para las infracciones, que eliminaría de ésta todas las previsiones penales, refundiendo el artículo 5 con el 4 y modificando el 8, y que hará referencia expresa a la regulación de la Directiva (UE) 2024/1203 de protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

Se acogen también muchas conductas que ya se encontraban presentes en la Directiva 2008/99/CE: tal es el caso del vertido, emisión o introducción de materiales de la letra a) del apartado 2 del artículo 3 o el traslado de residuos de la letra g). Sin embargo, sí se observan cambios menores en las distintas descripciones (p. ej., la expresión «cantidad no insignificante» sustituye a la de «cantidad no desdeñable») y, en todo caso, siempre con la inclusión del daño al «ecosistema» como nuevo elemento a valorar: así, en las letras a) a f), j) a l) y r) del apartado 2.

Otros cambios son los necesarios para actualizar la normativa europea de referencia usada para definir la conducta. Así el traslado de residuos de la letra g) habría de tipificarse atendiendo al artículo 2.26 del Reglamento (UE) 2024/1157, las conductas de la letra s) relacionadas con el agotamiento de la capa de ozono mediante las sustancias referidas en el artículo 2.a) del Reglamento (UE) 2024/590 y las conductas de la letra t) relacionadas con gases de efecto invernadero a los que se refieren los supuestos especificados en el artículo 2.a) del Reglamento (UE) 2024/573.

El apartado 3 del artículo 3 obliga a los Estados Miembros a convertir en delitos cualificados todas las conductas del apartado 2 si causan: «a) la destrucción, o daños generalizados y sustanciales que sean irreversibles o durade-

²¹ Sobre la regulación que hace la Directiva de cada una de estas infracciones véase ALASTUEY DOBÓN, 2025, pp. 319 ss.

ros, de un ecosistema de considerable tamaño o valor medioambiental o de un hábitat en un lugar protegido, o b) daños generalizados y sustanciales que sean irreversibles o duraderos a la calidad del aire, del suelo o de las aguas». Esto es, reconocimiento de nuevo de la importancia del término «ecosistema» y un acercamiento al contenido del «ecocidio», aunque sin mencionarlo, referido en el considerando 21²². Nos encontramos ante unas agravantes planteadas en términos ecocéntricos en su definición, pero que siguen teniendo una penalidad antropocéntrica al mantener unos máximos de pena inferiores a aquéllos previstos para los supuestos en los que se cause la muerte de personas²³.

El apartado 4 obliga a criminalizar ciertas conductas del apartado 2 («letras a) a d), letras f) y g), letras i) a q), letra r), inciso ii), y letras s) y t)») cuando se cometan por imprudencia grave²⁴.

Y el apartado 5, innecesario, explicita la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan más conductas delictivas en sus ordenamientos para proteger el medio ambiente.

Finalmente, los apartados 6 a 8 del artículo 3 obligan a los Estados a introducir en la valoración de la sustancialidad del daño que se exige en la concreción típica de varias de las conductas del artículo (o en la de su insignificancia) aspectos como el estado del ambiente afectado, la duración, el alcance y la reversibilidad del daño. También, dependiendo de a qué conducta se esté haciendo referencia, el riesgo de la actividad, la ausencia de autorización, la nocividad de la sustancia, la medida en que se superen los valores normativos estatales o de la Unión, el coste de la restauración, el estado de conservación de las especies afectadas.

El artículo 4 prevé la sanción de la inducción, la complicidad y la tentativa (remitiéndose, conforme indica el Considerando 29, a la normativa estatal) en los delitos que describe.

Y los artículos 5, 6 y 7 especifican las sanciones que han de preverse tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas²⁵. Interesa destacar especialmente que, aunque se sigue utilizando la expresión de 2008 y común en la normativa comunitaria de «sanciones (penales) efectivas, proporcionadas y

²² Ya hay autores que se han pronunciado en sentido de considerar que, aunque no haga referencia al término, estas agravaciones constituyen la regulación del ecocidio. Así, por ejemplo, FAURE, *JEL*, 2024, pp. 335 ss.

²³ En este sentido, crítico con la regulación antropocéntrica de la Directiva, PEREIRA, *EuCrim*, 2024, p. 160; también, ZEBEK/SOLODOV, *JfNC*, p. 10; podemos encontrar una interesante valoración del enfoque ecocéntrico de la norma en MARQUÉS I BANQUÉ, *AJA*, 2024, pp. 1 ss.

²⁴ Sobre los problemas de armonización del término imprudencia grave para el que la Directiva remite a la jurisprudencia del TJUE en el preámbulo, véase NIETO MARTÍN, *JD*, 2025, pp. 60 ss.

²⁵ Sobre la importancia de esta previsión para las personas jurídicas, por todos, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *REDA*, pp. 1 ss.

disuasorias», ahora, y ésta es una de las principales novedades de la nueva Directiva, se especifican sanciones mínimas en los límites máximos para las personas físicas, ante concretas conductas delictivas, de prisión de 3, 5, 8 o 10 años, así como otras medidas (restauración, indemnización, multas, exclusión de financiación pública, inhabilitaciones, retirada de permisos, publicación de la resolución judicial)²⁶. También se prevén sanciones para las personas jurídicas (cuya responsabilidad define en el artículo 6)²⁷, si bien en este caso permitiendo medidas penales o no penales, sólo con límites mínimos en el máximo de la posible multa en relación con delitos puntuales²⁸. También se ha establecido la posibilidad de establecer multas vinculadas al volumen de negocios mundial para las personas jurídicas, pero, para salvar las críticas realizadas ya a la propuesta de Directiva aludiendo a la falta de respeto al principio de proporcionalidad que tendría este tipo de sanción, los Estados podrán elegir entre este tipo de multas u otras que respondan a una cantidad fija²⁹.

Los artículos 8 y 9 son completamente nuevos y enumeran una serie de circunstancias agravantes, de muy distinta consideración (por mayor desvalor de resultado o de acción) y atenuantes (limitadas a las clásicas de restauración y cooperación).

Se sigue contemplando un artículo 10 previsto para el embargo y el decomiso. Y se introducen nuevos artículos en relación con cuestiones de las que no se ocupaba la Directiva de 2008. Así, en el ámbito de la prescripción (artículo 11, que delimita concretamente las conductas vinculadas con los plazos de 3, 5 y 10 años que contempla)³⁰, en el ámbito competencial (artículo 12, que contempla la territorialidad, la personalidad, el principio de protección real, pero que permite la expansión judicial en determinados supuestos), la protección del denunciante (artículo 14) y de otras cuestiones, como antes se decía, básicamente procesales y de cooperación.

Esta nueva Directiva ha colmado algunas de las lagunas que se pusieron de manifiesto en relación con la Directiva de 2008, como una mayor concreción de las conductas de carácter penal, ampliación de las mismas, separación entre el ilícito penal y la autorización administrativa, previsión del delito de ecocidio, sanciones elevadas contempladas también en los mínimos, herra-

²⁶ Inclusión de medidas aplaudida por la doctrina; véase, entre otros, BAUCCELLS LLADÓS, *RCDA*, 2024, p. 14.

²⁷ Sobre las consecuencias para las personas jurídicas, extensamente, CARRASCO PÉREZ, *REE*, 2024, pp. 90 ss.

²⁸ Sobre la posibilidad de que estas medidas sean de naturaleza penal o no penal y la negociación en el proceso de aprobación de la Directiva de 2024, PEREIRA, *Eucrim*, 2024, pp. 160 ss.

²⁹ Véase, NIETO MARTÍN, *JD*, 2025, pp. 60 ss.

³⁰ Señala NIETO MARTÍN, *JD*, p. 60, que la trasposición de estos preceptos relativos a la prescripción puede traer problemas de coherencia interna en algunos Estados miembro.

mientas variadas para hacer frente a las conductas, penales o no, y criterios para una adecuada evaluación de su implementación. Sin embargo, tal y como señala la doctrina, serán los desafíos de la trasposición de la misma y su implementación por los distintos Estados miembro, con las dificultades derivadas de las diferencias entre sistemas legales, las que determinará su efectividad³¹.

Es evidente que no cabe negar la influencia que ha tenido y sigue teniendo la normativa ambiental comunitaria en la legislación penal española. Esto ya se puso de relieve desde el primer momento de entrada en vigor del Código Penal de 1995 y su acomodación, por ejemplo, a las propuestas de las Directivas de 1979 o 1992.

Pero, en cuanto a lo que es estrictamente labor armonizadora –no meramente integradora–, es la propia Directiva 2008/99/CE la que marcó con claridad la pauta a seguir, que fue, efectivamente, bastante seguida por el legislador español con la reforma de los artículos 327 y 328 que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 y con la posterior reforma en 2015 de los artículos 325, 326, 326 bis y 328 e incluso 332 y siguientes y 345 y siguientes³², pero también ya antes incluso, con la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

Complicado va a ser el proceso armonizador en lo que respecta a la adecuación de la regulación española a la Directiva de 2024, con plazo para ello hasta mayo de 2026³³.

En principio, y dado que el Derecho penal ambiental español es de los más completos de la Unión y que, en contra de lo que podría pensarse, la Directiva es un texto de mínimos (con previsión de la imprudencia grave sólo en algunos supuestos, atención a los conceptos de daño «sustancial», atención a la idea de insignificancia o exigencia constante de ilicitud administrativa en los términos de la propia regulación europea), todo hace parecer que no van a ser necesarios muchos cambios en la normativa española actualmente vigente.

No al menos en lo que se refiere a la mayoría de las conductas del apartado 2 del artículo 3, ya previstas, «en cierto modo» en nuestros artículos 325, 326, 326 bis, 327, 332, 333, 341 y 343 CP, entre otros. Ahora bien, sí debería al menos plantearse en todo caso la necesidad de valorar la expresa

³¹ En este sentido, OLSEN LUNDHI, *EuCrim*, 2024, p. 170; PEREIRA, *EuCrim*, 2024, p. 161; o ZEBEK/SOLODOV, *JfNC*, p. 11.

³² Por supuesto, no todas las reformas tienen como origen una Directiva concreta y, aunque sí pueda entenderse que nazcan de la voluntad de adecuación internacional o de imitación de otros modelos, no pueden considerarse de «armonización europea». Sería el caso, por ejemplo, de la modificación legislativa operada mediante LO 3/2023, de 28 de marzo, significativa en materia de maltrato animal, en concordancia con la Ley 17/2021, que habla de «seres vivos dotados de sensibilidad», en todo caso en Capítulo independiente de lo que es en sí la tutela ambiental, pero que también modifica el Capítulo IV del Título XVI y, en cierta medida, lo que afecta a algunos de los recursos ambientales.

³³ Sintéticamente, DE LA MATA BARRANCO, 2024, p. 1 ss.

mención al concepto «ecosistema», en cuanto se entienda que los daños (causados o posibles) a aire, suelo, agua, animales o plantas no necesariamente han de afectar a alguno en concreto, algo difícil de aceptar o simplemente de adoptar por razones de seguridad jurídica, pero cuya implementación en el ordenamiento penal español supondría un avance dado que estamos ante un concepto ampliamente consensuado en el ámbito de las Ciencias naturales y perfectamente explicativo de lo que implica el ambiente como objeto de tutela³⁴. Y estar atentos a un principio de legalidad, que exige concreción y seguridad.

Así, aunque varias de las conductas de las letras b) y c) podrían entenderse abarcadas por los términos «provocar o realizar directa o indirectamente», la seguridad jurídica podría aconsejar seguir el texto de la Directiva. Sin duda, conductas como las de comercialización, infringiendo prohibiciones o requisitos para proteger el medio ambiente, de productos cuyo uso en mayor escala tenga como resultado el vertido, emisión, etc. merecerían una tipificación expresa.

Y, por supuesto, también cuanto describe la letra d) en relación con sustancias vinculadas al uso de mercurio.

En relación con las conductas de la letra e) del apartado 2 relativa a la ejecución de proyectos, en el sentido del artículo 1.2.a) y 4.1 y 2 de la Directiva 2011/92/UE, son similares en parte a las que describe nuestro artículo 319, pero el objeto directo de tutela es diferente. Puede entenderse que las obras ilegales en lugares con valor ecológico abarcan todo tipo de actuación que pueda dañar un ecosistema, pero no sería superflua una mayor precisión típica en el sentido de la Directiva.

Por lo que respecta a las conductas de la letra h), haría falta prever un nuevo tipo penal que criminalice el reciclado de buques que no sea llevado a cabo por los propietarios de los mismos en las «instalaciones de reciclado de buques que figuren en la lista europea» a la que se refiere el artículo 6.2.a) del Reglamento (UE) 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, artículo modificado recientemente por el artículo 81 del Reglamento (UE) 2024/1157 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativo a los traslados de residuos, por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1257/2013 y (UE) 2020/1056, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1013/2006. En lo aquí interesa, se añade la regulación del reciclado de buques considerados residuos peligrosos.

También estaría justificado un tipo penal autónomo para las conductas de la letra k), relativa a la construcción, explotación y desmantelamiento de instalaciones de petróleo y gas en alta mar de la Directiva 2013/30/UE, e incluso

³⁴ Sobre ello, MORELLE HUNGRÍA, *RECPC*, 2024, pp. 1 ss. En un sentido parecido, sobre la conveniencia de reformular el artículo 325, BAUCCELLS LLADÓS, *RCDA*, pp. 31 ss.

para las de la letra j), vinculadas al cierre de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o mezclas peligrosas

Es cierto también que en la previsión de las letras p), r), s) y t) se describen algunas conductas que pueden considerarse meros actos preparatorios no previstos en nuestro ordenamiento (fabricación, producción, introducción al mercado de la Unión, comercialización, exportación, etc.) y sería además conveniente atender a nuevas manifestaciones presentes en dichos puntos del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva de lo que en realidad también es medio ambiente: por ejemplo, lo referente a la capa de ozono protegida con la conducta de la letra s) o a la prevención del cambio climático presente en la prohibición de diferentes conductas de la letra t) que provocan o intensifican el impacto de ciertos gases fluorados de efecto invernadero.

Más complejo es cuanto se refiere a la cuestión de las sanciones y medidas accesorias que propone la Directiva.

En cuanto a éstas, previstas en el apartado 3 del artículo 5 como de carácter penal o no penal, rebajan la tensión de la transposición, al poder acudirse a la vía civil o a la administrativa. Así podrá hacerse en todo cuanto concierne a medidas de reparación e indemnización o a prohibiciones de concurrencia, retiradas de permisos, inhabilitaciones, etc. Al margen de contar también, específicamente, con el artículo 339 y con toda la normativa del Código sobre responsabilidad civil y sobre penas accesorias.

Las previsiones del apartado 2, vinculadas a la pena de prisión sí van a exigir algún cambio. En primer lugar, en cuanto a las previsiones de las letras a) y c), vinculadas no a la tutela ambiental sino a la de la vida de las personas, ya que aquí, aunque se abre la necesidad de acudir a los delitos de homicidio vía concurso de infracciones, salvo en supuestos de dolo eventual, no se prevén máximos de prisión de, al menos, diez o cinco años.

En cuanto a la previsión de la letra b), vinculada a la pena de prisión de los tipos cualificados, tampoco contempla el artículo 325, ni en su número 1 ni en su número 2, ni con las agravaciones del artículo 327 o 338, penas de al menos un máximo de ocho años.

Pero es que tampoco los tipos básicos de los artículos 325.1, 326 o 326 bis alcanzan los cinco años de prisión como mínimo de su límite máximo que exige la letra d) del apartado 2.

Ni, asimismo, las penas de los artículos 332 a 334 alcanzan la exigencia de la letra e) de tres años de prisión.

Otra cuestión diferente, pero vinculada a la anterior, es la de los plazos de prescripción, de delitos y penas, del segundo apartado del artículo 11 de la Di-

rectiva. No habría necesidad de modificar las previsiones de los artículos 131 y 133, siempre que se modificaran las penas de los artículos 325 y siguientes en el sentido propuesto por la Directiva. De no hacerse así, salvo modificación de dichos artículos, habría incumplimiento del mandato de transposición.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas, que la Directiva no exige sea penal, de optarse por ésta habría que vincularla también a las previsiones de los artículos 338 y 339, en la medida en que éstos puedan entenderse hoy ajenos a ellas. Al margen de ello, el legislador europeo opta por un sistema de multas vinculado a cuantías fijas o a porcentajes sobre el volumen total de negocios³⁵, lo que obligaría a reformular el artículo 319.4 y 328 (y el artículo 52.4), ya que difiere del sistema seguido por un legislador español, que opta en los citados artículos por el establecimiento de multas proporcionales al beneficio obtenido o al perjuicio causado (acudiendo, con carácter subsidiario, al sistema de días-multa), lo que le obligaría a adaptar la normativa interna. Téngase en cuenta que el resto de las medidas previstas por la Directiva para las personas jurídicas (inhabilitaciones, cierres, etc.) se contemplan en su artículo 7.2 con carácter facultativo.

En relación con las circunstancias agravantes y atenuantes de los artículos 8 y 9 de la Directiva, su transposición no resultaría especialmente complicada.

La circunstancia agravatoria de la letra a) vinculada a la destrucción o daño irreversible del ecosistema puede entenderse ya contemplada por el artículo 325.2 del Código. La circunstancia agravante de la letra b) en relación con la actuación de organizaciones delictivas, también puede entenderse contemplada por el texto español, no específicamente, pero sí vía concurso de infracciones. Es cierto que la tendencia actual es la de contemplar agravaciones específicas en distintos delitos, lo que también podría hacerse a través de una técnica, quizás, confusa y problemática o, incluso, a través de una agravante genérica del artículo 22. Y la circunstancia de la letra c) en relación con el uso de documentos falsificados también está cubierta por la vía concursal, así como, en parte, por las letras a) y c) del artículo 327; una previsión específica, también habitual en otros delitos, conlleva como siempre la discusión sobre la preferencia de un posible tipo agravado sobre el concurso entre tipo básico y, en este caso, tipo de falsedad documental específico. Ninguna transposición necesita la previsión de la letra d) de prevalimiento de cargo público, ya recogida en nuestro artículo 22.7.^a (así como en los artículos 320 y 329). Ni la de la letra e), sobre reincidencia. Tampoco la de la letra h), vinculada a espacios especialmente protegidos, por la existencia en el Código del artículo 338.

³⁵ Véase ZEBEK/SOLODOV, *JfNC*, p. 10.

Sí necesita transposición la circunstancia agravante de la letra f) del artículo 8 sobre consecución de beneficios o evitación de gastos, en ambos casos, de carácter sustancial. También la de la letra g), en relación con destrucción de pruebas o intimidación de testigos o denunciadores, considerada en parte, por ejemplo, y entre los delitos contra la Administración de justicia, en el tipo penal del artículo 464, con idénticos problemas concursales que los ya referidos.

Por último, en relación con las atenuantes, la Directiva plantea en el artículo 9 la circunstancia clásica de reparación, que en cierta medida ya tiene en cuenta el legislador español, tanto en el genérico artículo 21.5.^a (no 4.^a, vinculada únicamente a la confesión, no a la colaboración, que es a lo que hace referencia el artículo 9 de la Directiva en su apartado b) y en el específico artículo 340. Habría que introducir, sin embargo, la posibilidad de atenuación por la minimización del daño ambiental y por colaboración.

Así pues, la política penal ambiental europea no dista mucho de la línea seguida por su política penal general ni de la que se asume por la mayoría de los Estados miembros: inflación en la enumeración de conductas delictivas, potenciación de los delitos de peligro (sobre todo abstracto), incremento de las penas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, etc. Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el apartado XXI del Preámbulo de la Reforma de 2015 se justifica el incremento punitivo en los tipos agravados de incendio forestal del artículo 353 aludiendo a una Resolución del Parlamento Europeo de septiembre de 2009 que solicita un endurecimiento de las sanciones para este tipo de delitos; lo cuestionable es que los cinco años previstos no tuvieran ya el nivel de gravedad exigible.

Pero, al margen de mínimas discordancias o contradicciones que puedan apreciarse a la hora de valorar cómo se ha entendido por el legislador español el mandato europeo de tutela penal del ambiente, no puede sino llamarse la atención, y sobre esto es tal vez sobre lo que más haya que discutir en el futuro, acerca del propio modo de proceder de Comisión Europea, Parlamento Europeo y Consejo, que obliga a considerar delitos (y no sólo, como hasta ahora, ilícitos a sancionar conforme cada Estado miembro considerara procedente³⁶) determinadas conductas, que define con precisión, dejando poco margen de maniobra al legislador interno. Es importante reivindicar aquí la eficacia preventiva del Derecho administrativo sancionador, especialmente en estas conductas ilícitas contra el medio ambiente en las que la actividad económica (o el ahorro económico) estará muchas veces presente³⁷. Y si, hasta ahora, en cuanto a las sanciones que para estas conductas había que adoptar se seguía la

³⁶ Ampliamente, FAURE, *VELJ*, 2017, pp. 344 ss. y *RoEC&IE*, 2017, pp. 143 ss.

³⁷ Recientemente algunos autores han valorado positivamente que con la nueva Directiva queden esclarecidos los espacios de actuación del derecho administrativo sancionador ambiental y del derecho

tónica de considerar suficientes las que cada Estado entendiera necesarias, desde la idea de «eficacia, proporcionalidad y disuasión», sin obligar, como sí ocurría en otros ámbitos, a la imposición de penas concretas (que pueden quebrar la proporcionalidad interna del sistema de sanciones de cada Estado), la nueva Directiva ahora ya sí impone, en algunos casos, ciertos mínimos, además de obligar a considerar determinados elementos no constitutivos de los delitos descritos circunstancias agravantes o atenuantes³⁸.

En general, las novedades de la Directiva (UE) 2024/1203 reflejan una mayor voluntad de intervención a la hora de conformar los elementos típicos de cada delito a considerar y más referencias a normativa europea (accesoriedad). Si ya con las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE se dejaba poco margen de maniobra al legislador interno a la hora de tipificar las conductas que han de preverse para tutelar penalmente el ambiente, ahora ello se ha extendido a la cuestión de las sanciones, las circunstancias agravatorias y atenuatorias, los plazos de prescripción y el modo en que hay que interpretar determinados elementos típicos.

Y, en todo caso, lo que sí muestra el Derecho penal ambiental (con un largo recorrido) es lo que se pretende desde la Unión y la influencia que ésta va a tener sin duda, aun sin tener competencias penales (que no las tiene), en los ordenamientos penales estatales (siempre desde un punto de vista criminalizador, o tutelador, según se prefiera).

BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: *La política criminal europea en materia de protección del medio ambiente plasmada en la Directiva (UE) 2024/1203. Impacto en el Derecho español*, Anuario de Derecho Ambiental, Madrid, 2025, pp. 313-354.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan: *¿Nuevas perspectivas para el delito ecológico en España? A propósito de la nueva Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE*, Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. XV, núm. 1, 2024, pp. 1-38.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *El Derecho penal y el Primer Pilar de la Unión Europea*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 6, 2004, pp. 05:1-05:26.
- CARRASCO PÉREZ, Celia: *La responsabilidad penal medioambiental de las personas jurídicas y su connivencia con la política europea de medio ambiente*, Revista de Estudios Europeos, núm. 86, 2025, pp. 64-98.

penal ambiental, pero haciendo referencia también a este derecho administrativo: así, de nuevo FAURE, *JoEL*, 2024, p. 341.

³⁸ Véase GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *RGDP*, pp. 1 ss.

- COMTE, Françoise: *Criminal Environmental Law and Community Competence*, European Energy and Environmental Law Review, vol. 12, núm. 5, 2003, pp. 147-156.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: *Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario*, en Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, Valencia, 2008, pp. 75-111.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier: Protección penal del ambiente y accesoriidad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita, Barcelona, 1996.
- Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal, Valencia, 2015.
- *La Directiva ambiental de 2024 y su trasposición al Código penal español*, Almacén de Derecho, 4 de septiembre de 2024.
- FAURE, Michael G.: *The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States*, Review of European Community and International Environmental Law, vol. 26, núm. 2, 2017, pp. 139-146.
- *The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe*, Virginia Environmental Law Journal, vol. 35, núm. 2, 2017, pp. 321-356.
- *The EU Environmental Crime Directive 2024: A Revolution in EU Environmental Criminal Law?*, Journal of Environmental Law, vol. 36, núm. 3, 2024, pp. 323-342.
- *The Creation of an Autonomous Environmental Crime through the New EU Environmental Crime Directive?*, Eucrim, núm. 2, 2024, pp. 153-157.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos: *La protección del medio ambiente en las Comunidades Europeas y la adhesión de España: obligaciones en vigor*, Revista de Instituciones Europeas, núm. 15-2, 1988, pp. 383-412.
- FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz: El Derecho penal armonizado de la Unión Europea, Madrid, 2014.
- FUENTES LOUREIRO, María Ángeles: *El proceso de consolidación del Derecho penal ambiental de la Unión Europea*, Revista de Estudios Europeos, vol. 79, 2022, pp. 324-343.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio Evaristo: *El nuevo proyecto de Directiva sobre delitos contra el medio ambiente*, Revista General de Derecho Penal, núm. 39, 2023.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: *Crónica de un hito: la nueva Directiva Europea sobre Delitos Medioambientales de 13 de marzo de 2024*, Medio Ambiente y Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental, núms. 42-43, 2024.
- *La nueva Directiva de delitos medioambientales y la incipiente autonomía del Derecho medioambiental penal: hacia la paulatina decadencia de las normas penales medioambientales en blanco*, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 78, 2025.
- JUAN GÓMEZ, Guillermo: *El Derecho penal como instrumento de protección ambiental: últimos desarrollos en el ámbito de la Unión Europea a la luz de la Directiva (UE) 2024/1203*, en Iniciativas normativas para avanzar en la transición ecológica, Valencia, 2024, pp. 463-497.

- MARQUÈS I BANQUÉ, María: *La evaluación del enfoque ecocéntrico en el Derecho penal ambiental de la UE: indicadores y análisis preliminar de la Directiva (UE) 2024/1203*, Actualidad Jurídica Ambiental, núm. 151, 2024, pp. 1-36.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio: *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998.
- MORELLE HUNGRÍA, Esteban: *El ecosistema como bien jurídico protegido en el artículo 325 del Código Penal: propuesta de una nueva configuración ecocéntrica integral del delito ecológico*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 26, 2024.
- NIETO MARTÍN, Adán: *El nuevo Derecho penal del ambiente europeo: reflexiones sobre la Directiva 2024/1203*, Jueces para la Democracia. Información y Debate, núm. 112, 2025, pp. 59-69.
- OLSEN LUNDH, Cristina: *The Revised EU Environmental Crime Directive. Changes and Challenges in EU Environmental Criminal Law with Examples from Sweden*, Eucrim, núm. 2, 2024, pp. 164-172.
- PEREIRA, Ricardo: *A Critical Evaluation of the New EU Environmental Crime Directive 2024/1203*, Eucrim, vol. 2, 2024, pp. 158-163.
- PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima y Faure, Michael G.: *Protección del medio ambiente en Andalucía desde el ámbito administrativo sancionador: exploración de su puesta en práctica*, Boletín Criminológico, vol. 30, núm. extra 239, 2024, pp. 1-34.
- PRADEL, Jean: *Delitos contra el medio ambiente*, en Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea, Cuenca, 2005, pp. 93-97.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Las cuestiones prejudiciales de Derecho comunitario en el proceso penal*, Poder Judicial, núm. 8, 1987, pp. 47-54.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; Serrano Maíllo, Alfonso y Vázquez González, Carlos: *Tutela penal ambiental*, Madrid, 2009.
- TOOLE, Kellie; McCormack, Phillipa; Van Uhm, Daan; Beillevert, Marie; Williams, Claire y Cassey, Phillip: *Using the criminal law to protect the environment: possibilities and problems*, People and Nature, vol. 7, 2025, pp. 3057-3066.
- VERCHER NOGUERA, Antonio: *Avanzando hacia un Derecho penal ambiental comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 134, 2007, pp. 45-74.
- VERCHER NOGUERA, Antonio: *La nueva Directiva penal ambiental de la Unión Europea en ciernes*, Diario La Ley, núm. 10486, 2024.
- ZEBEK, Elzbieta y Solodov, Denis: *The EU Environmental Crime Directive 2024/1203: Legal Solutions and Perspectives*, Journal for Nature Conservation, vol. 89, 2025, pp. 1-13.

6. OBTENCIÓN DE PATRONES DIRIGIDOS A LA PREDICCIÓN DE FEMINICIDIOS DE PAREJA A TRAVÉS DE TÉCNICAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Oviedo

I. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DEL RIESGO DE REINCIDENCIA DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER MALTRATADA (VPR)

El VPR (Valoración Policial del Riesgo) es el instrumento principal en manos de los cuerpos policiales en España para evaluar el riesgo de reincidencia en casos de violencia de género (violencia contra la mujer por parte de su pareja o expareja). Forma el núcleo esencial del Sistema VioGén del Ministerio del Interior del Gobierno de España, creado en 2007 tras la aprobación de la Ley 1/2004 (Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). Es una herramienta de carácter informático que los agentes policiales cumplimentan, recogiendo información de la víctima, del agresor, testigos, antecedentes policiales y de otras fuentes.

Su objetivo principal es predecir la probabilidad de que el agresor reincida en conductas violentas frente a su pareja o expareja en un futuro próximo, para poder asignar rápidamente medidas de protección policial proporcionales al riesgo detectado. Por lo tanto, sirve para tomar decisiones inmediatas tras una denuncia, permite generar un Plan de Seguridad Personalizado para la víctima (y sus hijos, si procede) y, en definitiva, pretende evitar, en la medida de lo posible, nuevos episodios de violencia, lesiones graves o incluso feminicidios.

El VPR, desde su activación en el año 2007, ha ido evolucionando con los años, aprovechando estudios empíricos, miles de casos reales y reincidencias registradas. Tras la primera versión (muy básica) se pasó a una segunda más desarrollada 2010-2014 (VPR 3.1), que incluía 16 factores de riesgo principales, más algunos moderadores. La tercera versión (VPR 4.0) se elaboró y activó en el año 2017 y estuvo en vigor durante dos años; en ella se introdujeron puntos de corte más refinados y se separó claramente la predicción de reincidencia de violencia no homicida y de violencia grave (potencialmente feminicida). Entre 2019 y 2020 se activó la VPR 5.0-H de carácter dual: VPR 5.0 para el riesgo de reincidencia general y la escala-H para el riesgo específico de feminicidio (homicidio) –HCP–. En el periodo 2020-2023 la VPER se actualizó a la versión 4.1, incorporando una mejora de seguimiento evolutivo. Finalmente, en el periodo 2023-2025 se empezó a incorporar de forma progresiva técnicas de inteligencia artificial para recalibrar automáticamente el peso de los factores, con datos en tiempo real y como parte de VioGén 2, una versión renovada de la plataforma.

En lo que respecta a la valoración del nivel de eficacia predictiva del sistema VPR existen posiciones dispares. Estudios publicados (principalmente del grupo de investigación del Ministerio del Interior), afirman que el sistema presenta resultados consistentes. Debe advertirse en todo caso que dichos estudios sobre la eficacia predictiva del VPR/VioGén tienen como autores principales o coautores a investigadores del propio Ministerio del Interior (Secretaría de Estado de Seguridad) y responsables directos del desarrollo y calibración del sistema¹. Según otra visión, los sistemas de valoración del riesgo descritos, que pueden ser más o menos eficaces frente a la violencia de género en general, no parecen haber conseguido resultados predictivos significativos frente la violencia de género extrema (feminicidios consumados o tentados)². Todo ello en un contexto en que la predicción de este tipo de muertes violentas resulta extremadamente compleja.

¹ LÓPEZ-OSSORIO, GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, ANDRÉS-PUEYO, *Psychosocial Intervention*, 2016, pp. 1-7; LÓPEZ-OSSORIO, LOINAZ, GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, *Revista Española de Medicina Legal*, 2019, pp. 71-79. CABBALLÉ-PÉREZ, VILLALBA GARCÍA, SANTOS-HERMOSO, LÓPEZ-OSSORIO, GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, RAPJ, 2020.

² La auditoría externa del sistema VioGén realizada por la Fundación Ética en colaboración con la Fundación Ana Bella (Red de Mujeres Supervivientes) en 2022, basada en el análisis de 126 casos de feminicidios documentados por el CGPJ, entrevistas a 31 mujeres usuarias y a 7 abogados especializados, así como en datos públicos del Ministerio del Interior, reveló deficiencias significativas en el protocolo VPR integrado en VioGén. Entre las principales críticas destacan la opacidad algorítmica (falta de acceso al código fuente y auditorías independientes previas), la rigidez del cuestionario (más del 80 % de las entrevistadas reportaron problemas que comprometen la calidad de los datos, infravalorando la violencia psicológica y generando sesgos), la baja intervención policial (el nivel de riesgo se mantiene inalterado en el 95 % de los casos) y la asignación inadecuada de riesgos

II. LA PRESENTACIÓN DE DENUNCIA COMO REQUISITO PREVIO E INELUDIBLE PARA LA ACTIVACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN (VALORAR EL RIESGO DE LA VÍCTIMA Y PROCEDER A SU PROTECCIÓN)

Prácticamente todo el sistema de protección a las víctimas de violencia de género (valoración del riesgo y/o adopción de medidas cautelares) se hace depender de la previa presentación de denuncia por parte de la víctima. Sin embargo, retrospectivamente se constata con datos estadísticos que dicha denuncia sólo tuvo lugar en un porcentaje muy bajo de las mujeres que posteriormente fueron asesinadas por sus parejas o exparejas.

Las tasas de denuncia por violencia de género no feminicida están en constante aumento desde hace muchos años, especialmente desde el año 2013. Así, según los datos anuales del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género correspondientes a 2023, los órganos judiciales recibieron ese año, 199.282 denuncias por violencia de género, un 9,46 % más que en 2022, año en el que se registraron 182.065³. Esas cifras contrastan con las 13.198 denuncias del año 1996, identificadas en un informe del Defensor del Pueblo titulado «La violencia doméstica contra las mujeres» del año 1998⁴, lo que supone un aumento de nada menos que el 1.409,94 %.

Existe cierto consenso científico y social en que el incremento en el número de denuncias obedece principalmente a las mayores posibilidades y recursos cada vez mayores que tienen las víctimas para denunciar y no a un aumento de la violencia. En el informe de la Delegación de Gobierno para la violencia de género sobre «Percepción Social de la Violencia de Género» realizado en el año 2021⁵, se pone de manifiesto cómo para la gran mayoría de la población los cambios registrados en las relaciones de género en los últimos años, con el consiguiente empoderamiento de las mujeres, no han comportado un aumento de la violencia de género, sino que el cambio en los roles de géne-

(alrededor del 45 % de los casos se clasifican como «no apreciado» o bajo, con falsos negativos en al menos 55 de los feminicidios analizados, y sesgos como la infravaloración sistemática en mujeres sin hijos). La Fundación recomendó mayor transparencia, flexibilidad en la recogida de datos, justificación contextual por parte de los agentes, mejor formación policial y auditorías periódicas independientes para mejorar la eficacia preventiva del sistema. Fundación Éticas, 2022, «Auditoría externa del sistema VioGén», disponible en: https://eticasfoundation.org/wp-content/uploads/2024/12/Eticas_Audit_of_VioGen.pdf [consulta 1/1/2026]

³ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos> [consulta 1/1/2026]

⁴ <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/1998-01-La-violencia-dom%C3%A9stica-contra-las-mujeres.pdf> [consulta 1/1/2026]

⁵ https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Percepcion_Social_VG_web.pdf [consulta 1/1/2026]

ro y las políticas de sensibilización y promoción de la denuncia han hecho aflorar situaciones de maltrato que se encontraban invisibilizadas.

Sin embargo, en lo que respecta a los feminicidios la situación es completamente distinta, pues son muy pocos los casos en que las víctimas, que posteriormente perdieron su vida a manos de su pareja o expareja, habían denunciado previamente a su agresor. En concreto, en el análisis efectuado en el periodo 2003-2023, respecto a la variable denuncia, se dispone de 1.240 casos registrados y se obtiene la siguiente distribución de frecuencias: No había-No consta (78 %), Había denuncia (22 %). Por lo tanto, la denuncia al agresor por parte de la víctima, sólo se ha producido en el 22 % de los casos en los que posteriormente el agresor acabó con la vida de la mujer⁶. Esto significa que casi 8 de cada 10 mujeres asesinadas no habían denunciado.

Una de las estrategias de protección a la mujer que sufre violencia es el fomento de la denuncia del maltrato, denuncia que, paradójicamente, si no se actúa de forma adecuada, puede incrementar el riesgo de feminicidio en las relaciones de dominio propias de este tipo de comportamientos, en la medida en que la denuncia suele ser interpretada por el agresor como una forma de ruptura (principal elemento desencadenante de la reacción violenta extrema). El maltrato permanente y continuado, puede no alcanzar formas extremas de violencia (feminicidio) cuando la víctima permanece sumisa a su agresor.

Resulta sorprendente que ese factor (reducido número de denuncias en mujeres que posteriormente fueron asesinadas) ha permanecido prácticamente inalterable a lo largo del tiempo, incluso con una ligera tendencia al incremento porcentual (cada vez menos denuncias previas por parte de las víctimas mortales). El enorme despliegue de medios y reformas legales llevados a cabo en España, dirigidos a facilitar los procesos de denuncia y a proteger a la mujer, no parece haber sido capaz de contrarrestar los factores que dificultan de forma tan significativa que la víctima en riesgo extremo dé el paso de denunciar.

Sobre las causas del fenómeno indicado (reducidas tasas de denuncia en contextos feminicidas) existen algunas suficientemente identificadas. Sabemos, por ejemplo, que las posibilidades de reacción de la mujer sometida a este tipo de maltrato prolongado son limitadas. Junto al miedo, incertidumbre (especialmente cuando hay hijos menores) se produce con frecuencia la anulación de la capacidad para identificar su condición de víctima y reaccionar frente a la situación de maltrato. Según el informe titulado «Percepción Social de la Violencia de Género», publicado en 2021, el miedo al agresor (80 %), los hijos/as (33 %), el sentimiento de vergüenza y el querer ocultar la agresión al entorno cercano

⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, RGDP, 2024, p. 6.

(28 %), y la dependencia económica respecto al agresor (20 %), son las principales razones por las que, según las personas entrevistadas, hay mujeres víctimas de violencia de género que no denuncian su situación.

Muchas mujeres ni siquiera reconocen el maltrato, lo que no es más que parte del llamado «síndrome de la mujer maltratada», carecen de sentimientos negativos hacia el agresor o desconfían del sistema de protección. También puede verse un elenco de causas, clasificadas por su importancia, en la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, elaborada en el año 2015 por el Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad⁷. Un factor importante a tener en cuenta es que la violencia previa al feminicidio en muchas ocasiones es meramente latente o de control y no se detecta progresión de violencia física previa al feminicidio⁸. Debe en todo caso advertirse, como factor corrector indeterminable, que los expuestos son datos de un análisis retrospectivo (la mujer ya ha sido asesinada), y desconocemos cuántas mujeres no fueron asesinadas precisamente gracias a la presentación de denuncia.

En todo caso, la constatación indiscutible de que un porcentaje de las mujeres situadas en un contexto de riesgo feminicida no va a denunciar a su agresor hace conveniente seguir profundizando en la construcción de fórmulas complementarias de «protección sin denuncia» en los supuestos de riesgo extremo, como forma de asistencia a las víctimas, cuando (o mientras) no quieran (no estén en condiciones de) denunciar a su agresor. En ausencia de denuncia no serían admisibles medidas restrictivas para el presunto agresor, (no se activa el VPR, precisamente porque dicho agresor no ha sido denunciado) pero sí podría diseñarse un sistema de carácter extrajudicial de protección física personal, y, en su caso, preparación para la denuncia, y, si fuese preciso, acompañamiento en todo el proceso. Debe advertirse que para que un mecanismo de este tipo funcione resulta imprescindible un sistema eficaz de detección de riesgo y su valoración, con tasas aceptables de predicción, tarea en la que la IA debe jugar un papel esencial.

III. CÓMO LA IA PUEDE AYUDAR A PERFECCIONAR LOS MODELOS DE PREDICCIÓN DE FEMINICIDIOS DE PAREJA BASADOS EN ANÁLISIS DE DATOS ESTADÍSTICOS

La irrupción de la Inteligencia Artificial (IA) como transformación tecnológica profunda ha redefinido trabajo, información y relaciones humanas, tra-

⁷ https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf [consulta 1/1/2026]

⁸ MATEO FERNÁNDEZ, BREA MONTILLA, PCLF, 2018, pp. 41 ss.

yendo oportunidades (creatividad aumentada, eficiencia, etc.), pero también riesgos y desafíos éticos y sociales cruciales (desplazamiento laboral, sesgos algorítmicos, deuda cognitiva y dependencia o desinformación).

En el ámbito de la violencia de género y más en particular en la predicción de feminicidios, hasta la aparición y desarrollo inicial de la IA, los modelos de predicción, y entre ellos el sistema de VPR, se basaban casi exclusivamente en el análisis estadístico de unos pocos datos recopilados tras cada feminicidio, a lo que más adelante se unió la posibilidad de corrección en base a la percepción del agente policial interviniente. El resultado de ese análisis ha venido destacando factores clave como la evolución en los perfiles de los autores (aumento de la edad media y menor participación de hombres jóvenes), la sobrerrepresentación de ciudadanos extranjeros, las bajas tasas de denuncia previa, la decisión de ruptura en relaciones de dominio, los comportamientos suicidas y la limitada eficacia disuasoria de las sanciones penales («teoría de la inasequibilidad normativa»)⁹.

El despliegue de la IA plantea enormes posibilidades en la materia, particularmente a través del recurso a técnicas de aprendizaje automático (*machine learning*) y procesamiento de lenguaje natural (*NLP*), métodos que nos permitirán analizar grandes volúmenes de datos para estimar riesgos. En particular, la IA puede integrar datos de múltiples fuentes (policiales, judiciales, sociales, etc.) para crear *dashboards* predictivos¹⁰, dirigidos a rastrear violencia de género en contextos de datos escasos, o para desarrollar modelos de clasificación basados en *Random Forests* o en Redes Neuronales que, en el caso analizado, deben permitir procesar variables como la edad del agresor, nacionalidad, historial de inmigración o duración de la relación, entre otras, para estimar riesgos de escalada hacia el feminicidio.

En España, esta tarea podría vincularse a los datos del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, a bases de datos como las del Instituto Nacional de Estadística (INE) o de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, o, como se plantea en este trabajo, al análisis de la descripción de hechos probados de las sentencias condenatorias por este tipo de delitos que, en el ámbito penal, se concretarían en homicidios o asesinatos de pareja o expareja, tanto consumados como en grado de tentativa¹¹. Inclu-

⁹ Vid, por ejemplo FERNÁNDEZ TERUELO, RGDP, 2024, p. 10.

¹⁰ Los *dashboards* predictivos son paneles de control que utilizan algoritmos de inteligencia artificial (IA) para ir más allá de los datos históricos y anticipar eventos futuros.

¹¹ Un estudio reciente habría demostrado que algoritmos de IA podrían extraer variables de documentos legales para predecir feminicidios con precisión moderada, enfocándose en patrones como escaladas previas de violencia, GARCÍA-VERGARA, ALMEDA, FERNÁNDEZ-NAVARRO et. al., SR, 2023, p. 1 ss.

so, yendo más allá, podrían analizarse cambios en patrones de comunicación del varón (como mensajes de texto o actividad en redes sociales) o registros administrativos (cambios de domicilio, solicitudes de divorcio, etc.), analizar textos de denuncias, informes policiales o hasta consultas médicas, para identificar lenguaje asociado a dominio (amenazas de control o celos patológicos, entre otros), etc.

Debe advertirse en todo caso que muchas de estas fórmulas podrían entrar en conflicto con parámetros éticos o incluso legales, específicamente con lo previsto en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial [EU AI Act, (UE) 2024/1689], aprobado por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024 y que entró en vigor el 1 de agosto del mismo año. En dicha norma se incluyen entre las obligaciones que afectan a los sistemas de alto riesgo (de aplicación plena entre 2026 y 2027) las infraestructuras críticas, justicia, *policía (incluidos específicamente los perfiles de riesgo)*, sanidad, transporte. En cuanto a las limitaciones éticas también debe tenerse en cuenta la más que probable presencia de sesgos en los datos; así por ejemplo, subrepresentación de casos no denunciados, la privacidad (necesidad de protección del anonimato) o falsos positivos, con un evidente carácter estigmatizador.

La IA no va a ser la panacea que permita predecir feminicidios con certeza absoluta, ya que este tipo de comportamientos involucran variables humanas impredecibles, pero sí puede mejorar el proceso de identificación de patrones de riesgo alto, mediante el procesamiento de datos históricos inmanejables hasta la fecha, mejorando las estrategias preventivas obtenidas únicamente a través del análisis estadístico. La IA, en definitiva, debe usarse como herramienta complementaria de apoyo a intervenciones humanas, nunca como sustituto.

En la medida en que, las reducidas tasas de denuncia previa (con tendencia incluso a un ligero incremento porcentual) dejan a muchas víctimas desprotegidas. La IA podría predecir riesgos en casos silenciosos, analizando datos alternativos, como visitas hospitalarias por lesiones ambiguas o patrones en redes sociales. En concreto podrían desarrollarse herramientas de NLP (procesamiento del lenguaje natural) aplicadas a registros médicos o de emergencias, que puedan identificar casos de violencia de género no reportados formalmente (policial o judicialmente). Un algoritmo desarrollado para entornos hospitalarios basado en NLP para detectar IPV (*intimate partner violence*) en notas clínicas podría alertar a servicios sociales antes de una escalada. Todo ello con las cautelas e imprescindibles límites ya expuestos.

IV. AVANCE DEL ESTUDIO: EERVP BASADA EN EL UN BLOQUE ALEATORIO DE 32 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE PERFECCIONAN LOS MODELOS BASADOS EN LOS ANÁLISIS DE DATOS ESTADÍSTICOS

En el estudio que se está llevando a cabo, del que aquí sólo se presentan los primeros avances, se analiza un bloque aleatorio de 32 sentencias (889 páginas), al objeto de extraer elementos comunes susceptibles de ser calificados como patrones de riesgo, con los que posteriormente se elabora una Escala de Evaluación de Riesgo (EERVP) provisional. Dicha escala corrige y complementa los factores predictivos obtenidos con el análisis y datos estadísticos sobre factores concurrentes en feminicidios de pareja en España (con datos hasta 2024), derivados de las estadísticas oficiales del Ministerio de Igualdad (acumuladas hasta marzo de 2025, con 1.301 casos confirmados) y las contenidas en el Portal Estadístico de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género.

En concreto, se procesan 32 sentencias aleatorias del Tribunal Supremo español, que contiene una compilación de condenas por homicidios o asesinato (consumados o en grado de tentativa) en contextos de violencia de género (el autor es un hombre –pareja o ex-pareja– y la víctima es su pareja femenina). Estos casos cubren periodos desde 2006 hasta 2025. Los patrones para predecir riesgos se extraen fundamentalmente de los hechos probados y, en menor medida, de los fundamentos jurídicos, con especial atención a los antecedentes, motivaciones, métodos y desencadenantes.

En el análisis efectuado, limitado a ese grupo reducido de sentencias presenta algunas discordancias con el análisis estadístico previo. Se advierte que en el resultado se encuentran algunos datos que entran en conflicto con el análisis previo citado; por ejemplo, el relativo a denuncia previa que cuantifica en un porcentaje elevado, cuando está acreditado estadísticamente que la mayoría de las mujeres que fueron asesinadas en este contexto nunca habían denunciado. Tal discordancia se justifica en la limitación a 32 casos, y en el hecho de que los supuestos que llegan a juicio suelen tener un historial documentado de denuncias o evidencias previas, lo que introduce un sesgo hacia tasas más elevadas. Debe advertirse igualmente que los casos que terminan en suicidio consumado del agresor nunca se judicializarán, pues, como es sabido, la muerte extingue la responsabilidad penal. Lo más relevante y positivo del análisis efectuado es que aparecen nuevos factores potencialmente predictivos, que deberán ser objeto de un examen más profundo y con una muestra mucho más amplia, que no habían aparecido en el análisis estadístico, limitado, como se ha dicho, a unos pocos datos que se recopilan tras cada feminicidio.

Con base en lo anterior, el análisis del contenido de las 32 sentencias se integra con los datos de los previos análisis estadísticos para desarrollar una herramienta de evaluación de riesgo equivalente a SARA (*Spouse Abuse Risk Assessment*)¹². Dado que el contenido principal de estadísticas sobre feminicidios se encuentra en boletines mensuales publicados en el sitio indicado, se obtienen datos actualizados del Boletín Estadístico Mensual de marzo 2025, que cubre el periodo acumulado desde 2003 hasta el 31 de marzo de 2025 (datos provisionales para 2025)¹³. Esto permite completar y refinar el análisis previo –datos hasta 2023, 1.240 casos– con las sentencias, incorporando estadísticas oficiales para una visión más precisa de la evolución y patrones. Se incorporan patrones predictivos detectados con anterioridad, como la reducción progresiva de feminicidios (lenta pero favorable, con menor participación de jóvenes), aumento de edad media del autor, rol de la ruptura como desencadenante (superior al 50 % real, corrigiendo exclusiones), bajas tasas de denuncia previa (22 % con denuncia, 78 % sin, con tendencia al alza en no denuncias), comportamientos suicidas (1/3 de autores), mayor incidencia en extranjeros (triple tasa), y limitaciones preventivas («teoría de la inasequibilidad normativa del feminicida»).

En cuanto a la estructura ajustada de la EERVP se articula en base a 20 factores, actualizando frecuencias y descripciones con datos estadísticos (por ejemplo, denuncia previa en 22 %; suicidio en 33 %; ruptura como desencadenante >50 % real). Calificación que se formula del siguiente modo: «Presente» (2 puntos), «Parcial» (1 punto), «Ausente» (0 puntos) y de la suma de todos ellos se determina un riesgo global: Bajo (0-10), Moderado (11-20), Alto (21-40), con un umbral de intervención directa cuando sea ≥25. La escala refleja la evolución hasta 2025, priorizando prevención en rupturas, no denuncias y perfiles demográficos.

	Factor/Vulnerabilidad	Descripción principal	% aproximado de presencia en feminicidios
1	Historia de violencia previa.	Maltrato físico, psicológico o sexual progresivo en la relación.	90-95 %.
2	Celos patológicos/control coercitivo.	Vigilancia extrema, restricciones de libertad, acusaciones infundadas.	85-90 %.

¹² Guía profesional y protocolo forense estructurado, diseñado para evaluar el riesgo de violencia (física y sexual) entre miembros de pareja.

¹³ <https://estadisticasviolenciagenero.igualdad.gob.es> [consulta 1/1/2026]

	Factor/Vulnerabilidad	Descripción principal	% aproximado de presencia en feminicidios
3	Aislamiento social.	Víctima desconectada de familia/amigos por manipulación del agresor.	70-80 %.
4	Dependencia económica.	Víctima sin ingresos propios o con economía controlada por el agresor.	65-75 %.
5	Ruptura reciente o inminente.	Separación, divorcio o nueva relación de la víctima (máximo riesgo 0-6 meses).	75-85 %.
6	Amenazas de muerte o daño grave.	Amenazas explícitas de matar («si no eres mía, no serás de nadie»).	60-75 %.
7	Consumo de sustancias por el agresor.	Alcohol/drogas crónico o en el momento del hecho (desinhibición).	40-55 %.
8	Antecedentes penales del agresor.	Condenas previas (no siempre por VG; a veces por otros delitos).	30-45 %.
9	Embarazo o parto reciente.	Violencia durante embarazo o primeros meses post-parto (factor agravante).	15-25 % (en casos con hijos recientes).
10	Barreras culturales/ idiomáticas.	Víctima migrante/ extranjera con dificultades de integración o denuncia.	35-50 % (más alto en feminicidios de extranjeras).
11	Indefensión física.	Ataque sorpresa en contextos de confianza (hogar, ruptura reciente).	80 % (violencia extrema post-ruptura).
12	Menores involucrados.	Violencia vicaria (hijos como extensión del daño).	65 % (en disgregación o extendida).
13	Denuncias previas (ausencia).	Bajas tasas de denuncia; tendencia al alza cuando hay ruptura.	78 % sin denuncia previa; solo 22 % con denuncia.
14	Lesiones graves previas.	Heridas previas subregistradas (no denunciadas) u hospitalizaciones.	40 % (en maltrato latente).

	Factor/Vulnerabilidad	Descripción principal	% aproximado de presencia en feminicidios
15	Temor crónico.	Víctima en pánico o anulación (síndrome de mujer maltratada).	80 % (miedo principal); hijos 33 %.
16	Violencia desmedida.	Violencia extrema para restablecer dominio (sobre todo post-ruptura).	75 % (reacción a ruptura).
17	Armas (blancas/fuego).	Métodos letales (cuchillos, armas de fuego, etc.).	60 % (en feminicidios consumados).
18	Estrés externo.	Disputas por custodia, dinero, separaciones (más en extranjeros vs. españolas).	70 % (mayor en custodia/dinero).
19	Comportamiento post-delictivo.	Suicidio o entrega (inadaptación post-crimen).	33 % suicidio; mayoría entrega.
20	Escalada rápida.	De control a letal post-ruptura (evolución favorable en jóvenes).	80 % (edad media aumentando).

BIBLIOGRAFÍA

CABALLÉ-PÉREZ, María-VILLALBA GARCÍA, Daniel-SANTOS-HERMOSO, Jacobo-LÓPEZ-OSSORIO, Juan José-GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, José Luis: *El Quebrantamiento de las Órdenes de Protección en Violencia de Género: Análisis de los Indicadores de Riesgo mediante el Formulario VPR4.0*, Revista de la Asociación de Psicología Jurídica, 2020, pp. 63-72.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: *Análisis de los factores concurrentes y su evolución en los feminicidios de pareja y expareja en España a lo largo de las dos últimas décadas. Estrategias preventivas y propuestas de intervención*, Revista General de Derecho Penal, núm. 42, 2024, pp. 1-39.

GARCÍA-VERGARA, Esperanza-Almeda, NEREA-FERNÁNDEZ-NAVARRO, Francisco *et. al.*: *Artificial intelligence extracts key insights from legal documents to predict intimate partner femicide*, Scientific Reports, núm. 13, 2023, pp. 1-14.

LÓPEZ-OSSORIO, Juan José-GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, José Luis-ANDRÉS-PUEYO, Antonio: *Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género*, Psychosocial Intervention, vol. 25, núm. 1, 2016, pp. 1-7.

LÓPEZ-OSSORIO, Juan José-LOINAZ, Ismael-GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, José Luis: *Protocolo para la valoración policial del riesgo de violencia de género (VPR4.0): re-*

visión de su funcionamiento, Revista Española de Medicina Legal, vol. 45, núm. 2, 2019, pp. 71-79.

MATEO FERNÁNDEZ, Pedro-BREA MONTILLA, Lydia: *Perfil criminológico en un caso de feminicidio sin escalada de violencia previa*, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, vol. 18, 2018, pp. 41-59.

7. ENTRE LA RECOMENDACIÓN CM/REC (2018)⁸ Y LA LO 1/2025: CLAVES PARA UNA LECTURA CRÍTICA DEL DESARROLLO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

LETICIA JERICÓ OJER
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Pública de Navarra

I. INTRODUCCIÓN

La justicia restaurativa persigue alcanzar algo que el proceso penal tradicional casi nunca consigue: la reconstrucción de las relaciones dañadas por el delito. Frente a una lógica centrada exclusivamente en el castigo, la justicia restaurativa propone un enfoque que sitúa en el centro a las personas afectadas por el delito (víctima, victimario y, en su caso, la comunidad), invitándolas a participar activamente en la resolución del conflicto, en la medida de sus posibilidades y necesidades. Consciente del potencial de la justicia restaurativa, el Consejo de Europa trató de marcar un camino normativo para su desarrollo mediante la Recomendación CM/Rec (2018)⁸ sobre justicia restaurativa en materia penal, con el objetivo de orientar las legislaciones nacionales hacia un sistema de resolución del conflicto más humano, participativo y reparador.

Este artículo se propone examinar hasta qué punto España ha recorrido este camino, prestando especial atención a dos momentos clave del desarrollo normativo reciente: la Ley 4/2015, de Estatuto de la Víctima del Delito y la LO 1/2025, de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que incorpora por primera vez una regulación procesal específica de la justicia restaurativa.

Del mismo modo, esta modesta contribución quiere ser también un homenaje a la obra y a la figura de Enrique Peñaranda Ramos. La incorporación

de la justicia restaurativa al proceso penal, con todas sus potencialidades y cautelas, solo puede abordarse con el rigor dogmático que ha caracterizado siempre su obra. A él van dedicadas estas páginas, con gratitud sincera por la huella intelectual y humana que ha dejado en quienes hemos tenido la fortuna de aprender de su trabajo. Gracias, Enrique, por tanto.

II. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES: LA IMPORTANCIA DE LA RECOMENDACIÓN CM/REC (2018)8

Diversas resoluciones y directrices internacionales han impulsado la incorporación de prácticas restaurativas en los sistemas de justicia penal de los Estados, contribuyendo de manera significativa a la definición del concepto de justicia restaurativa y a la formulación de sus principios fundamentales¹. Como indicaré más adelante, en el ámbito europeo destaca por su relevancia la Recomendación CM/Rec (2018)8, del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la justicia restaurativa en materia penal².

Por lo que respecta a la normativa estatal es importante destacar que, hasta 2015, la referencia más importante a la justicia restaurativa nos la proporcionaba la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito, traspuesta al derecho nacional como consecuencia de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012. Ahora bien, aunque el enfoque de la norma es comprensiblemente victimocéntrico, cabe preguntarse en qué medida se reconocen también los derechos del presunto infractor en estos procesos. El Estatuto no desarrolló en profundidad este aspecto, lo que plantea interrogantes sobre el equilibrio de garantías y la naturaleza dialógica de los mecanismos restaurativos regulados en este marco³. Al margen de esta consideración, en nuestro CP existen referencias más o menos explícitas a la justicia restaurativa. De este modo, el artículo 84.1 CP incorpora como posible condición para la suspensión de la pena privativa de libertad el cumplimiento del acuerdo alcanzado en un proceso de mediación entre víctima e infractor.

¹ Extensamente, ALONSO RIMO, 2024, p. 21 ss.

² Cabría mencionar igualmente la Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 así como la declaración de Bangkok de 2005 y la declaración de Kioto de 2021, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, la declaración de Venecia de 2021 sobre el papel de la Justicia restaurativa en asunto penales o la Recomendación CM/Rec (2023) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de derechos, servicios y apoyo a las víctimas de delitos. En América latina debe destacarse la Declaración de Costa Rica de 2005, la Declaración de Tegucigalpa de 2008, la Declaración de San Salvador de 2009, así como la Declaración iberoamericana sobre justicia juvenil restaurativa de 2015.

³ TAMARIT SUMALLA, RdV, 2018, p. 181 ss.

Igualmente, el artículo 90.2.2 CP posibilita el adelantamiento de la concesión de la libertad condicional en aquellos casos en los que el penado acredite la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas. Con independencia de estas manifestaciones, también existen otras vías para canalizar los acuerdos restaurativos a través de la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP), el perdón del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte o la conformidad. Extramuros del CP, el anclaje de la justicia restaurativa resulta evidente en la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor y en la clasificación o progresión a tercer grado (arts. 72.5 y 72.6 de la LOGP)⁴. Finalmente, se debe mencionar que el último hito en materia de justicia restaurativa se ha producido con la aprobación de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, al regular normativamente la incorporación de algunos aspectos vinculados con la justicia restaurativa en el proceso penal (DA 9.^a). Sin embargo, y a pesar de esta novedad, el diseño legal de la justicia restaurativa en España presenta importantes deficiencias atendiendo principalmente a su dispersión normativa y a su falta de sistematicidad, con algunos solapamientos y contradicciones que obligan a realizar interpretaciones complejas⁵. Quizás hubiera sido preferible la elaboración de una ley estatal de justicia restaurativa que regulase íntegramente esta materia, incorporando con ello la deseada coherencia sustantiva, procesal y penitenciaria.

Señalaba anteriormente que, dentro de las iniciativas internacionales en materia de justicia restaurativa, destaca principalmente la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Consejo de Europa, dado que proporciona una hoja de ruta completa para la implantación de la justicia restaurativa en el ámbito penal. Una recomendación que, por otro lado, no es vinculante jurídicamente pero a la que sí se debe reconocer su valor referencial en la elaboración de la normativa interna de cada Estado y el diseño de políticas públicas. Sigue siendo obligado, en mi opinión, recuperar las directrices recogidas en la Recomendación atendiendo al interés por el desarrollo de la justicia restaurativa como enfoque distinto al modo de concebir la justicia penal tradicional. Un interés que responde a varios factores clave, entre los que se encuentra en primer lugar la necesidad de humanizar los sistemas de justicia penal y situar en el centro a las víctimas, las personas infractoras y las comunidades afectadas. A ello se le

⁴ En el ámbito autonómico destaca notabilísimamente la Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias, aprobada en la Comunidad Foral de Navarra.

⁵ AGUILERA MORALES, 2025, p. 590 ss., principalmente por lo que respecta a las disonancias con la regulación de la justicia restaurativa en la LORPM.

une el reconocimiento de que los procesos restaurativos pueden favorecer la reparación del daño, la responsabilidad y la prevención de la reincidencia. Por último, no debe perderse de vista la vinculación de la justicia restaurativa con los ODS de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, especialmente con el Objetivo 16 que aboga por promover sociedades pacíficas e inclusivas, garantizar el acceso a la justicia para todas las personas y construir instituciones eficaces y responsables.

III. ¿REFLEJAN EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y LA LECRIM EL ESPÍRITU DE LA RECOMENDACIÓN CM/REC (2018)8?

Concretamente pueden identificarse tres ejes fundamentales para comprender el desarrollo normativo de la justicia restaurativa en España. Así, en primer lugar analizaré las directrices de la Recomendación del Consejo de Europa de 2018 en lo relativo a los principios, garantías y estándares éticos que deben orientar la implementación de la justicia restaurativa en los sistemas penales de los Estados miembros. Este examen se centrará en cinco aspectos: 1.º) El concepto amplio de justicia restaurativa; 2.º) los principios básicos que deben orientar el proceso restaurativo; 3.º) la necesidad de establecer una base jurídica adecuada; 4.º) el funcionamiento de la justicia penal con relación a la justicia restaurativa y, finalmente, 5.º) el funcionamiento de los servicios de justicia restaurativa. Todo ello se abordará teniendo en cuenta el itinerario seguido por el legislador español, con especial atención a la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, que reconoce expresamente el derecho de acceso a mecanismos restaurativos, y la reciente LO 1/2025, que reforma la LECrim en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Finalmente examinaré los retos que todavía siguen pendientes dado que, pese a su creciente reconocimiento normativo, la justicia restaurativa continúa enfrentándose a importantes desafíos en su efectiva implementación.

1. El concepto amplio de justicia restaurativa

La Recomendación del Consejo de Europa ofrece una definición amplia de justicia restaurativa, entendida como un proceso en el que participan de forma activa la víctima, la persona victimaria y otras partes afectadas, ya sea mediante un diálogo directo o indirecto y con el apoyo de una persona facilitadora independiente y cualificada (Norma 5). La Recomendación opta por

emplear el término facilitador en lugar de mediador, subrayando con ello su función de promover un diálogo genuino entre quien ha sufrido un daño⁶, quien debe asumir la responsabilidad por él y, cuando proceda, las personas integrantes de la comunidad que puedan estar implicadas en el proceso.

Es fundamental destacar que la justicia restaurativa no se reduce a la mediación víctima-autor, sino que engloba una amplia variedad de prácticas entre las que se deben incluir las conferencias restaurativas y de grupo familiar, los círculos de sentencia o los círculos de pacificación, como estrategias de reparación del daño y reconstrucción de vínculos sociales. La existencia de múltiples modelos dentro de la justicia restaurativa no es una cuestión accesorio, sino una necesidad derivada de la complejidad y diversidad de las diferentes problemáticas. Efectivamente, el abordaje del conflicto, sobre todo cuando adquiere relevancia penal, no tiene las mismas implicaciones ni afectan por igual a todas las personas afectadas (piénsese, por ejemplo, cuando implica a menores, personas en situación de vulnerabilidad o a comunidades enteras). Pretender que un único modelo, como la mediación, ofrezca una respuesta adecuada a todas estas realidades resulta verdaderamente insuficiente. Un segundo factor que abonaría la necesidad de explorar una variedad heterogénea de prácticas restaurativas tiene que ver con el grado de disposición y seguridad de las partes. Así, no todas las personas desean ni tampoco están en condiciones de encontrarse directamente con la otra parte. En estos casos, estrategias como los círculos de pacificación u otras formas de encuentro indirecto permiten abordar el daño sin forzar exposiciones emocionales que pueden resultar contraproducentes o incluso traumatizantes. La implicación del entorno es otro de los aspectos que favorecen la diversidad de las prácticas. En determinadas situaciones no basta intervenir solo con la víctima y la persona infractora, sino que también es necesario trabajar con el entorno familiar o comunitario⁷. Modelos como las conferencias restaurativas o los círculos permiten incorporar a quienes han sufrido las consecuencias del delito o pueden contribuir a su reparación. Otra razón aparece vinculada con la flexibilización y la personalización que debe caracterizar a todo proceso restaurativo. Recordemos cómo la justicia restaurativa se basa en la participación activa, voluntaria y significativa de las personas implicadas. Así, cuanto mayor sea la diversidad de los modelos disponibles más posibilidades habrá de construir procesos personalizados que se adapten a las necesidades, capacidad y circunstancias concretas de cada colectivo. Por último, no podemos olvidar la necesidad de incorporar el enfo-

⁶ VARONA MARTÍNEZ/ TAMARIT SUMALLA, RdV, 2018, p. 126.

⁷ Por ejemplo en aquellos casos en los que ven implicados menores de edad o se trata de episodios de violencia escolar.

que cultural y local en la justicia restaurativa. Algunos modelos restaurativos, como los círculos de sentencia, tienen su origen en tradiciones comunitarias. Incorporar estos enfoques no solo enriquece el sistema, sino que permite aplicar formas de justicia culturalmente apropiadas con mayor arraigo y legitimidad social en determinados contextos.

Dicho esto, cabe reflexionar acerca del impacto que han tenido estas consideraciones en la regulación legal española. Es cierto que la legislación española ha incorporado progresivamente los parámetros con los que se ha diseñado la justicia restaurativa, aunque con distintos niveles de desarrollo y precisión. Así, el Estatuto de la Víctima del Delito, tanto en su Ley 4/2015 como en su Reglamento (RD 1109/2015), menciona expresamente la mediación penal como instrumento de justicia restaurativa. Sin embargo, esta referencia no debe interpretarse en sentido restrictivo. Aunque hubiera sido deseable una mayor precisión técnica que incluyera explícitamente otras formas de prácticas restaurativas⁸, lo cierto es que tanto la ley como el reglamento se refieren de forma más amplia a actuaciones restaurativas⁹, lo que deja abierta la puerta a otros modelos distintos al de la mediación. Por su parte, la reforma de la LECrim de 2025, a pesar de introducir referencias relevantes a la justicia restaurativa en el marco del proceso penal, no especifica los modelos restaurativos aplicables. Alude a la posibilidad de realizar actuaciones restaurativas en determinados momentos procesales, pero sin concretar qué formas pueden adoptar, lo que deja margen a la interpretación y al desarrollo reglamentario o jurisprudencial posterior.

Ahora bien, una cosa es el reconocimiento legal y otra muy distinta la práctica real. A pesar de que la normativa permite la aplicación de diversos modelos restaurativos, en la realidad la mediación penal sigue siendo el mecanismo dominante¹⁰. Basta consultar el análisis que realiza Alonso Rimo sobre esta cuestión, en donde concluye que el desarrollo de los círculos restaurativos o las conferencias sigue siendo muy limitado y residual¹¹. Este desequilibrio entre lo reconocido normativamente y lo implementado en la práctica plantea un desafío importante. Si se aspira a un desarrollo más completo y coherente con los principios de la Recomendación del Consejo de Europa es necesario incorporar el uso de metodologías restaurativas más allá de la mediación, adaptadas a la diversidad de los conflictos existentes y a las diferentes necesidades de las partes implicadas.

⁸ En este sentido, v. artículos 20 a 24 de la Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, que ha optado por una regulación más detallada, lo que supone un avance significativo en términos de reconocimiento normativo y claridad conceptual.

⁹ ALONSO RIMO, 2024, p. 95 ss.

¹⁰ PLANCHADELL GARGALLO/BELTRÁN MONTOLIÚ, RDPP, 2025.

¹¹ ALONSO RIMO, 2024, p. 111 ss.

2. Los principios básicos que deben guiar cualquier proceso restaurativo: especial referencia al principio de accesibilidad universal

La Recomendación del Consejo de Europa incorpora en su articulado una serie de principios básicos que deben guiar cualquier proceso restaurativo (Normas 6, 13 a 18). Entre estos principios fundamentales se encuentra la participación activa de las personas afectadas en la resolución del daño; la reparación, priorizando la restauración de la relación dañada frente a la mera respuesta punitiva; la voluntariedad del proceso, libre y revocable en cualquier momento, sin que ello genere consecuencias negativas para los intervinientes, en especial para las víctimas (victimización secundaria); el diálogo respetuoso, basado en la escucha y el entendimiento mutuo; el equilibrio e imparcialidad entre las partes; la adopción de acuerdos por consenso y la confidencialidad de lo tratado. Estos principios han sido incorporados al ordenamiento jurídico español a través del Estatuto de la Víctima del Delito y su reglamento y en la reforma de la LECrim de 2025, aunque con distinto alcance y desarrollo. En el Estatuto de la Víctima del Delito y su reglamento, la voluntariedad, la confidencialidad y el consentimiento informado se regulan como condiciones necesarias para la participación en procesos restaurativos, en la línea de lo indicado por la Recomendación. Asimismo, la prevención de la victimización secundaria (arts. 15 y 19) se corresponde con la directriz europea que pretende garantizar un entorno seguro y respetuoso para la víctima durante todo el procedimiento restaurativo. La LECrim, además de incorporar estos principios ya previstos en el Estatuto, introduce de forma expresa dos principios que resultan novedosos: el principio de oficialidad y el de gratuidad (DA 9.ª1 LO 1/2025)¹². Ambos principios no aparecen formulados como tales en la Recomendación CM/Rec (2018)⁸ aunque el de oficialidad puede deducirse de las Normas 18 y 19, mientras que el principio de gratuidad puede vincularse a lo previsto en la Norma 54. De este modo, al incorporar expresamente el principio de oficialidad se establece la idea de que la justicia restaurativa no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos (MASC), sino que forma parte integrante del proceso penal y que, por tanto, debe ser impulsada por autoridades judiciales y Fiscalía cuando resulte procedente. Se evita con ello la privatización del conflicto penal, vinculándose estrechamente con los derechos y deberes propios del proceso penal y asegurando que su desarrollo se somete a las mismas garantías procesales que rigen el enjuiciamiento de delitos. Por su parte, el principio de gratuidad, derivado del de oficialidad, implica

¹² OLLERO PERÁN, DII, 2025, p. 5 ss.

que la prestación de mecanismos restaurativos no puede suponer un coste para las partes dado que se concibe como un servicio público asumido por las administraciones competentes. Con ello se asegura el acceso universal para todas las víctimas y personas ofensoras que, de manera voluntaria, deseen participar.

No obstante, al margen de estas consideraciones, conviene destacar, por su especial relevancia, el principio de accesibilidad universal (Normas 6 y 18 de la Recomendación). Este principio implica que los mecanismos de justicia restaurativa pueden aplicarse a cualquier tipo de delito y en cualquier fase del proceso penal, garantizando que su alcance no quede limitado ni por la naturaleza del delito ni por el momento procesal en que se soliciten¹³. Esta última consideración abre inevitablemente el debate de si la justicia restaurativa debe aplicarse a todos los delitos, con independencia de su gravedad. Creo que como argumento a favor se puede esgrimir el hecho de que todas las víctimas, con independencia de la gravedad de la infracción, merecen ser escuchadas y atendidas en sus necesidades emocionales, de reconocimiento y de reparación, ámbitos en los que el proceso penal tradicional resulta insuficiente¹⁴. Se debe tener en cuenta, además, que la gravedad del delito no excluye la posibilidad de reparación, ya que la justicia restaurativa no sustituye al castigo penal, sino que lo complementa mediante un ejercicio de responsabilidad y compromiso con la reparación del daño. Este enfoque, además, devuelve protagonismo y dignidad a la víctima y reduce el riesgo de revictimización al evitar un proceso judicial hostil y favorece la no reiteración, pues puede propiciar cambios profundos incluso en personas responsables de delitos graves. No puede obviarse en este debate la existencia de argumentos que rechazarían la extensión de la justicia restaurativa a la esfera de los delitos de mayor gravedad. Así, la aplicación de la justicia restaurativa a cualquier tipo de delito puede generar el riesgo de que el infractor utilice el proceso con fines estratégicos y reducir con ello la pena sin asumir una verdadera responsabilidad por el daño originado. Se advierte también del peligro de desigualdad y revictimización en casos de fuerte desequilibrio de poder. Del mismo modo, se puede subrayar que una aplicación generalizada de la justicia restaurativa podría generar un rechazo social si se percibe como una respuesta indulgente frente a la comisión de un delito

¹³ De este modo, tal y como se recoge en la Norma 6, la justicia restaurativa puede asociarse a la suspensión del arresto, los cargos o el enjuiciamiento, también utilizarse junto con una medida policial o judicial, aplicarse antes o paralelamente al enjuiciamiento, tener lugar entre la condena y la sentencia, constituir parte de una sentencia o, finalmente puede aplicarse después de dictar o completar una sentencia. Igualmente se establece que las remisiones a la justicia restaurativa pueden ser realizadas por organismos de justicia penal y autoridades judiciales o pueden ser solicitadas por las mismas partes. Tal y como se dispone en la Norma 18, se recomienda que la aplicación de la justicia restaurativa no esté limitada por la gravedad del delito.

¹⁴ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, 2025, p. 144.

grave, debilitando con ello la confianza en el sistema penal. Igualmente, podría argumentarse que, sin un reconocimiento genuino del daño ni una disposición real al cambio, la justicia restaurativa pierde su sentido e incluso agrava la experiencia de las partes implicadas. En mi opinión, no resulta del todo razonable adoptar una solución estrictamente dicotómica entre permitir o prohibir la justicia restaurativa para determinados delitos. Desde esta perspectiva, no se excluiría de antemano ningún tipo de infracción, pero cada caso debería someterse a una evaluación rigurosa antes de iniciar el proceso. Esta evaluación tendría que constatar la existencia de una voluntariedad auténtica de todas las partes, la asunción real y consciente de responsabilidad por parte del infractor, la plena garantía de seguridad para la víctima y la disponibilidad de personas facilitadoras cualificadas, junto con las condiciones materiales y procedimentales necesarias para desarrollar el proceso de forma eficaz y respetuosa.

Partiendo de estas consideraciones teóricas, el siguiente paso será analizar cómo ha sido acogida en la normativa española esta recomendación de la accesibilidad universal de la justicia restaurativa. En el Estatuto de la Víctima del Delito y su reglamento el acceso a la justicia restaurativa queda condicionado a que no exista riesgo para la víctima y a que no esté prohibido legalmente (art. 15.1. e). Aunque no se mencionan expresamente las fases del proceso en las que puede aplicarse, el artículo 3 reconoce el derecho de la víctima a participar en cualquier momento a lo largo del procedimiento penal e incluso después de su conclusión. Asimismo, el artículo 3.1 establece la prohibición expresa de la mediación y la conciliación en los casos de violencia de género y violencia sexual, modificado por LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantías integral de la libertad sexual. Por su parte, en la nueva LECrim (DA 5.^a LO 1/2025) se prevé la posibilidad de derivar a justicia restaurativa en cualquier fase del proceso penal, investigación, enjuiciamiento o ejecución¹⁵, salvo que exista prohibición legal. Así, el órgano judicial debe valorar las circunstancias de hecho, de la persona investigada o condenada y de la víctima antes de acordar la derivación. Un aspecto relevante de la nueva regulación es que, a partir de 2025, la remisión puede acordarse de oficio o a instancia de parte con cobertura legal expresa. La reforma de la LECrim consolida así, por primera vez, esta posibilidad en el marco normativo estatal. Como señala Ollero Perán¹⁶, el carácter participativo de la justicia restaurativa cuenta ya con un indudable anclaje legal, dándoles la oportunidad a víctima y victimario de ser protagonistas del modo en que consideran que debe hacerse justicia en su caso

¹⁵ Por lo que respecta a la aplicación de la justicia restaurativa en fase de ejecución v. específicamente CERVELLÓ DONDERIS, e-Eguzkilore, 2022, p. 2 ss.

¹⁶ OLLERO PERÁN, DII, 2025, p. 6.

particular. Si la solicitud parte de alguna de las partes, el juez sólo podrá denegarla mediante resolución motivada y por razones extraordinarias. Se mantiene, en todo caso, la prohibición expresa de mediación en supuestos de violencia de género establecida en la LO 1/2004¹⁷.

La prohibición taxativa de mediación en los casos de violencia de género y violencia sexual establecida en el derecho español genera un conflicto con los principios internacionales de justicia restaurativa que promueven el acceso de las víctimas a procesos seguros, voluntarios y reparadores. Uno de los fundamentos invocados para mantener la prohibición se basa en una interpretación del Convenio de Estambul que asimila su mandato a la exclusión total de métodos alternativos de resolución de conflictos. El Convenio, en realidad, lo que prohíbe es el recurso obligatorio a dichos métodos¹⁸, pero no impide que puedan utilizarse de forma voluntaria. Sin embargo, la legislación española adopta una lectura más restrictiva que conduce a su veto absoluto. Otro argumento utilizado para justificar la prohibición es el vinculado con una política de protección reforzada a las víctimas, que parte de reconocer la profunda asimetría de poder presente en los delitos de violencia de género y sexual¹⁹. Desde esta perspectiva, el proceso restaurativo podría suponer un riesgo añadido para la víctima al generar un espacio de interacción que podría reproducir o incluso intensificar la desigualdad estructural existente entre agresor y víctima. Nos encontramos, a mi juicio, ante un planteamiento evidentemente paternalista en tanto que presupone que las mujeres no pueden decidir por sí mismas si participar o no en un proceso restaurativos. Desde una perspectiva de igualdad de género, la verdadera igualdad no radica en restringir opciones «para proteger», sino en garantizar que las mujeres puedan acceder a todos los mecanismos de justicia en condiciones de seguridad e igualdad. Además, la prohibición contribuye a fomentar un posicionamiento excesivamente centrado en el castigo, bajo la premisa de que todas las víctimas desean la vía punitiva, cuando en realidad muchas buscan ser escuchadas y obtener una reparación significativa. Asimismo, la prohibición tiende a invisibilizar la diversidad de la realidad de la violencia de género, ignorando que las experiencias y necesidades de las víctimas son múltiples y heterogéneas. En mi opinión, la alternativa al veto en los casos de violencia de género y sexual pasaría por diseñar procesos restaurativos específicamente adaptados a estos delitos, con personas facilitadoras especializadas en este tipo de violencias, garantizando

¹⁷ Art. 44.5: «En todos estos casos está vedada la mediación».

¹⁸ ALONSO RIMO, RGDE, 2024, p. 106 ss.

¹⁹ Exponiendo detalladamente los argumentos esgrimidos en contra de la mediación en el ámbito de la violencia de género, v. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, RPM, 2016, p. 230.

en todo caso la prestación de un consentimiento informado y la ausencia de cualquier presión, adoptando un enfoque prioritario basado en el empoderamiento y recuperación de la víctima. Cerrar de forma absoluta la puerta a toda modalidad de justicia restaurativa tensiona los estándares internacionales y priva a las víctimas de la posibilidad de elegir procesos seguros, empoderadores y reparadores.

Al margen de estas consideraciones, sobre la base del veto de la mediación en la violencia de género y sexual, lo cierto es que la aplicación práctica de la justicia restaurativa en España muestra, sin embargo, una marcada tendencia a centrarse en delitos de menor gravedad. Los datos disponibles de los servicios de justicia restaurativa que concentran la mayor parte de las experiencias desarrolladas en nuestro país, principalmente en Cataluña, País Vasco y Navarra, apuntan claramente en esta dirección²⁰.

3. La necesidad de establecer una base jurídica adecuada

1. DE LA RECOMENDACIÓN EUROPEA A LA REFORMA PROCESAL DE 2025

La Recomendación CM/Rec (2018)8 subraya la importancia de contar con una base jurídica clara cuando la justicia restaurativa se utilice en el marco del proceso penal o pueda afectar al enjuiciamiento (Normas 21 a 24). Además, se insiste en la necesidad de establecer políticas de funcionamiento que regulen la derivación de casos a justicia restaurativa y la gestión posterior de los mismos, así como el respeto a las garantías procesales. De este modo se destaca que las partes deben ser informadas sobre los procedimientos para presentar reclamaciones y, cuando sea necesario, tener acceso a servicios de traducción o asistencia jurídica. Estas normas también prevén la protección específica de menores, al considerar que si participan en procesos restaurativos se les deben reconocer las mismas garantías que en los procedimientos judiciales para adultos. Cabe incidir, por lo que respecta a esta última cuestión, que estas previsiones ya se encuentran recogidas en la legislación española. La LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) ofrece un ejemplo consolidado de base jurídica para la justicia restaurativa. En esta LO se contemplan dos manifestaciones claras de justicia restaurativa: al inicio del procedimiento el artículo 19 LORPM preve la conciliación entre víctima y persona infractora, seguida de un compromiso reparador como causa

²⁰ ALONSO RIMO, 2024, p. 108 ss.

que, bajo determinadas condiciones, puede determinar el sobreseimiento del expediente incoado. Igualmente, tras la sentencia se permite el levantamiento de la medida impuesta al menor si el acto reparador y el tiempo cumplido expresan suficientemente el reproche que merece el hecho cometido (art. 51.3).

En el ordenamiento jurídico español, la justicia restaurativa en adultos solo dispone de una base legal sólida desde la reforma de la LECrim operada por la LO 1/2025 (DA 9.^a). Con anterioridad, el Estatuto de la Víctima, en su ley y reglamento, ya reconocía principios y derechos vinculados a este ámbito, pero sin precisar su incidencia en el proceso penal ni regular los efectos que podía producir. De este modo, la reforma operada en el año 2025 viene a colmar este vacío procesal. Hasta entonces, las iniciativas de justicia restaurativa, aunque respaldadas por el Estatuto de la Víctima, carecían de un marco procesal que determinara su alcance en el procedimiento penal²¹. En la práctica su funcionamiento dependía de protocolos voluntarios, asumidos o rechazados por los órganos judiciales, lo que provocaba una falta de uniformidad y cierta inseguridad jurídica²².

La reforma de 2025 introduce, a mi modo de ver, tres aspectos clave en la regulación de la justicia restaurativa: 1.º) La determinación de los efectos procesales del acuerdo restaurativo, estableciendo con claridad su incidencia en el procedimiento penal; 2.º) La interrupción del plazo de prescripción en los delitos leves cuando las partes se sometan a un proceso de justicia restaurativa y 3.º) La fijación de un plazo para el desarrollo del proceso restaurativo. Con la incorporación de la DA 9.^a, la reforma aporta un marco común que otorga seguridad jurídica y homogeneidad en la aplicación de la justicia restaurativa. Además, esta previsión no sólo facilita un funcionamiento más uniforme de los servicios, sino que también ayuda a neutralizar muchas de las resistencias que hasta ahora dificultaban su incorporación al proceso penal. No obstante, la reforma corre el riesgo de convertirse en un mero brindis al sol si las administraciones públicas con competencias en medios materiales no asumen el compromiso de implantar servicios de justicia restaurativa de calidad, capaces de garantizar que las previsiones legales se traduzcan en una aplicación real, homogénea y efectiva en todo el territorio. Conviene señalar que la LO 1/2025 no establece un plazo específico para la puesta en marcha de los servicios públicos de justicia restaurativa.

²¹ En la Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, no se hace referencia evidentemente al impacto de la justicia restaurativa en el proceso penal, aunque sí se contempla su papel en la fase de ejecución de sentencia, al mencionarse los diálogos restaurativos penitenciarios y la coordinación con la ejecución penal (arts. 19 y 24).

²² OLLERO PERÁN, DII, 2025, p. 3.

No obstante, al integrarse en el procedimiento penal resulta imprescindible que estén operativos, ya sea mediante la incorporación de esta función en los servicios existentes o mediante la creación de nuevas unidades específicamente destinadas a tal fin²³.

Sin embargo, cabe señalar que tras la DA 9.^a subsisten numerosas dudas sin resolver. Entre ellas, destaca la cuestión de quién debe participar en el procedimiento cuando la víctima es menor de edad, si ha de hacerlo directamente, si debe intervenir su representante o si procede aplicar lo previsto en el artículo 19 LORPM. También genera interrogantes la situación de las personas con discapacidad, en cuyo caso podría ser necesaria la asistencia de su representante²⁴.

2. LOS EFECTOS PROCESALES DEL ACUERDO RESTAURATIVO

De acuerdo con la DA 9.^a9 (LO 1/2025), el acuerdo restaurativo alcanzado deberá ser evaluado por el órgano judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, las partes personadas y la víctima. Tras esta valoración y según el tipo de delito y la fase procesal, el juez podrá: 1. Archivar la causa en delitos leves, si se han cumplido los acuerdos alcanzados conforme al artículo 963 LECrim. 2. Acordar el sobreseimiento en delitos privados o en aquellos en los que el perdón extinga la responsabilidad penal, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas. 3. Concluir la instrucción y remitir el procedimiento al órgano competente para la celebración de un juicio de conformidad (arts. 655 y 787 ter LECrim). 4. Seguir los trámites del juicio de conformidad si la causa ya se encuentra en fase de enjuiciamiento, incorporando en la sentencia los acuerdos alcanzados y 5. Suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, fijando las condiciones, medidas u obligaciones atendiendo al resultado del proceso restaurativo o bien determinar el contenido de los trabajos en beneficio de la comunidad. En este último sentido, tal y como señala Aguilera Morales, en esta reforma se ha desaprovechado la oportunidad de establecer que el acuerdo restaurativo en fase de ejecución pueda tomarse en consideración para la clasificación inicial del penado, la concesión de permisos penitenciarios e incluso para acordar la libertad condicional (art. 90.2 CP)²⁵.

²³ PLANCHADELL GARGALLO/BELTRÁN MONTOLIÚ, RDPP, 2025.

²⁴ AGUILERA MORALES, 2025, p. 600.

²⁵ AGUILERA MORALES, 2025, p. 608.

4. El funcionamiento de la justicia penal con relación a la justicia restaurativa

Desde un prisma jurídico, es relevante analizar dos normas de la Recomendación del Consejo de Europa (Norma 31 y 34)²⁶ que vinculan la justicia restaurativa con el funcionamiento de la justicia penal y que tienen conexión con la necesidad de establecer plazos razonables en el procedimiento y el impacto que tiene la justicia restaurativa a efectos de interrupción del proceso penal. Ambas recomendaciones han encontrado su acogida en la DA 9.^a de la LO 1/2025.

1. LA FIJACIÓN DE UN PLAZO PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO RESTAURATIVO

La Norma 31 de la Recomendación CM/Rec (2018)8 establece que las derivaciones a justicia restaurativa deben tener un plazo razonable de seguimiento. Novedosamente la DA 9.^a6 de la LO 1/2025 establece un plazo máximo de 3 meses, prorrogables durante otros 3 meses, para el desarrollo de todo el proceso restaurativo. El establecimiento de un plazo máximo para el desarrollo del proceso restaurativo introduce ventajas relevantes desde la perspectiva procesal y de garantía de derechos. En primer lugar, aporta seguridad a las partes al delimitar temporalmente un período que, de otro modo, podría prolongarse indefinidamente. Además, contribuye a la efectividad del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), evitando con ello que la derivación a justicia restaurativa genere paralizaciones o retrasos irrazonables en la tramitación de la causa. Por último, limita los riesgos de revictimización derivados de procedimientos excesivamente dilatados, preservando así la utilidad y finalidad propia de la justicia restaurativa.

La DA 9.^a6 autoriza además a los equipos de justicia restaurativa, una vez acordada la remisión, a acceder al contenido del procedimiento judicial. En opinión de Ollero Perán esta cuestión es de suma importancia, dado que ello permi-

²⁶ Norma 31. La decisión de remitir un caso penal a la justicia restaurativa, si ello se realiza con vistas a interrumpir los procedimientos judiciales si se llega a un acuerdo, debe ir acompañada de un plazo razonable en el que se debe informar a las autoridades judiciales sobre el estado del proceso de justicia restaurativa.

Norma 34. Las decisiones, por parte de las autoridades judiciales, de interrumpir los procesos penales porque se ha llegado a un acuerdo para aplicar la justicia restaurativa y esta se ha completado con éxito deben poseer el mismo estatus que las decisiones tomadas por otros motivos, que, según la legislación nacional, tienen el efecto de interrumpir los procesos penales contra las mismas personas, con respecto a los mismos hechos y en el mismo Estado.

te a los equipos conocer las circunstancias en las que se produjeron los hechos y realizar un adecuado diagnóstico de las posibles necesidades de las partes²⁷. Todo este proceso estaría, a su juicio, orientado a un fin determinado, explícito y legítimo amparado por la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. No comparte la misma opinión Aguilera Morales²⁸, al poner de manifiesto la tensión existente entre el principio de confidencialidad como fundamento básico de la justicia restaurativa y el hecho de que la DA 9.ª6 permita al equipo restaurativo acceder de forma absoluta al contenido del procedimiento, sin distinguir fase procesal ni naturaleza de las actuaciones. En su opinión, esto entra en conflicto con la reserva de la instrucción (art. 301 LECrim) y el secreto sumarial (art. 302 LECrim) y abre un acceso a información posiblemente irrelevante para su labor. Además, prosigue esta autora, este acceso se concede incluso antes de que víctima y encausado hayan otorgado su consentimiento, lo que califica como un despropósito desde la óptica de la protección de datos. Frente a las objeciones formuladas cabe oponer que, en el ámbito de la justicia restaurativa, el principio de confidencialidad se formula generalmente en términos de garantizar que la información compartida durante el proceso restaurativo, ya sea por las partes o por las personas facilitadoras, no se divulgue fuera del marco estrictamente necesario para su desarrollo (art. 15.2 del Estatuto de la Víctima del Delito). En mi opinión, son dos las razones por las que el acceso del equipo de justicia restaurativa al contenido del procedimiento penal no vulneraría este principio: en primer lugar, porque no son ajenos al mismo. El equipo actúa como un sujeto vinculado institucionalmente al proceso penal y es una parte funcionalmente integrada en el desarrollo del procedimiento. En segundo lugar, porque existe una finalidad legítima y proporcional. De este modo, el acceso se justifica en la medida en que resulta necesario para orientar el desarrollo del procedimiento restaurativo, respetando en todo momento las limitaciones (por ejemplo del secreto sumarial) que prevalecería sobre dicho acceso. Por último, entiendo que en todo caso la derivación o remisión a la justicia restaurativa, bien de oficio o solicitada por las partes, habrá de acordarse con el consentimiento previo, libre e informado de las partes intervinientes, por lo que la voluntariedad no se vería comprometida en este sentido. Resulta evidente que cuando la derivación es solicitada por las partes la voluntariedad está fuera de toda duda. Sin embargo, en aquellos casos en los que la derivación se tramita de oficio la situación adopta un

²⁷ OLLERO PERÁN, DII, 2025, p. 6.

²⁸ AGUILERA MORALES, 2025, p. 601 ss.

cariz distinto, dado que puede existir el riesgo de que la propuesta judicial se perciba como una presión dirigida hacia las partes. Por ello, entiendo que sería indispensable una fase previa de información dirigida a las partes para confirmar que realmente consienten, al estilo por ejemplo de que el órgano judicial proponga o invite a considerar la derivación, pero exigiéndose con posterioridad expresamente la aceptación de las partes antes de dictar la resolución.

2. LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS LEVES

La DA 9.^a *in fine* dispone que «el sometimiento a justicia restaurativa en el proceso por delitos leves interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal». Esta novedosa referencia normativa implica que, en los casos de delitos leves, el plazo de prescripción que es de un año (art. 132.2 CP) queda interrumpido durante la tramitación de la derivación a los servicios de justicia restaurativa. Esta previsión adquiere especial relevancia debido a la brevedad del plazo de prescripción en este tipo de delitos²⁹. Este plazo tan exiguo puede generar muchas reticencias a derivar estos casos a programas de justicia restaurativa, ya que durante la tramitación del procedimiento restaurativo podría transcurrir ese año y quedar el delito prescrito, impidiendo su enjuiciamiento. El reconocimiento expreso de la interrupción del plazo de prescripción evidencia un efecto muy positivo: evitar que la derivación a justicia restaurativa se desincentive por el riesgo de extinción de la responsabilidad penal, lo que a su vez neutraliza posibles reticencias del órgano judicial a acordar el reenvío en casos de delitos leves. No obstante, cabe señalar que incluso acordada la derivación, el órgano judicial debe continuar practicando las diligencias esenciales destinadas a verificar la existencia de indicios de delito. En consecuencia, la interrupción afecta únicamente al cómputo de la prescripción, sin suponer la suspensión de la tramitación del procedimiento penal.

5. El funcionamiento de los servicios de justicia restaurativa

Las Normas 36 a 53 de la Recomendación del Consejo de Europa abordan el funcionamiento de los servicios de justicia restaurativa. Me interesa especialmente, por su trascendencia, hacer referencia al perfil y la formación

²⁹ AGUILERA MORALES, 2025, p. 604 ss. Para la autora no resulta comprensible que la DA 9.^a no haya atribuido idéntico efecto interruptivo a los delitos de injurias y calumnias, cuyo plazo de prescripción es igualmente de un año (art. 131.1 CP).

inicial y continua necesaria que deberían acreditar las personas facilitadoras, concretamente sobre el conflicto, las víctimas, los ofensores y el sistema penal (Norma 42). Cabe destacar, precisamente por su ausencia, que ni el Estatuto de la Víctima ni tampoco la DA 9.^a de la LO 1/2025 hacen referencia alguna a esta importante cuestión. En ninguno de estos textos se establecen requisitos de formación o acreditación profesional para quienes intervienen en procesos restaurativos³⁰. Esta omisión no es menor, sino que resulta especialmente relevante, dado que la regulación de los requisitos de formación y acreditación profesional de quienes actúan como facilitadores constituye una condición necesaria para garantizar la calidad, la seguridad jurídica y la adecuada protección de las partes en los procesos restaurativos.

IV. RETOS PENDIENTES

La reforma operada por LO 1/2025 ha supuesto un avance significativo al incorporar por primera vez una regulación procesal específica de la justicia restaurativa en el ámbito penal de adultos. Entre las principales novedades destacan la determinación de los efectos procesales del acuerdo restaurativo en función de la fase y naturaleza del delito; el reconocimiento expreso de la interrupción del plazo de prescripción en los delitos leves, evitando que este breve lapso desincentive la derivación; la fijación de un plazo máximo de 3 meses, prorrogables por otros 3, para su desarrollo, aportando seguridad jurídica y previniendo dilaciones indebidas y la posibilidad de acordar la remisión en cualquier fase del proceso penal, de oficio o a instancia de parte, con obligación de motivar la denegación. Asimismo se amplían los principios rectores, incorporando a los ya previstos en el Estatuto de la Víctima (voluntariedad, confidencialidad y consentimiento informado) los principios de oficialidad y gratuidad.

Sin embargo, muchos de los retos que planteaba Tamarit Sumalla, allá por el año 2018, todavía siguen estando pendientes³¹. Persiste la falta de sistematicidad normativa, con una regulación dispersa entre normativas sustantivas, procesales y penitenciarias que genera solapamientos y dificultades para su aplicación uniforme. Esta situación evidencia la necesidad de aprobación de una ley estatal de justicia restaurativa que establezca una base jurídica coherente en todo el territorio, integre aspectos sustantivos procesales y organizativos y reconozca expresamente todos los modelos restaurativos, evitando limi-

³⁰ Así, v. artículo 17 de la Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo.

³¹ TAMARIT SUMALLA, RdV, 2018, p. 183 ss.

tar su alcance a la mediación penal. No podemos olvidar que, en la práctica, la mediación sigue siendo la modalidad casi exclusiva, con una aplicación residual de otras fórmulas como conferencias o círculos, y una marcada concentración en delitos leves, lo que reduce su presencia en delitos graves o de violencia estructural. Ello requiere abrir un debate informado y garantista sobre su viabilidad en casos complejos, incluidos los de violencia de género, incorporando una perspectiva internacional y de género³² y explorando diseños seguros y adaptados a estas realidades. A estas limitaciones se suma la ausencia de requisitos de formación inicial y continua para las personas facilitadoras y de criterios homogéneos de acreditación profesional, así como la falta de una formación específica para operadores jurídicos en esta materia.

Por último, la efectividad del nuevo marco normativo dependerá de que las administraciones competentes doten a los servicios de justicia restaurativa de los recursos humanos y materiales necesarios, garantizando su calidad, accesibilidad y cobertura homogénea en todo el territorio. En definitiva, el potencial transformador de la justicia restaurativa exige un compromiso político sostenido que la consolide como un verdadero derecho universal y no como un privilegio ocasional o un mero instrumento funcional del sistema penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien: *La «nueva regulación» de la Justicia Restaurativa*, en *La Justicia en España tras la Ley Orgánica de Eficiencia: nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, Pamplona, 2025, pp. 585-612.
- ALONSO RIMO, Alberto: *El diálogo como Derecho. Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Madrid, 2024.
- *¿No tiene derecho a una reparación integral las víctimas de violencia de género y de delitos sexuales? La prohibición de mediación penal en esas infracciones a la luz de los estándares europeos*, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 63, 2024, pp. 106-120.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Elementos restaurativos del cumplimiento penitenciario*, e-Eguzkilore, núm. 7, 2022, pp. 1-24.
- FRANCÉS LECUMBERRI, Paz: *¿Qué género en la intervención restaurativa? Claves para la aplicación de la perspectiva de género en procesos restaurativos*, *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, núm. 23, 2022, pp. 1-24.

³² FRANCÉS LECUMBERRI, CPyP, 2022, p. 6 ss.

- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: *La justicia restaurativa: reflexiones sobre su integración en el proceso penal*, en *La optimización de la Justicia: reflexiones sobre la eficiencia procesal*, 2025, Madrid, pp. 135-146.
- OLLERO PERÁN, Jorge Elías: *Apuntes sobre la importancia de la primera regulación procesal de la justicia restaurativa en España*, *Diario La Ley*, núm. 10645, 2025, pp. 1-7.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea/BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana: *Proceso penal, eficiencia y agilización del Servicio Público Justicia: ejes de la reforma*, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 77, 2025 (on line).
- TAMARIT SUMALLA, Josep María: *La justicia restaurativa en España ¿qué impacto puede tener la Recomendación?*, *Revista de Victimología*, núm. 8, 2018, pp. 181-184.
- VARONA MARTÍNEZ, Gemma/TAMARIT SUMALLA, Josep María: *Introducción. Sección especial: La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España*, *Revista de Victimología*, núm. 8, 2018, pp. 125-127.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: *La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la prohibición de la mediación penal en casos de violencia de género en México*, *Revista Penal México*, núm. 10, 2016, pp. 227-238.

8. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL E INTERPRETACIÓN FAVOR REI. UN APUNTE RECORDATORIO SOBRE LOS LÍMITES EX ARTÍCULO 25.1 CE A LA INTERPRETACIÓN PENAL

MARÍA MARTÍN LORENZO¹
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 25.1 CE, *WORK IN PROGRESS*

El desarrollo de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el derecho a la legalidad penal comienza a elaborarse ya en los inicios de su andadura. La STC 8/1981 afirma en su fundamento tercero que el principio homónimo se constitucionaliza en el artículo 25.1 CE e implica la exigencia de previsión en una norma legislativa (de reserva absoluta de ley habla poco después la STC 15/1981, FJ 7) que tipifique la acción u omisión y esté vigente al tiempo de realizarse la conducta. La STC 133/1987 emplea por primera vez la habitual fórmula latina y se refiere a la existencia de una ley (*lex scripta*) anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), «lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador» (FJ 4)². Sin em-

¹ El trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2024-160433NB-I00, que lleva por título «La transformación del contenido y el significado de los derechos fundamentales a la luz de los nuevos contextos sociales y políticos».

² Un recorrido sobre tal desarrollo inicial, no solo descriptivo sino también valorativo, en HUERTA TOCILDO, *REDC*, 1993, pp. 86-112.

bargo, en lo que se refiere a los límites constitucionales de la interpretación judicial, no es hasta los años noventa que el Tribunal Constitucional se despegaba de una posición de extraordinaria deferencia con la jurisdicción ordinaria en la que se abstiene de revisar la aplicación judicial de las leyes penales, por entender que la operación de interpretación y subsunción es una estricta cuestión de legalidad ordinaria –no constitucional– que corresponde a los jueces y tribunales³. En esa evolución se llega a la STC 137/1997, donde se fijan los conocidos criterios para dirimir la constitucionalidad de una interpretación por suponer una «ruptura de la sujeción a la ley». Se identifica así la vulneración del principio de legalidad con su falta de razonabilidad por resultar imprevisible para sus destinatarios, «sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente» (FJ 7). Sobre ello volveré.

No se trata, sin embargo, de un diseño cerrado. No solo porque la realidad jurídica, tanto en la creación como en la aplicación del Derecho penal, plantea supuestos inéditos que obligan a testar la doctrina constitucional y, en su caso, a enriquecer o adaptar el contenido iusfundamental de que se trate. También porque el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución puede aclarar o cambiar su doctrina sobre un derecho fundamental. Y puede hacerlo, desde luego, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, pero también impulsado por los pronunciamientos de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales de los derechos humanos a los que se refiere el artículo 10.2 CE⁴. Las nuevas resoluciones enriquecen la doctrina constitucional no solo cuando se ocupan de aspectos verdaderamente novedosos que no habían sido tratados antes por la jurisprudencia constitucional, también al abordar cuestiones que ya contaban con precedentes, pero en las que el canon constitucional se perfila precisamente a partir de las características del caso y la selección de los elementos relevantes desde la perspectiva del derecho. En lo que atañe al derecho a la legalidad penal, así ocurre en particular al someter las normas y las decisiones judiciales al tamiz de las garantías de taxatividad y tipicidad.

³ Vid. en extenso, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2009, pp. 113-130.

⁴ Buen prueba de lo consciente que es el Tribunal Constitucional del carácter inacabado de la labor de definición de los contenidos iusfundamentales así como del dinamismo que impulsa su labor interpretativa es que todas estas situaciones se reconocen en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.a) y b), como motivos acreditativos de la especial trascendencia constitucional que los recursos de amparo deben presentar para ser admitidos más allá de la verosimilitud de la lesión constitucional que en ellos se denuncia [art. 50.1.b) LOTC].

El repaso por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de los últimos cinco años muestra que sigue ocupándose del derecho a la legalidad penal, tanto en los procedimientos de control abstracto de normas como en los recursos de amparo. También revela que muchos de ellos han alcanzado una notoriedad muy superior a la que habitualmente suscitan sus resoluciones y han sido objeto de especial atención, cuando no de debates intensos. En gran medida los casos de origen ya contaban con una atención inusual, pero factores como la división de opiniones en el seno del órgano constitucional evidenciada en los votos particulares o que se vean cuestionadas decisiones del Tribunal Supremo contribuyen a la mencionada visibilidad y polémica.

Para ilustrar la anterior apreciación basta con recordar, en el ámbito del control de constitucionalidad de la ley penal⁵, la STC 169/2021, que avaló la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, aunque realizó una interpretación conforme para garantizar la taxatividad respecto a las causas de revocación de la suspensión y la posibilidad de ulteriores peticiones de suspensión. O la STC 137/2025, que resuelve el primer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, descartando que se vea lesionado e incluso concernido el artículo 25.1 CE (FJ 5.3), aspecto que, por lo demás, no parece haber centrado la polémica.

En procesos de amparo han merecido considerable atención pública, además de académica, las sentencias que resolvieron los diversos recursos formulados por los condenados por el Tribunal Supremo por su participación en el llamado «Procés», en las que se rechazó que las condenas por delitos de sedición o de malversación hubieran incurrido en las diversas vulneraciones del artículo 25.1 CE alegadas en las demandas⁶. O la STC 133/2021, que asimismo negó que se hubiera infringido el derecho a la legalidad penal en el caso «Aturem el Parlament», descartando que se hubiera condenado a varios manifestantes por sus acciones «coercitivas» sobre parlamentarios en el marco de las protestas de 2011 contra la política de recortes de la Generalitat durante la crisis con base en una interpretación analógica o extensiva del tipo del artículo 498 CP o de forma desproporcionada. O las sentencias que, por el contrario, apreciaron la lesión del derecho a la legalidad penal por considerar parcialmente imprevisibles las condenas en la «pieza específica» del caso «de los ERE» por delito de cohecho (por todas, STC 93/2024, FJ 4), ya que la in-

⁵ JIMÉNEZ SEGADO, LLP, 2025, pp. 4-12 efectúa un recorrido por el control realizado por el Tribunal Constitucional del Código Penal de 1995.

⁶ SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11; 121/2021, FJ 12; 122/2021, FJ 10; 184/2021, FJ 12; 45/2022, FJ 14; 46/2022, FJ 12, y 47/2022, FJ 8.

interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal no se corresponde con una interpretación de los elementos típicos comúnmente aceptada por la comunidad jurídica, es incompatible con el sistema institucional y constitucional y estatutariamente previsto e incurre en manifiestas quiebras lógicas en la argumentación, con la consecuencia de determinar la imprevisibilidad de la subsunción de ciertas conductas de disposición en la malversación (por todas, SSTC 94/2024, FJ 5, y 95/2024, FJ 3).

Las consecuencias jurídicas del delito también han tenido protagonismo en la jurisprudencia constitucional última. En la línea de resoluciones mediáticas y polémicas se cuenta aquí sobre todo la STC 8/2024, caso «Alberto Rodríguez», que apreció una vulneración del artículo 25.1 CE fruto del entendimiento del artículo 71.2 CP por parte del Tribunal Supremo que postulaba la pervivencia de la pena de prisión obligatoriamente sustituida y, con ella, la de la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, que se juzga contrario al soporte axiológico impuesto por el principio de proporcionalidad y la orientación material de la norma.

No es factible abordar aquí la tarea de ahondar en el significado y el enriquecimiento que las decisiones referidas (y otras⁷) suponen en el cuerpo de doctrina constitucional sobre el artículo 25.1 CE. Baste con constatar que se trata de una doctrina viva. Voy en cambio a detenerme en un pronunciamiento en sede de amparo, la STC 18/2021, de 15 de febrero, que, sin resolver una queja estricta de legalidad penal, sienta con total claridad que el principio *favor rei* carece de sostén constitucional como criterio de interpretación de los preceptos penales. Nada, me parece, que no se siguiera de la jurisprudencia sobre los límites del control constitucional de la aplicación de la ley penal por el juez *ex* artículo 25.1 CE, pero que, según creo, no se había manifestado *expressis verbis* con anterioridad. Dada la simpatía que ese principio suscita normalmente en el intérprete penal y su cierta raigambre en la jurisprudencia⁸, ofrece un punto de partida atractivo para recordar los límites constitucionales a la exégesis penal.

⁷ No he pretendido con la exposición anterior reflejar un inventario no ya detallado, sino completo, de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se ve concernido el derecho a la legalidad penal, solo dar noticia del protagonismo que sigue teniendo el artículo 25.1 CE en los procesos constitucionales.

⁸ FERRERES COMELLAS, 2002, pp. 125-130, ofrece un recorrido ilustrativo sobre el papel del principio o regla de la «interpretación estricta» en el Derecho americano, en la doctrina española y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o en Francia al tiempo de la obra, que muestra el «tirón» de este principio en la jurisprudencia, sobre todo como contrapeso a la imprecisión o amplitud de una norma, pero también que no se sigue siempre. Recientemente PÉREZ MANZANO/MÍNGUEZ ROSIQUE, 2025, p. 1095, apuntan que las interpretaciones en contra de reo «chocan con la sensibilidad mayoritaria entre los penalistas, en cuyas conciencias late el principio *in dubio pro reo*».

II. STC 18/2021: CASO MADRID ARENA

1. El caso en la jurisdicción ordinaria

El suceso origen del caso es bien conocido⁹. Diversos factores concurrentes determinaron que varios de los asistentes a una fiesta en el Pabellón Madrid Arena el 1 de noviembre de 2012 se vieran involucrados en una avalancha humana, que sepultó, entre otras personas, a una mujer de 18 años. Tras 20 minutos se consiguió rescatar a las víctimas, siendo llevada la joven a la enfermería del Pabellón, donde el demandante de amparo, médico de 77 años responsable del servicio sanitario del evento, no realizó un correcto diagnóstico de su situación de parada cardiorrespiratoria ni le practicó la adecuada reanimación cardiopulmonar. Se limitó a aplicar un breve masaje cardíaco y practicar tres descargas con el desfibrilador, que trajo de una ambulancia un técnico sanitario y con las indicaciones de este por no saber cómo funcionaba, entendiéndose erróneamente que la joven estaba muerta. La víctima herida fue después asistida por el Samur, que apreció que se encontraba en fibrilación ventricular, si bien no pudo recuperarla con la reanimación avanzada que practicó.

El médico fue absuelto en primera instancia (SAP Madrid, Sección Séptima, 488/2016, de 21 de septiembre) del delito del homicidio imprudente profesional por el que fue acusado¹⁰, pero condenado en casación (STS 805/2017, de 11 de diciembre) como autor de tal delito con base en un entendimiento distinto sobre el criterio de imputación objetiva del resultado a una omisión imprudente en orden a responder del mismo en comisión por omisión. Mientras que el tribunal de instancia parte de la llamada «teoría de la evitabilidad» y absuelve por entender que no consta que la asistencia sanitaria debida hubiera evitado con una probabilidad rayana en la certeza el fallecimiento, la Sala Segunda se inclina por la tesis del incremento del riesgo (por una variante poco exigente en cuanto al grado de disminución del riesgo) y aprecia que concurre, porque está probado que la falta de la correcta asistencia médica aumentó la posibilidad de que la víctima no pudiera recuperarse de las lesiones sufridas, afirmación incompatible, además, con que la muerte fuera inevitable.

Otros autores han defendido expresamente este principio desde diversos fundamentos: SARRABAYROUSE, 2012, pp. 51-52; CATERINI, *RECHTD*, 2020, pp. 53-54.

⁹ En atención a los límites de espacio y a que el contenido de interés radica en la doctrina constitucional, las referencias al caso y la discusión en la jurisdicción penal serán mínimas, pero fácilmente ampliables mediante la lectura de la STC 18/2021, de 15 de febrero, objeto de análisis. Asimismo, para ilustrar sobre los problemas de imputación penal que se plantean, me remito a los trabajos de GIMBERNAT ORDEIG, 2016; HAVA GARCÍA, *InDret*, 2017, y BOLEA BARDON, *InDret*, 2018.

¹⁰ No se le acusó por omisión del deber de asistencia profesional.

2. El caso en la jurisdicción constitucional

La demanda de amparo formulada por el médico argumenta dos lesiones del artículo 24.2 CE en relación con la revocación de la absolución y la condena como autor de un homicidio imprudente por parte del Tribunal Supremo. El primer motivo sostiene que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías por no cumplirse las exigencias constitucionales para condenar en segunda instancia ¹¹. En el segundo, que aquí más interesa, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, principalmente por aplicarse una teoría que invierte la carga de la prueba y, ante una duda razonable, considera probados hechos en perjuicio del reo lesionando el principio *in dubio pro reo*.

El médico no planteó en su recurso de amparo una queja de vulneración del artículo 25.1 CE en la que discutiera que la concepción mantenida en la sentencia impugnada resulta incompatible con el tenor y sentido de los artículos 142 y 11 CP, que regulan el delito de homicidio imprudente en comisión por omisión. Por ello, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el concreto problema de legalidad penal de si es respetuoso con esos preceptos penales condenar por homicidio imprudente a un médico por omitir una actuación escasamente eficaz respecto al riesgo de muerte desencadenado por otros. Sin embargo, la STC 18/2021 sí identifica como aspecto clave para resolver y desestimar el recurso, la existencia de diferentes interpretaciones del tipo del delito de homicidio imprudente en comisión por omisión, en concreto, sobre la conformación del requisito de la conexión entre la conducta omisiva y el resultado [FJ 4 a)]. Y al hilo de tal premisa, efectúa consideraciones relevantes sobre el encaje constitucional de la divergencia doctrinal y en qué medida se ven concernidos los derechos a la presunción de inocencia y a la legalidad penal ¹².

3. Opciones interpretativas, presunción de inocencia y legalidad penal

El Tribunal tiene presente que la discrepancia implica que, «ante unos mismos hechos y, en particular, ante un determinado nivel de incertidumbre sobre la producción o evitación del resultado con la conducta correcta, la opción por una u otra posición dot[a] de significado típico o no a la conducta omisiva de un garante» [FJ 4 a)]. También que «podrá preferirse una con-

¹¹ Se defiende que la sentencia de casación habría variado los hechos probados, siquiera implícitamente, a partir de una revaloración de la prueba personal sin haber celebrado una vista pública que permitiera la reproducción de la prueba personal con la debida inmediación, así como dar audiencia al acusado.

¹² Así lo entiende SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2021, p. 405.

cepción u otra, podrá discutirse sobre su corrección dogmática y político-criminal e, incluso, sobre su respeto al derecho a la presunción de inocencia o su compatibilidad con las previsiones legales desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal». Pero considera indiscutible que «se trata de una cuestión estrictamente jurídica, en la que los elementos fácticos objetivos y subjetivos fijados en la sentencia de primera instancia, fruto de una práctica válida de la prueba y sobre los que ha podido pronunciarse el acusado, se subsumen o no en el tipo correspondiente en función del entendimiento de ese tipo». Dicho en breve, que la discusión sobre los elementos definidores del delito (aquí sobre el nexo entre omisión y resultado que exige el homicidio consumado) constituye un problema de calificación de los hechos, no de prueba sobre los hechos.

La consecuencia inmediata que se extrae de este planteamiento es que la falta de prueba de la evitación del resultado en caso de haber actuado diligentemente que echa en falta el demandante no resulta problemática desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (FJ 7)¹³, porque tal dato es trascendental desde una teoría de la evitabilidad, que concibe así el nexo normativo entre omisión y resultado, pero no desde una teoría del incremento del riesgo (o más bien, de la no disminución del mismo), que es por la que se inclina la Sala Segunda. Expresado como regla: no se plantea un problema de presunción de inocencia en relación con aquellas circunstancias o hechos que no se consideran relevantes en una determinada comprensión del tipo penal, aun cuando para otra tesis interpretativa sea trascendental.

Pero y si, como plantea el recurrente, ¿fuera la propia opción interpretativa del Tribunal Supremo respecto al criterio de imputación objetiva del resultado a una omisión imprudente la que *per se* lesiona el derecho a la presunción de inocencia? Para responder a esta pregunta, el Tribunal Constitucional trae (FJ 5) la doctrina sobre presunción de inocencia y aclara el sentido que debe

¹³ Esa consideración le sirve al Tribunal asimismo para descartar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías alegada en el primer motivo de amparo, porque, en tanto la condena se debe a «un estricto cambio de calificación jurídica a partir de los hechos probados y de la valoración realizada por la audiencia de la conducta del médico como gravemente imprudente, no era precisa la celebración de una vista pública con reproducción de pruebas personales y audiencia del acusado, siendo bastante que su letrado tuviera oportunidad de presentar por escrito los argumentos que estimó oportunos en su defensa, habiendo incluso informado al respecto en la vista celebrada en casación» (FJ 4 *in fine*), todo ello de conformidad con la jurisprudencia constitucional y del TEDH que cita. Este aspecto es el que discute el voto particular, que entiende que, si bien no se alteró el relato de hechos probados, existe una reconsideración global de cuestiones de hecho y de Derecho, en particular respecto a la calificación de la imprudencia como grave, que juzga contraria al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa (art. 24.2 CE) interpretado de consuno con la doctrina del TEDH. Crítico sobre el planteamiento del voto, JAÉN VALLEJO, *CPC*, 2021, pp. 312-314; afín, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2021, pp. 415-416.

darse a la queja del recurrente sobre el principio *in dubio pro reo*. Tres pronunciamientos son destacables¹⁴:

(i) El derecho a la presunción de inocencia tiene una «obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes».

(ii) «El tribunal ha incluido en la configuración constitucional de este derecho la interdicción de las presunciones de los elementos constitutivos del delito», sean *iuris tantum*, «que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el artículo 24.2 CE», sean *iuris et de iure*, «con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende».

(iii) El principio *in dubio pro reo* no puede entenderse como principio *favor rei* en la interpretación de las normas penales, de forma que hayan de dirimirse las posibles comprensiones de los preceptos o solventarse las dudas de subsunción con un criterio *pro reo*. Ni en su entendimiento habitual en la jurisprudencia constitucional como «perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial», carente en principio de protección en vía de amparo *ex* artículo 24.2 CE; ni en su traslación a la idea de duda razonable en términos intersubjetivos obstativa a la suficiencia de la prueba de cargo y, por tanto, lesiva de la presunción de inocencia. «Las opciones interpretativas deben decantarse con el instrumental hermenéutico al uso, siempre, por supuesto, con respeto a las exigencias de razonabilidad gramatical, metodológica y axiológica que impone el derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE», tal y como quedó fijado ya en la STC 137/1997.

A partir de tales aseveraciones se rechaza el reproche del recurrente a la tesis del aumento del riesgo de «que opera con una inversión de la carga de la prueba y que vulnera el principio *in dubio pro reo*, ya que, ante la duda sobre la eficacia salvadora de la acción diligente, se imputa el resultado a la omisión imprudente y se castiga por el delito de resultado». La sentencia opone que la queja «parte implícitamente de un modelo de imputación distinto, anclado en la idea de evitabilidad y que exige como elemento típico que, con práctica seguridad o alta probabilidad, el comportamiento correcto hubiera evitado el resultado. Pero la teoría del incremento del riesgo no confiere relevancia a efectos de responder por el resultado a la mera posibilidad de que la acción

¹⁴ Avalados en el texto por numerosas referencias jurisprudenciales que omito para facilitar la exposición y su lectura.

correcta tampoco hubiera impedido el resultado, solo a que no exista el aumento del peligro –genuino elemento típico que debe probar la acusación– [...], en buena lógica, no solo no presupone la concurrencia de dicha segura evitabilidad, sino que ni siquiera se pregunta por ella».

De nuevo formulado en términos generales, es el entendimiento de las exigencias típicas el que determina los hechos que deben ser probados, de modo que solo una tesis que exija un elemento y al mismo tiempo lo dé por probado¹⁵ infringe el derecho a la presunción de inocencia¹⁶. Por lo demás, optar por una tesis que conduce de forma clara a un mayor ámbito de punibilidad no se opone a un principio de interpretación favorable a reo de pretendido estatus constitucional.

III. LÍMITES DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INTERPRETACIÓN PENAL

¿Resultan entonces constitucionalmente indiferentes las distintas concepciones teóricas, con las importantes consecuencias punitivas que comportan? Como en tantas ocasiones, solo cabe una respuesta matizada. No en términos absolutos, sí en gran medida.

No resulta totalmente indiferente, no puede serlo, en tanto que, como cualquier decisión judicial, la opción interpretativa en que se asiente una condena debe ser constitucional. En particular, será controlable en amparo la compatibilidad de la tesis con los derechos fundamentales, incluidos el derecho a la presunción de inocencia, como fue el caso, y, por supuesto, desde el prisma del derecho a la legalidad penal. Pero sí es cierto que la discusión interpretativa y las propuestas teóricas sobre los elementos del delito difícilmente van a encontrar un muro en la Constitución tan alto e infranqueable como el que parece inferirse del calificativo «inconstitucional» que con cierta profusión se esgrime frente a las tesis doctrinales, académicas o judiciales.

Es así principalmente, porque el test constitucional más habitual al que se someten las comprensiones penales es el de legalidad (art. 25.1 CE), no el de

¹⁵ A ello parece referirse la sentencia cuando alude a la «objección clásica a la variante de la tesis de la evitabilidad sostenida por el *Reichsgericht* en el conocido caso de la dogmática penal llamado “los pelos de cabra”, en tanto que el tribunal alemán partía de que la conducta imprudente es “causal” respecto al resultado, salvo que se pruebe que la actuación ajustada a Derecho lo hubiera desencadenado igualmente» (FJ 6).

¹⁶ O una interpretación que dé por probados elementos del delito sin respetar las garantías de la prueba, riesgo que apreció el Tribunal en la STC 185/2014 y le llevó a efectuar una interpretación conforme del término «infracciones cometidas no enjuiciadas» del antiguo artículo 623.1 CP para evitar que la reiteración de faltas pudiera apreciarse con base en denuncias policiales, imputaciones judiciales o condenas no firmes.

su conformidad con otros derechos fundamentales. Y, conforme al mismo, como vengo señalando, lo que se exige a la interpretación de los preceptos penales es su razonabilidad semántica, metodológica y axiológica, lo que se traduce en verificar que la propuesta interpretativa «respete el tenor literal de la norma, no incurra en quiebras lógicas y resulta acorde con modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica y es conforme con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional», según la fórmula habitual reiterada en la jurisprudencia constitucional, como recoge la STC 18/2021, (FJ 5). Esos parámetros de control asentados en la idea de previsibilidad dibujan un espacio amplio de entendimientos de las disposiciones y figuras penales compatibles con la Constitución en tanto que previsibles¹⁷, no una labor de fijación de la interpretación correcta. En este punto y como corolario de lo anterior¹⁸, la resolución comentada deja claro que no forma parte de los condicionantes constitucionales de la interpretación penal el principio *favor rei*, ni como criterio interpretativo ni como regla de preferencia entre diferentes resultados interpretativos.

Esta conclusión, quizá contraintuitiva desde un enfoque orientado a fijar límites al poder punitivo, resulta ineludible cuando de la garantía constitucional de tipicidad *ex* artículo 25.1 CE y su control por el Tribunal Constitucional se trata.

En primer lugar y como es sabido, es determinante del diseño de ese canon la posición institucional del Tribunal Constitucional, de la que se muestra bien consciente cuando en sus resoluciones –también en la STC 18/2021– acostumbra a iniciar el análisis sobre una posible vulneración del artículo 25.1 CE con el recuerdo de que «la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 CE, sin que pueda este tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección» (FJ 5).

¹⁷ El canon, además, se revela especialmente laxo en el caso de las decisiones penales que vienen dadas por las opciones teóricas sobre elementos del delito que no cuentan más que con un anclaje genérico en la ley penal o ni siquiera, donde el elemento delimitador principal, la razonabilidad semántica, carece en gran medida de soporte textual. PÉREZ MANZANO/MÍNGUEZ ROSIQUE, 2025, apuntan a las disposiciones de la parte general y las construcciones jurisprudenciales de estructuras de imputación como vías para realizar interpretaciones ampliatorias de la conducta punible (p. 1101) así como a la inhibición del Tribunal Constitucional para entrar a analizar la interpretación de las normas penales de parte general (p. 1099). En este campo desplegaría todo su sentido garantista la exigencia de KUHLEN, 2012, pp. 166-170, de exigir a los jueces no solo su sujeción a la ley, sino la determinación de sus elaboraciones, lo que denomina mandato de interpretación legal determinada o mandato de precisión.

¹⁸ A juicio de ALCÁZER GUIRAO, 2010, p. 52, la aplicación de la ley penal en su significado más favorable al reo no se colige bien ni con el canon de previsibilidad ni con los fundamentos de la seguridad jurídica.

En conexión con tal recordatorio hay que sumar otra razón de peso, aunque menos explicitada en la jurisprudencia constitucional, que es la de respetar la posición del legislador. La justicia constitucional plantea, ante todo, puntos de fricción con el papel y la labor del legislador penal. Debe recordarse que, al menos en los sistemas continentales, la exigencia de *lex parlamentaria* es, además de una garantía de seguridad jurídica, una garantía de libertad y un elemento de legitimación del *ius puniendi*. El contenido del derecho a la legalidad penal no se agota en una simple función de garantía de la seguridad jurídica, representada por la exigencia de predeterminación normativa de la esfera de lo punible. Incluye una función de garantía de la libertad de los ciudadanos, al condicionar estrictamente toda aparición de un catálogo de delitos y penas a la decisión de una instancia democráticamente constituida –el poder legislativo– que, como representante de la soberanía popular, actúa como freno ante los posibles abusos de los poderes ejecutivo y judicial¹⁹. Del ideal democrático de la legislación penal se aleja, sin duda, la confusión de poderes que implica aceptar que instancias distintas del legislador parlamentario creen delitos o fijen penas diluyendo la separación de poderes. Sea el poder ejecutivo, a través de las normas de complemento en las normas penales en blanco; sean instancias judiciales, convertidas en «fuente» de Derecho penal al aplicarlo; sea, y es lo que ahora interesa, el órgano de garantía constitucional.

Es verdad que cuando el Tribunal Constitucional defiende la exigencia de sujeción a la ley del juez penal, prohibiéndole una aplicación imprevisible de la ley penal, lejos de ser una amenaza para la ley penal, es su principal aliado. Desde tal perspectiva no habría razón para que el garante de la constitución sea deferente con el juez penal, ya que se estaría actuando justamente en defensa de la ley penal, además de en defensa de la Constitución. Pero no puede olvidarse que la Constitución dibuja un amplio espacio de decisión para el legislador que su órgano de garantía no puede reducir indirectamente fijando la interpretación del tipo correcta, más adecuada o, simplemente, más favorable para el acusado. Con ello estaría excluyendo otras opciones interpretativas e incidiendo indebidamente en lo fijado por el poder legislativo, fruto, en principio, de un complejo juicio de definición de los objetivos político-criminales, valoración de los

¹⁹ Recuerda, por ejemplo, la reciente STC 54/2023, FJ 3.c), que el Tribunal Constitucional ha identificado «la libertad, junto con la legitimación democrática y la seguridad jurídica –y en menor medida la finalidad preventiva de la pena– como los intereses jurídicamente protegidos que operan como criterios rectores en la tarea de definir el contenido y las garantías que encierra el artículo 25.1 CE». Así HUERTA TOCILDO, 2000, pp. 13-14; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2009, pp. 33-38. ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2012, pp. 190-195, pone de relieve no solo el valor axiológico de la legislación como fruto del parlamento, sino también su capacidad fáctica de fijar las necesidades sociales y articular los medios para operar sobre ellas con efectos generales.

intereses en juego y selección los medios para alcanzarlos, siempre desde el respeto a la Constitución²⁰. Solo en el caso extremo de preceptos inconstitucionales en cualquier exégesis o con posibilidades interpretativas inconstitucionales, corresponde al Tribunal la expulsión de la norma del ordenamiento o la suerte de expulsión parcial que supone una interpretación conforme²¹.

En suma, la autocontención del Tribunal Constitucional en el control de la interpretación se debe tanto a que no es en el intérprete supremo de la legislación penal, sino de la Constitución y, en particular, de los derechos fundamentales (art. 1 LOTC), como a la afectación mediata que una decisión sobre la aplicación judicial tiene en la ley penal que la sustenta. En tal medida, no puede haber una exigencia constitucional de interpretación restrictiva que controle; lo que —es importante resaltarlo— no implica que exista una vulneración del artículo 25.1 CE en caso de que el juez acoja tal opción beneficiosa, siempre que respete la previsibilidad gramatical, metodológica y axiológica²².

Lo cierto es que, frente a la invocación no infrecuente en las discusiones académicas o jurisprudenciales del criterio de favorecimiento al reo, el Tribunal Constitucional descarta no solo este criterio, sino en general que su control responda a una suerte de mandato de optimización de los valores constitucionales²³. Puede ocurrir «que interpretaciones de la legalidad ordinaria distintas [...] hubieran respondido más plenamente a los valores incorporados a los preceptos constitucionales y, muy en particular, a los relativos a los derechos fundamentales» (STC 160/1997, FJ 4); o incluso que la sostenida por el órgano judicial no sea «la que mejor responde a las exigencias de seguridad jurídi-

²⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 147, personaliza en cierto modo la observación cuando opone frente al criterio pro reo que «la norma penal no deja de ser un determinado punto de equilibrio entre los intereses sociales y los del acusado cuya mejor ubicación no pasa siempre por su cercanía posible a estos».

²¹ Sobre el concepto, naturaleza y fundamento de la figura de la interpretación conforme, *vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, *Revista de Derecho Público*, 2021, pp. 77-82, destacando que la interpretación conforme no dice qué hay que aplicar, sino qué no hay que aplicar (p. 82). O como expone KUHLEN, 2012, p. 24, en su obra indispensable: «indica que no hay que escoger ninguna de las variantes interpretativas inconstitucionales, sino una de las que son conformes a la Constitución». ALCÁZER GUIRAO, 2010, p. 35, advierte de la difícil compatibilidad de las interpretaciones conformes del Tribunal Constitucional y la deferencia con el legislador que postula; y JIMÉNEZ CAMPO, 1998, p. 192, alerta sobre los problemas añadidos que plantean los fallos interpretativos sobre normas penales precisamente por estar sujetas a un estricto principio de legalidad.

²² Además, como recuerda HUERTA TOCILDO, 2018, pp. 916-917, el Tribunal Constitucional rechaza como contenido del artículo 25.1 CE «lo que ha venido en denominarse principio de legalidad invertido —consistente en un pretendido derecho fundamental de la víctima de un delito a obtener por ello la condena penal de su supuesto autor— con apoyo en el argumento de que, al ser los derechos fundamentales derechos de libertad, la introducción en ellos de la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido». Así lo han recordado recientemente las SSTC 80/2024, FJ 4. B), y 137/2025, FJ 9.2.

²³ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 123, subraya que «el problema constitucional no es ni puede ser el de la interpretación óptima de las normas sancionadoras desde el punto de vista de los valores constitucionales, sino el de si cabe prever que la conducta penada era típica y, con ello, si cabe afirmar que tal calificación procede originariamente del legislador y no del juez».

ca, la más apegada al tenor literal del precepto o la llevada a cabo con pautas metodológicas y valorativas más acordes con las exigencias de la comunidad científica» (STC 123/2001, FJ 13). Pero el Tribunal considera que no puede entrar en estas cuestiones, que, por ende, no son elementos que puedan conducir a apreciar la inconstitucionalidad de la comprensión de la ley²⁴. Y no solo por la posición que le corresponde a él y a los tribunales ordinarios en el organigrama constitucional, sino porque «una cosa es la garantía de los derechos fundamentales tal como le está encomendada, y otra, necesariamente muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad; esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental» (así, en ambas resoluciones).

El diseño constitucional descrito, según entiendo, no solo no incorpora el criterio *favor rei*, sino que admite la interpretación extensiva *in malam partem* en tanto no resulte imprevisible por razones metodológicas o axiológicas. Así se sigue de la doctrina constitucional que, desde la premisa de la pluralidad de entendimientos que admite un precepto penal, fija el sentido literal como un límite infranqueable, pero no definitivo de la exégesis constitucional. Con ello se excluye la analogía en tanto que método de creación, pero no la interpretación extensiva, que solo será inaceptable en términos constitucionales en la medida en que responda a quiebras lógicas o se aparte de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica y, desde luego, si se aparta de las pautas valorativas constitucionales²⁵. Solo en estos casos de argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante o de una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional, la interpretación extensiva (como quiera que se defina en relación con la analogía)²⁶ conduce a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios de forma contraria al artículo 25.1 CE (por todas, STC 137/1997, FJ 7).

²⁴ Distinta es la situación en la que es la propia norma penal la que ha introducido una cláusula de interpretación favorable que, precisamente por exigencia del principio de legalidad, los órganos judiciales están obligados a respetar. Pero se trata de una exigencia «legal», no constitucional, de modo que vincula al aplicador, pero no al legislador. Sería el caso de la previsión del artículo 22.2 del Estatuto de Roma, que al consignar la garantía criminal establece: «2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena».

²⁵ Así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, 2001, p. 6: «no es fácil justificar por qué el principio de legalidad comporta, más allá de la previsibilidad un específico deber de benignidad o clemencia hacia el reo»; AL-CÁCER GUIRAO, 2010, pp. 51-52; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 123; o MONTIEL, *InDret* 2017, p. 30.

²⁶ Es notoria la dificultad y distintas posibilidades de diferenciar entre analogía e interpretación extensiva. Baste aquí con contraponer una interpretación que no desborda el sentido literal amplio y un contenido normativo que está fuera de él y se aplica a un supuesto similar al previsto en la norma.

Por ello, identificar la exigencia de *lex stricta* con la prohibición de analogía peyorativa es equívoca²⁷ y puede conducir a una comprensión incompleta de la garantía de tipicidad en tanto deben considerarse más elementos para poder concluir la previsibilidad de la aplicación de las normas penales. Pero también lo es ampliar los límites la sujeción del juez a la ley a toda interpretación extensiva, si no se vincula simultáneamente ese entendimiento amplio con su imprevisibilidad metodológica y axiológica²⁸.

IV. EL ESFUERZO INTERPRETATIVO FRENTE A UNA SOLUCIÓN CONFORMISTA

El reconocimiento de que no puede sostenerse la inconstitucionalidad sin paliativos de las interpretaciones extensivas y de que no existe un mandato constitucional de interpretar a favor de reo no debe conducir a la melancolía. Muy al contrario, obliga al intérprete a abandonar el recurso a un argumento, la obligación constitucional de interpretar favorablemente, que, en tanto que carente de base, no puede aportar plausibilidad o poder de convicción a sus propuestas y a profundizar en las razones que avalan su entendimiento y desautorizan exégesis alternativas.

Esas razones pueden, por supuesto, conducir a sostener la inconstitucionalidad de una propuesta, con el indudable respaldo en términos de garantía que supone poder impetrar la tutela de amparo si la oposición a la Constitución se debe a la lesión de un derecho fundamental. Que es posible que así suceda justamente por vulneración del derecho a la legalidad penal lo prueban algunas de las resoluciones referidas al comienzo del trabajo (Caso «EREs» o caso «Alberto Rodríguez»). De hecho, la comprensión de la garantía de tipicidad reseñada permite visibilizar e impulsar los estándares interpretativos en la jurisprudencia y en la doctrina o los déficits axiológicos

²⁷ O, como expresa KUHLEN, 2012, p. 160, «cuanto menos desafortunada terminológicamente», ya que la sujeción del juez a la ley excluye en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán más bien «toda aplicación del Derecho que va más allá del contenido de una norma legal de sanción». Advierte en general el autor de la diferencia entre una «interpretación dogmática fundamental del principio de legalidad» en la literatura constitucional y la que es propia del Derecho penal (p. 151).

²⁸ Por eso parece confusa la fórmula que se recoge en muchos pronunciamientos constitucionales que afirma que a los jueces «les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*» (últimamente, STC 51/2025, FJ 2, con ulteriores referencias) si se toma aisladamente considerada como interdicción de toda comprensión extensiva. Debe leerse junto con la explicación asimismo habitual en los pronunciamientos constitucionales de que el respeto al tenor literal no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, y por eso se añade a ese criterio esencial el doble parámetro de razonabilidad metodológica y axiológica (por todas, STC 129/2008, FJ 3).

como elementos decisivos para valorar si la condena es previsible y, por ello, respetuosa del derecho a la legalidad penal. Estoy pensando aquí en cuestiones tan relevantes como el papel en el juicio de legalidad penal de la afectación a otros derechos fundamentales posibilitando un control material²⁹ —y hasta qué punto o con qué efectos—. O en el rendimiento del criterio jurisprudencial o doctrinal usual como elemento de contraste con otras elucidaciones. O, en una visión más global de las exigencias del artículo 25.1 CE, en el tratamiento de los cambios jurisprudenciales desfavorables desde el parámetro de la previsibilidad, si se tiene presente la función de determinación del contenido de la ley que desarrolla el juez.

Pero, además, que una determinada comprensión de los preceptos penales o una propuesta dogmática no pueda tildarse —afortunadamente— de inconstitucional, no obsta a que haya todavía amplio margen para dar buenos argumentos al juez penal en aras de un mejor ejercicio del *ius puniendi* sin llegar a la aparente bala de plata de la inconstitucionalidad por infracción del artículo 25.1 CE. Entre ellos destacan justamente aquellos discursos que se apoyan en la mayor proximidad al ideal constitucional, por responder más plenamente a los valores y derechos constitucionales. En especial, al ideal de la garantía de tipicidad del artículo 25.1 CE: el respeto al tenor literal de los preceptos, los modelos de argumentación aceptados por la comunicada jurídica y —de nuevo— la axiología constitucional.

La obra del profesor Enrique Peñaranda ofrece un modelo inspirador en la tarea de construir doctrina. Ojalá estas páginas, escritas en homenaje y agradecimiento por todas sus enseñanzas, hayan ido por el buen camino.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal constitucional*, en Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales, Valencia, 2010, pp. 15-66.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: *Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa*, Revista de Derecho Público: Teoría y Método, 2021, pp. 67-104.
- BOLEA BARDON, Carolina: *La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad*, InDret 4/2018.

²⁹ Como el que echa de menos CUERDA ARNAU, *Teoría y Derecho*, 2022, *passim*, conclusivamente, pp. 83-84. A través de esta vía puede encauzarse, en particular, el examen de la relevancia en la sanción penal del exceso en el ejercicio extralimitado de derechos fundamentales.

- CATERINI, Mario: *La interpretación «favorable» y la motivación «refutatoria» entre normas europeas y reformas en la codificación penal italiana*, Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2020, pp. 52-60.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: *El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)*, Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, 2022, pp. 68-87,
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *El principio de legalidad penal en la Constitución Española*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 3/2001.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, en Derecho Penal para un estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid, 2016, pp. 111-136.
- FERRERES COMELLA, Víctor: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002.
- HAVA GARCÍA, Esther: *Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena. Comentario crítico de la SAP Madrid, Penal, Sec. 7.ª, 21.09.2016*, InDret 2/2017.
- HUERTA TOCILDO, Susana: *El derecho fundamental a la legalidad penal*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1993, pp. 81-113.
- *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2000, pp. 11-76.
- *Artículo 25.1 CE: el derecho a la legalidad penal*, en Comentarios a la Constitución Española, Madrid, 2018, pp. 897-919.
- JAÉN VALLEJO, Manuel: *«Cuestiones de hecho» y «cuestiones de derecho» en el proceso penal*, Cuadernos de Política Criminal, 2021, pp. 297-314.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley*, en Aja (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, Barcelona, 1998.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: *Control constitucional del Código Penal de 1995: 30 años de jurisprudencia*, La Ley penal, núm. 176, 2025.
- KUHLEN, Lothar: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, 2012.
- *Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía*, en Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?, Madrid, 2012, pp. 151-172.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Cizur Menor, 2009.
- *La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal*, en La tutela multinivel del principio de legalidad penal, Madrid, 2016, pp. 119-148.
- MONTIEL, Juan Pablo: *Estructuras analíticas del principio de legalidad*, InDret 1/2017.

- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: *¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho Penal*, en Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, pp. 173-205.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes; MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina: *Las interpretaciones contra reo y el principio de sujeción estricta del juez penal a la ley*, en Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu, Valencia, 2025, pp. 1095-1113.
- SARRABAYROUSE, Eugenio C.: *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración*, en Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, pp. 31-54.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La no disminución del riesgo en el caso «Madrid Arena»: dogmática, casación y Constitución. Cometario a la STC 18/2021, de 15 de febrero*, InDret 2/2021, pp. 405-417.

9. MENORES INFRACTORES Y CADENA PERPETUA

LAURA POZUELO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 37 a) que los estados parte velarán por que

*Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad*¹.

Esta Convención está suscrita por todos los países del mundo salvo Estados Unidos. Pero la pregunta que debemos hacernos es: ¿se cumple en todos los estados firmantes? En relación con la pena de muerte, según los datos aportados por Amnistía Internacional en su informe *Ejecuciones de personas que eran menores en el momento del delito: 1990-2024* desde 1990 –fecha en la que entró en vigor la Convención– han tenido lugar 176 ejecuciones de personas que tenían menos de 18 años cuando cometieron el delito en los siguientes

¹ Del mismo modo, en el artículo 17.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores («Reglas de Beijing») se establece que «*Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital*». Sobre los orígenes de la prohibición de la pena capital para menores infractores véase TRINIDAD NÚÑEZ, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2001-2002, pp. 221 ss.

países: Arabia Saudí, China, Irán, Nigeria, Pakistán, República Democrática del Congo, Sudán, Somalia y Yemen. No hay datos tan precisos acerca del número de cadenas perpetuas impuestas a personas que eran menores en el momento del delito pero los datos sobre el incumplimiento del artículo 37 a) en relación con la pena de muerte en los países citados desde 1990 supone un indicio muy significativo acerca de que muy probablemente exista una alta cifra negra de cadenas perpetuas impuestas a menores infractores tanto en los países mencionados como en otros.

Respecto del único país en el mundo que no ha firmado la Convención de los Derechos del Niño, Estados Unidos, sí que se cuenta con mucha más información, y es especialmente relevante analizar su situación dado que es, por un lado, el lugar donde nacieron los primeros tribunales penales de menores diferenciados de los adultos: en 1899 surgían en Chicago los tribunales que se ocupaban de los delitos cometidos por los menores de 16 años, de forma separada respecto de los adultos, y bajo una regulación que impedía ir a la cárcel si no se habían cumplido los 12 años². Pero, por otro, es también el país que ha previsto para ellos tanto la pena de muerte como la cadena perpetua en sus diferentes modalidades.

La pena capital fue declarada inconstitucional en Estados Unidos en 2005 con la sentencia *Roper vs. Simmons* (543 U. S. 551, 2005), sobre un caso de asesinato cometido por Christopher Simmons, de 17 años, por entender que este tipo de sanción contradecía la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe los castigos crueles e inusuales³.

Esta sentencia se basó, por un lado, en el fallo *Trop vs. Dulles* (356 U. S. 86, 1958), conforme al cual «*La Enmienda debe extraer su significado de la evolución de los estándares de decencia que caracterizan el progreso de una sociedad madura*», señalando que esos estándares de decencia debían invocarse también en relación con la posibilidad de imponer la pena capital a quienes delinquieron antes de cumplir los 18 años⁴. Por otro lado, invocó la existencia de indicios objetivos acerca de un consenso respecto del rechazo a la pena capital de delincuentes menores de edad en la mayor parte de los estados norteamericanos, de su práctica infrecuente incluso en aquellos supuestos en los que los casos sí preveían tal pena, así como de una tendencia consistente hacia la abolición de esta sanción. En *Roper vs. Simmons* se consideró que el con-

² POZUELO PÉREZ, InDret, 2015, pp. 2 ss.

³ Sobre esta sentencia y la evolución previa de la pena capital para menores infractores en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos véase más ampliamente POZUELO PÉREZ, InDret, 2015, pp. 10 ss.

⁴ *Roper vs. Simmons* (543 U. S. 551), 2005, pp. 8 ss.

senso sobre estos tres puntos revelaba la existencia de suficientes pruebas acerca de que la sociedad estadounidense contemplaba en ese momento a los menores de edad, tal y como se señalaba en *Atkins vs. Virginia* (536 U. S. 304, 2002), «categóricamente menos culpables que el delincuente medio», afirmando la «menor culpabilidad de los infractores menores de 16 años»⁵.

Esta sentencia también invocó, con remisión a estudios científicos y sociológicos, que las diferencias entre delincuentes juveniles y los delincuentes adultos eran suficientemente claras y comprensibles como para afrontar el riesgo de permitir que a una persona menor de edad se le condenase a la pena capital a pesar de su insuficiente culpabilidad. Por último, se señaló también que la decisión de imponer la pena de muerte suponía un castigo desproporcionado para infractores menores de 18 años, y eso lo confirmaba el hecho de que Estados Unidos fuera el único país en el mundo que continuaba imponiéndola, quedándose «solo en un mundo que ha vuelto su rostro contra la pena de muerte juvenil»⁶.

II. MENORES Y CADENA PERPETUA EN ESTADOS UNIDOS

El cambio introducido por la sentencia *Roper vs. Simmons* fue de tal envergadura que tanto expertos como abogados intentaron que los argumentos aducidos en aquella se extendieran con el objetivo de evitar la imposición a los menores infractores de la segunda pena más grave tras la pena capital: la cadena perpetua sin posibilidad de revisión⁷, sanción que podía ser de obligatoria imposición en varios estados dentro de Estados Unidos respecto de determinados tipos de delitos cometidos por quienes no habían cumplido la mayoría de edad⁸.

Y este objetivo se consiguió, afortunadamente. Al menos en parte. La Corte Suprema estadounidense, en el caso *Graham vs. Florida* (560 U. S. 2010),

⁵ *Roper vs. Simmons* (543 U. S. 551), 2005, p. 13. Incluso el voto disidente del juez O'Connor admitía que «los adolescentes como grupo son indudablemente menos maduros, y por ello menos culpables de su mal comportamiento que los adultos».

⁶ *Roper vs. Simmons* (543 U. S. 551), 2005, pp. 19, 21, 23.

⁷ MASSEY, *Boston College Law Review*, 2006, p. 1118; MARONEY, *Notre Dame Law Review*, 2010, pp. 119 ss., quien señala que se ha llegado a invocar el propio caso *Roper vs. Simmons* en contra de esos argumentos, en el sentido de que si este fallo de la Corte Suprema conmutó la pena de muerte por cadena perpetua al entender que contradecía la octava enmienda era porque la cadena perpetua no la contradecía (Ibidem, p. 121). Sobre la evolución de la cadena perpetua para menores en Estados Unidos, véase BARQUÍN PANCORBO, *RECPC*, 2022, pp. 1 ss.

⁸ Se ha llegado a invocar, incluso, que se declaren inconstitucionales, por su contrariedad con la octava enmienda, la pena de muerte y la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional también para mayores de edad (véase FRASE, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2013, pp. 9 ss.).

que trataba el caso de un sujeto que cometió robo junto a otros delitos cuando tenía 16 años, y al que se le había impuesto una cadena perpetua sin posibilidad de revisión, decidió que esta sanción, cuando no se tratara de delitos contra la vida, era un castigo cruel e inusual, por lo que contradecía la octava enmienda. Este fallo afirmó que la cadena perpetua sin posibilidad de revisión era «*la segunda sanción más dura permitida por la ley*», y que resultaba más gravosa para los menores de edad, al afectarles a «*un mayor porcentaje de su vida en prisión que a un infractor adulto*», concluyendo que no imponerla «*ofrece al joven infractor una oportunidad para demostrar madurez y reforma*»⁹.

En esta ocasión se invocaron los argumentos aportados en el caso *Roper vs. Simmons* como *amici curiae* por diversas asociaciones de medicina, de psiquiatría y de psicología:

*Como mostraron los amici del solicitante, los progresos en psicología y en la ciencia del cerebro continúan mostrando diferencias fundamentales entre las mentes de los jóvenes y las de los adultos. Por ejemplo, partes del cerebro relacionadas con el control del comportamiento, continúan madurando a lo largo de la tardía adolescencia*¹⁰.

El siguiente paso en esta materia lo dio el caso *Miller vs. Alabama* (567 U. S. 2012), en el que un joven de 14 de años, Evan Miller, cometió un asesinato junto a otra persona. En este supuesto la Corte Suprema extendió los argumentos de *Graham vs. Florida* también a los menores que hubieran cometido homicidio o asesinato. Considera este fallo, por tanto, que la imposición de cadena perpetua sin posibilidad de revisión contradice la octava enmienda si se impone por la comisión de delitos muy graves antes de los 18 años.

Señalaba esta sentencia que *Graham vs. Florida* se aplicó solo a delitos que no eran constitutivos de homicidio, pero

*«nada de lo que se ha dicho sobre los niños –sobre sus rasgos mentales característicos (y transitorios) y sus vulnerabilidades ambientales– es específico de un delito. Estos rasgos son evidentes del mismo modo y en el mismo grado cuando un robo frustrado se convierte en un asesinato»*¹¹.

Afirmaba, asimismo, que la imposición de cadena perpetua sin libertad condicional para un menor impedía tener en cuenta rasgos distintivos como

⁹ *Graham vs. Florida*, 560 U. S. 2010, pp. 16 ss.

¹⁰ *Graham vs. Florida*, 560 U. S. 2010, p. 17

¹¹ *Miller vs. Alabama*, 567 U. S. 2012, p. 10.

son la inmadurez, la impetuosidad y la incapacidad de apreciar los riesgos y sus consecuencias, así como apreciar su entorno familiar y doméstico, del que es posible que no pueda salir, por muy brutal o disfuncional que sea¹².

En conclusión, *Miller vs. Alabama* consideró no solo que la sentencia *Graham vs. Florida* ponía de manifiesto que cabía comparar la cadena perpetua sin libertad condicional con la pena de muerte¹³, sino que la confluencia de las dos líneas marcadas por *Roper vs. Simmons* y *Graham vs. Florida* llevaban a la conclusión de que la cadena perpetua obligatoria sin libertad condicional para menores violaba la octava enmienda¹⁴.

Ha de señalarse, no obstante, que la sentencia *Miller vs. Alabama* no fue aplicada de forma retroactiva en todos los estados¹⁵. Así, los Tribunales Supremos de catorce estados dictaminaron que aquella sentencia se aplicaría con carácter retroactivo¹⁶, pero en otros siete (Alabama, Colorado, Louisiana, Michigan, Minnesota, Montana y Pennsylvania) no fue así¹⁷, de modo que todos los condenados a esta pena en estos estados antes de 2012 por delitos cometidos siendo menores seguirán cumpliéndola durante toda su vida.

Pese al importante avance que marcaron estas tres sentencias en la reducción de la crueldad de las sanciones más duras cuando se prevén para menores infractores, en 2021 tuvo lugar un retroceso con el caso *Jones vs. Mississippi* (593 U. S. 2021)¹⁸, en el que un menor de 15 años mató a su abuelo. En esta sentencia la Corte Suprema afirmó que infringía la octava enmienda condenar a un menor de edad a cadena perpetua sin posibilidad de revisión en casos de homicidio siempre y cuando esta condena fuera de imposición automática, esto es, obligatoria¹⁹, retorciendo así el contenido de la sentencia *Miller vs. Alabama*. Y a partir de ahí considera que en los casos en que el juez tenga discrecionalidad para imponer o no una prisión perpetua sin posibilidad de revisión, si opta por imponerla, no supondría una condena inconstitucional. Y ello porque, según este nuevo giro de la Corte Suprema,

¹² *Miller vs. Alabama*, 567 U. S. 2012, p. 15.

¹³ *Miller vs. Alabama*, 567 U. S. 2012, p. 12.

¹⁴ *Miller vs. Alabama*, 567 U. S. 2012, p. 7.

¹⁵ Pese a que *Montgomery vs. Louisiana* (577 U. S. 2016, pp. 20-21) así lo establecía, señalando que no era necesario un nuevo juicio ni una nueva condena, sino tan solo permitiendo que pudieran acceder a una revisión de la misma.

¹⁶ Esos estados fueron: Arkansas, Connecticut, Florida, Illinois, Iowa, Massachusetts, Mississippi, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, Ohio, South Carolina, Texas, y Wyoming. Algunos estados, como California, Delaware, Nebraska, Nevada, Carolina del Norte y Wyoming, solo lo hicieron desde 2014.

¹⁷ ROVNER, 2023, p. 3.

¹⁸ Para un análisis en profundidad de esta sentencia y sus implicaciones en la práctica, véase LIU, Fordham Law Review, 2022, pp. 1033 ss.

¹⁹ *Jones vs. Mississippi*, 593 U. S. 2021, p. 11; véase MÍNGUEZ ROSIQUE, InDret, 2021, pp. 323 ss.

es esa discrecionalidad la que permite al juez considerar la juventud del acusado y garantizar que la cadena perpetua solo se imponga en casos en los que esa sentencia sea apropiada a la vista de la edad que tenía el acusado cuando cometió el delito²⁰.

Para llegar a estas conclusiones *Jones vs. Mississippi* se aferra a dos cuestiones contenidas en la sentencia *Miller vs. Alabama*: por un lado, el hecho de que esta sentencia se centrara en la cadena perpetua *obligatoria*. Por otro, que afirmara que, teniendo en cuenta lo que la Corte Suprema había señalado en *Roper vs. Simmons* y *Graham vs. Florida* sobre la menor culpabilidad de los menores y su mayor capacidad de cambio, las ocasiones apropiadas para imponer esta sanción serían poco frecuentes. Y ello, como se había señalado en aquellas dos sentencias, debido a la gran dificultad para distinguir a tan temprana edad entre «*el delincuente juvenil cuyo delito refleja una inmadurez desafortunada pero transitoria, y el poco habitual delincuente juvenil cuyo delito refleja una corrupción irreparable*»²¹. Por esta razón, *Miller vs. Alabama* consideró que, aunque no se excluía la posibilidad de que un tribunal pudiera hacer esa valoración en un caso de homicidio, habría de tenerse en cuenta «*cómo los niños son diferentes, y cómo esas diferencias desaconsejan condenarlos irrevocablemente a una vida en prisión*». Esta misma línea fue seguida en la sentencia *Montgomery vs. Louisiana* (577 U. S. 2016)²².

Por tanto, el hecho de que *Miller vs. Alabama* afirmara, por un lado, que la cadena perpetua sin libertad condicional para menores infractores contradecía la octava enmienda y, por otro, hiciera referencia a aquellas cuya imposición se preveía en la normativa del estado correspondiente como obligatoria y no discrecional para el juez o tribunal, fue aprovechado por *Jones vs. Mississippi* para forzar sus conclusiones sobre qué cadenas perpetuas sin posibilidad de revisión podían ser inconstitucionales y cuáles no.

Como se acaba de exponer, a partir de la sentencia *Jones vs. Mississippi* una de las claves para que la cadena perpetua sin posibilidad de revisión para delitos cometidos antes de la mayoría de edad sea o no inconstitucional es que el concreto estado la prevea como obligatoria o discrecional. Antes de 2012, año en el que se dicta la sentencia *Miller vs. Alabama*, las edades mínimas para juzgar a un menor como un adulto y para poder imponerle una cadena perpetua sin posibilidad de revisión, tal y como recoge el informe de Amnesty International y Human Rights Watch de 2005, «*The Rest of Their*

²⁰ *Jones vs. Mississippi*, 593 U. S. 2021, pp. 12-13.

²¹ *Miller vs. Alabama*, 567 U. S. 2012, p. 17.

²² *Montgomery vs. Louisiana* (577 U. S. 2016), p. 17.

Lives. Life without Parole for Child Offenders in the United States», eran las siguientes:

Edad mínima para el enjuiciamiento de adultos y para la condena a cadena perpetua sin libertad condicional por estado

State	Lowest age at offense for which adult prosecution is possible	Minimum age at offense for LWOP sentencing	State	Lowest age at offense for which adult prosecution is possible	Minimum age at offense for LWOP sentencing
Alabama	14	16	Montana	12	12
Alaska	0	No LWOP	Nebraska	0	0
Arizona	0	14	Nevada	8	8
Arkansas	14	14	New Hampshire	13	13
California	14	16	New Jersey	14	14
Colorado	12	12	New Mexico	15	No LWOP
Connecticut	14	14	New York	13	No <18 LWOP
Delaware	0	0	North Carolina	13	13
District of Columbia	0	No <18 LWOP	North Dakota	14	14
Florida	0	0	Ohio	14	14
Georgia	12	13	Oklahoma	7	13
Hawaii	0	0	Oregon	0	No <18 LWOP
Idaho	14	14	Pennsylvania	0	0
Illinois	13	13	Rhode Island	0	0
Indiana	0	16	South Carolina	0	0
Iowa	14	14	South Dakota	0	10
Kansas	10	No LWOP	Tennessee	0	0
Kentucky	14	No <18 LWOP	Texas	14	Unknown
Louisiana	14	15	Utah	14	14
Maine	0	No LWOP	Vermont	10	10
Maryland	0	0	Virginia	14	14
Massachusetts	14	14	Washington	0	15
Michigan	0	0	West Virginia	0	No LWOP
Minnesota	14	14	Wisconsin	0	10
Mississippi	13	13	Wyoming	13	13
Missouri	12	12	Federal	15	15

Source: National Center for Juvenile Justice, State Juvenile Justice Profiles, available online at: <http://www.ncjj.org/stateprofiles>, accessed on June 6, 2005; *Second Chances: Juveniles Serving Life without Parole in Michigan Prisons* (American Civil Liberties Union (ACLU) of Michigan, 2004), p.3, available online at: www.aclumich.org/pubs/juvenilelifers.pdf, accessed on September 13, 2005; *Juvenile Offenders and Victims: 1999 National Report*, p. 106; and state statutory research.

Fuente: Amnesty International y Human Rights Watch (2005, p. 18).

Como puede apreciarse, hasta ese momento los menores de edad podían ser juzgados como adultos a edades bastante bajas, que oscilaban en la

mayoría de los casos entre los 12 y los 14, pero en otros la edad era 7 u 8 años, como era el caso, respectivamente, de Oklahoma y Nevada; mientras que en otros supuestos no había edad mínima. Como señala el informe de Amnesty International y Human Rights Watch ²³, una vez que los menores eran juzgados como adultos se les podían imponer las mismas sanciones que a los adultos, incluida la cadena perpetua sin revisión, como sucedía en cuarenta y dos estados ²⁴. Solamente Kentucky, New York, Oregón y el Distrito de Columbia excluían específicamente a los menores de 18 años que eran juzgados como adultos de la posibilidad de ser condenados a esa pena. Y en veintisiete de esos cuarenta y dos estados, la imposición de la cadena perpetua sin posibilidad de revisión era obligatoria cuando se trataba de cierto tipo de delitos ²⁵.

A partir de 2012 la situación parece haber mejorado pues, como refleja el informe *Juvenile Life Without Parole: An Overview*, emitido en 2021 por Rovner en el marco de la organización *The Sentencing Project* ²⁶, desde aquel año treinta y dos estados y el Distrito de Columbia han modificado sus leyes para los menores de 18 años condenados por el delito de homicidio, en su mayoría prohibiendo la cadena perpetua sin libertad condicional. Veinticinco de las treinta y dos reformas, más la del Distrito de Columbia, prohibieron la cadena perpetua sin libertad condicional para menores de 18 años, mientras que los otros siete estados limitaron su aplicación. Hay que señalar que todos los estados que prohibieron la cadena perpetua sin libertad condicional para menores de 18 años, excepto cinco, la habían exigido anteriormente en las mismas circunstancias. Y estas nuevas leyes establecen mínimos obligatorios que van desde la posibilidad de libertad condicional después de 15 años (como en Nevada y Virginia Occidental) o después de 40 años (como en Nebraska).

²³ *The Rest of Their Lives Life without Parole for Child Offenders in the United States*, 2005, p. 25.

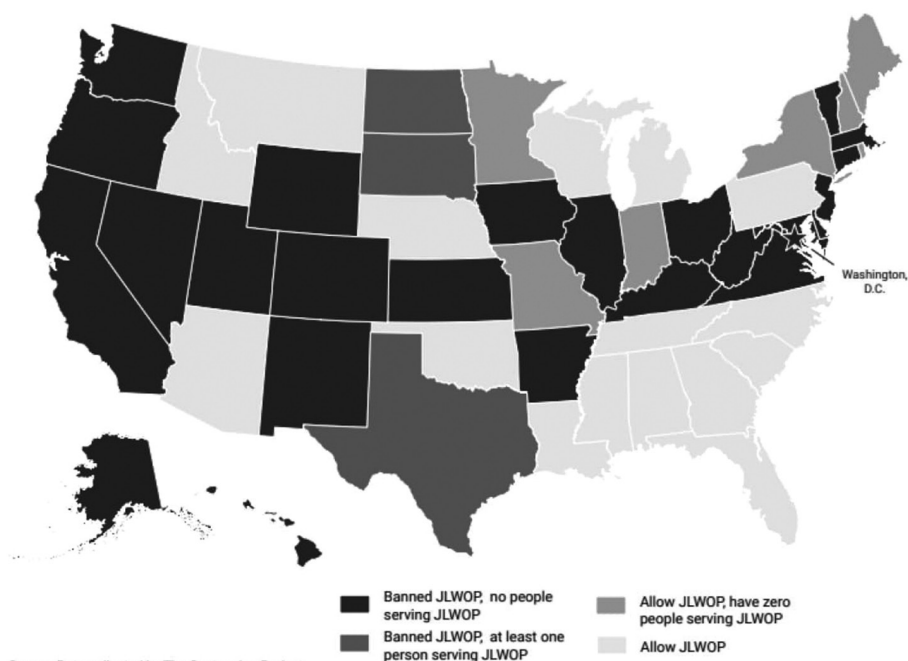
²⁴ Esos estados son: Alabama, Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Iowa, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Nebraska, New Hampshire, North Carolina, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Virginia, Washington y Wisconsin.

²⁵ Pone de relieve el informe que la inmensa mayoría de las cadenas perpetuas sin posibilidad de revisión impuestas a menores lo eran por delitos contra la vida, casi el 93%, pero precisa que no siempre se trataba de los autores directos, ya que a menudo se imponía a adolescentes que participaron en un delito grave, como un robo, durante el cual otro participante en el delito mató a alguien sin que el menor finalmente condenado a cadena perpetua hubiera tenido la intención de cometer el asesinato y, a veces, sin saber siquiera que el otro participante estaba armado. Sobre la necesidad de no imponer este tipo de sanciones a los menores de edad que sólo hubieran sido cómplices del delito, incluso si fuera contra la vida, ANDERSON, *Mississippi Law Journal*, 2013, pp. 329 ss.

²⁶ *The Sentencing Project* es una organización no gubernamental que aboga por que las respuestas a la delincuencia sean eficaces y humanas, minimizando el encarcelamiento y la criminalización tanto de jóvenes como de adultos, y promoviendo asimismo la justicia racial, étnica, económica y de género.

Estos datos pueden apreciarse mejor en la siguiente imagen:

Estados que han prohibido o limitado el uso de la cadena perpetua juvenil sin libertad condicional (2023)



Fuente: Rovner (2023, p. 2).

No obstante, también hay que señalar que en 2023 veinticinco estados siguen permitiendo la cadena perpetua sin libertad condicional como opción de condena para los menores de edad²⁷, e, incluso, en algunos estados que han eliminado la cadena perpetua sin posibilidad de revisión como sanción obligatoria la han sustituido por penas tan largas que los condenados pasarán igualmente toda su vida en prisión²⁸, con todo lo que ello implica.

Como señala el informe elaborado por Human Rights Watch en 2012, «*Against all Odds. Prison Conditions for Youth Offenders Serving Life Without*

²⁷ ROVNER, 2023, pp. 3-4.

²⁸ MCGREEVY, *Baltimore Law Review*, 2020, p. 237.

Parole Sentences in the United States», las condiciones en las que viven quienes fueron condenados a cadena perpetua sin posibilidad de revisión por delitos que cometieron siendo menores de edad pueden suponer graves violaciones de los derechos humanos. No solo porque se trata de sujetos que llegan a la cárcel siendo niños o jóvenes, careciendo de los mecanismos físicos y mentales con los que sí cuentan los presos adultos, sino porque son más vulnerables a la hora de ser víctimas de violencia²⁹. Por otro lado, no es infrecuente que sean objeto de aislamiento tanto protector como punitivo, esto es, tanto para proteger a los delincuentes juveniles vulnerables del resto de la población penitenciaria como para castigar infracciones de las normas penitenciarias que aquellos hayan cometido. Y el aislamiento supone estar veintitrés o más horas al día en la celda, privados de prácticamente todo contacto humano –excepto cuando un guardia les pasa una bandeja de comida a través de una ranura en la puerta, o cuando los guardias les tocan las muñecas al esposarlos a través de la misma ranura antes de llevarlos a la sala de ejercicios o a la ducha una vez a la semana–³⁰. Por ello, la tasa de suicidio de los reclusos menores de 25 años es mucho más alta que la de cualquier otro grupo de edad en prisión, y mucho mayor que en el caso de personas no encarceladas. Este informe también señala que los efectos psicológicos negativos derivados del encarcelamiento tienen más probabilidades de ser agudos en aquellos que ingresan a la prisión a una edad más temprana, del mismo modo que las enfermedades mentales son frecuentes entre los jóvenes en el sistema de justicia penal³¹.

Y cuando un estado prevé este tipo de sanciones –denominadas cadenas perpetuas *de facto*, puesto que por la suma de años no podrán ser revisadas en el espacio de tiempo de ninguna vida humana–, algunos tribunales niegan la posibilidad de que sean consideradas inconstitucionales, dado que no son, técnicamente, cadenas perpetuas sin posibilidad de revisión³². Como indican algunos autores, el hecho de que los estados no hayan declarado expresamente que sean inconstitucionales, no significa que las cadenas perpetuas no estén contradiciendo implícitamente los estándares de decencia que deben caracterizar a una sociedad civilizada conforme a lo establecido en *Trop vs. Dulles*³³ o que, *de facto*, supongan una violación de la octava enmienda³⁴. Aunque la

²⁹ Véase también KRAUSE, *Law & Inequality*, 2015, p. 503.

³⁰ Véase también PUCKETT, *University of LA Verne Law Review*, 2016, pp. 63 ss.

³¹ Human Rights Watch, «Against all Odds. Prison Conditions for Youth Offenders Serving Life Without Parole Sentences in the United States», 2012, pp. 1, 2, 9, 17, 21, 37 y 45.

³² MURROCK, *Civil Rights Law Journal*, 2015, p. 244.

³³ MURROCK, *Civil Rights Law Journal*, 2015, p. 261.

³⁴ PHILIPS, *American Journal of Trial Advocacy*, 2018, p. 207; SHAH, *Public Interest Law Journal*, 2021, pp. 215 ss.

doctrina constitucional de Estados Unidos sobre esos estándares de decencia en torno a la octava enmienda pueda considerarse asentada, no parece estarlo su aplicación de forma consistente por parte de la Corte Suprema³⁵.

Por ello propone Russel³⁶ que el mejor camino, no solo para evitar desafíos constitucionales, sino porque, además entiende que es lo correcto, es que los estados eliminaran completamente de sus regulaciones las penas de cadena perpetua sin libertad condicional para quienes cometieron el delito siendo menores de edad.

III. CONCLUSIONES

Junto a las naciones que aún se resisten a cumplir con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño en relación con la pena de muerte o la cadena perpetua para menores infractores, pese a haberla suscrito, Estados Unidos sigue siendo el reducto en el que ambas penas han estado presentes, y siguen en gran medida estándolo para los delitos cometidos por menores de edad. Como se ha visto a lo largo de este artículo, solo en el siglo XXI ha conseguido declararse inconstitucional la pena de muerte y, con mayores limitaciones, la cadena perpetua sin posibilidad de revisión, que hoy en día sigue teniendo el ámbito de aplicación que recientemente le ha concedido la sentencia *Jones vs. Mississippi*.

Es decir, aún queda camino por recorrer. Pero el transitado hasta ahora tanto por los diferentes estados norteamericanos como por su Corte Suprema, incluso con su lento avance y algunos retrocesos, permitiría pensar en la posibilidad de que acaben desapareciendo en ese país todas las penas crueles e inusuales para menores infractores.

Y por ello quizá sea oportuno recordar, por un lado, algo que está presente en la mayor parte de los ordenamientos del mundo y que ya ha señalado tanto la Corte Suprema de Estados Unidos en diversas ocasiones como numerosos expertos en diferentes lugares del mundo: que los niños y los adolescentes son distintos de los adultos, y que por ello deben ser tratados penalmente también de diferente forma. Por otro lado, como mostró hace más de cincuenta años la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Trop vs. Dulles*, el Es-

³⁵ BERRY, *Mississippi Law Journal*, 2018, pp. 150-152, quien alude a la existencia de una brecha entre la doctrina constitucional y los castigos que, conforme a ella, deberían ser inconstitucionales, y en ello influye el juego de mayorías dentro de ese tribunal.

³⁶ RUSSEL, *Boston College Law Review*, 2015, p. 615.

tado tiene como límite del castigo *los estándares de decencia que caracterizan el progreso de una sociedad madura*.

Sin duda son esos mismos estándares de decencia los que deben seguir guiando y manteniendo la diferencia de trato penal entre menores de edad y adultos, en especial en lo que se refiere al rechazo a la posibilidad de imponer a quienes delinquieron antes de cumplir la mayoría de edad no solo la pena de muerte, sino también la cadena perpetua en cualquiera de sus formas.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Michael: *The Eighth Amendment and Juvenile LWOP: Applying the Tison Standard to Juvenile Peripheral Accomplices*, Mississippi Law Journal, 82, 2013, pp. 329-366.
- BARQUÍN PANCORBO, Álvaro: *Prisión perpetua para menores en la jurisprudencia constitucional estadounidense. De Roper a Jones*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24-r6, 2022, pp. 1-24.
- BERRY III, William W: *Evolved Standards, Evolving Justices: The Case for a Broader Application of the Eight Amendment*, Wash. UL Rev., 96, 2018, pp. 105-152.
- FRASE, Richard: *What's «Different» (Enough) in Eighth Amendment Law?*, Ohio State Journal of Criminal Law, 11(1), 2013, pp. 9-36.
- KRAUSE, Lindsey E.: *One size does not fit all: The need for a complete abolition of mandatory minimum sentences for juveniles in response to Roper, Graham, and Miller*, Law & Inequality, 33, 2015, pp. 481-506.
- LIU, Juliet: *Closing the door on permanent incorrigibility: Juvenile life without parole after Jones v. Mississippi*, Fordham Law Review, 2022, pp. 1033-1071.
- MASSEY, Hillary J.: *Disposing of Children: The Eight Amendment and Juvenile Life without Parole after Roper*, Boston College Law Review, (47), pp. 1083 ss.
- MARONEY, Terry A.: *The False Promise of Adolescent Brain Science in Juvenile Justice*, Notre Dame Law Review, (85), 2010, pp. 89-176.
- MCGREEVY, Jenna: *Growing up in Prison: Rethinking Juvenile Offender Parole Hearings to Eliminate Essential Life Sentences*, Baltimore Law Review, 50, 2020, pp. 221-243.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina: *¿Cadena perpetua no revisable para menores de edad? Jones vs. Mississippi: crónica de un retroceso constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 22 de abril de 2021*, InDret, 3, 2021, pp. 323-332.
- MURROCK, Kristin E.: *A Coffin Was the Only Way out: Whether the Supreme Court's Explicit Ban on Juvenile Life without Parole for Non-Homicide Offenses in Graham v. Florida Implicitly Bans de Facto Life Sentences for Non-Homicide Juvenile Offenses*, Civil Rights Law Journal, 25, 2015, pp. 243-270.

- POZUELO PÉREZ, Laura: *Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de las neurociencias acerca del tratamiento penal de los menores de edad*, InDret, 2, 2015, pp. 1-26.
- PHILIPS, Lindsey A.: *United States v. Grant: Does a Term-of-Years Sentence That Meets a Juvenile's Expected Life Span Violate the Eighth Amendment's Ban on Cruel and Unusual Punishment*, American Journal of Trial Advocacy, 42, 2018, pp. 185-207.
- PUCKETT, Brittany A.: *Solitary Confinement of Juveniles and Our Evolving Standards of Decency: A Look at Recent Action Taken by the Court, Congress, the President, and the States*, University of LA Verne Law Review, 38, 2016, pp. 63-82.
- ROVNER, Joshua: *Juvenile Life Without Parole: An Overview. The Sentencing Project*, 2023. <https://www.sentencingproject.org/policy-brief/juvenile-life-without-parole-an-overview/>
- SHAH, Hannah: *De Facto Life Sentences Trigger Juvenile-Specific Eighth Amendment Protections: Why Bowling Was Wrongly Decided* Public Interest Law Journal, 2, 2021, pp. 215-249.
- RUSSEL, Sarah French: *Jury Sentencing and Juveniles: Eighth Amendment Limits and Sixth Amendment Rights*, Boston College Law Review, 56, 2015, pp. 553-615.
- TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar: *La prohibición de la pena capital a los menores de dieciocho años en el derecho internacional: ¿Un paso hacia la abolición universal de la pena de muerte?*, Anuario de la Facultad de Derecho, 19, 2001, pp. 219-234.

INFORMES CITADOS

- Amnesty International & Human Rights Watch (2005). *The Rest of Their Lives Life without Parole for Child Offenders in the United States*. <https://www.hrw.org/reports/TheRestofTheirLives.pdf>.
- Amnistía Internacional (2025). *Ejecuciones de personas que eran menores en el momento del delito: 1990-2024*. <https://www.amnesty.org/es/documents/act50/9239/2025/es/>
- Human Rights Watch (2012). *Against all Odds. Prison Conditions for Youth Offenders Serving Life Without Parole Sentences in the United States*. Human Rights Watch. https://www.hrw.org/reports/us0112ForUpload_1.pdf.

10. LEGALIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD POLÍTICA ¹

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático j. de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili

I. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA COMO REALIDAD COTIDIANA

Una de las acusaciones que con frecuencia surgen en la sociedad española es la de ser «responsable político» de algo. Eso sucede cuando alguien, que, por cualquier razón, no ha podido ser acusado de la comisión de un delito (normalmente se trata de delitos relativos a la corrupción en la actividad pública), en opinión de algunos o muchos, merece un reproche público análogo. Esa será la *responsabilidad política*.

No hay que esforzar la memoria para recordar con cuanta frecuencia y reiteración en la vida pública española se hace mención a la relación y diferencia entre la responsabilidad penal, que tiene unos límites que, para algunos, pueden ser incomprensibles, y la responsabilidad moral o política.

En el análisis que algunos hacen sobre la responsabilidad política flota siempre una primera idea: las reglas del derecho sirven para alcanzar a unas personas, pero no a todas aquellas a las que algunos, desde fuera o desde dentro del conflicto, consideran tan o más responsables que los realmente acusados. Pero frente a ese hipotético lamento hay que oponer, ante todo, la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva y, además, cuando eso se intenta para actuar en contra de una persona, cualquier disminución de garantías es repudiable o debiera serlo.

¹ Es para mí un honor contribuir con estas páginas al homenaje a mi colega, amigo y gran penalista Enrique Peñaranda Ramos.

También puede haber, al menos, teóricamente, responsabilidad política sin necesidad de que nadie en concreto haya cometido una infracción penal, y hasta incluso una responsabilidad política «positiva», que es la que se deriva de los aciertos de gestión y de las decisiones correctas, y así se hablará de los responsables políticos como personas que se pueden hacer merecedoras del respeto y apoyo de sus conciudadanos. Pero lo normal es que la palabra «responsabilidad» se interprete, por el influjo semántico de su significado en el derecho, en el sentido esencialmente negativo antes indicado.

La frontera entre la responsabilidad jurídica y la política o moral es tenue, y, mientras que la responsabilidad penal puede ahormarse, al menos en teoría, a través de la Ley, la responsabilidad política carece de reglas que la disciplinen, lo cual da lugar a que la condición de responsable político o moral no derive tanto de la objetividad como de la valoración que algunos, pocos o muchos, puedan hacer de una secuencia de hechos o acontecimientos, de los cuales puede haber responsables jurídicos o no haberlos, incluso responsables criminales.

En qué consiste esa clase de responsabilidad es cosa variable e indeterminada. En cierto modo, y conforme a la experiencia, es similar a la responsabilidad moral, con la sola diferencia de generarse en el campo de los problemas propios de la política y que se le atribuye solo a quien detenta poder. Pero queda en una inexpugnable penumbra la consecuencia de esa responsabilidad.

Con frecuencia se hacen comparaciones entre lo que habría sucedido en otros países europeos en caso de que se hubiese producido un escándalo similar a los que, en los últimos tiempos se han producido en España, y se cita, y es solo un ejemplo, el caso del ministro austríaco que dimitió de su cargo simplemente porque se descubrió que había plagiado un capítulo de su tesis doctoral. En España hemos asistido a un buen número de denuncias por utilización de curriculums falseados por parte de políticos conocidos sin que ello haya provocado, salvo alguna anecdótica excepción, consecuencia o reacción de especie alguna. A partir de ahí, hablar de la efectividad de responsabilidades no penales en España, puede, sin duda, hacerse, pero no en serio.

Hay que partir, claro está, de que la imputación de responsabilidad política presupone que es inviable cualquier forma de participación en el hecho que pudiera ser punible con arreglo al derecho penal. Así pues, la responsabilidad política tiene una frontera que está establecida por el principio de legalidad.

Innegablemente, en muchos casos de imputación de responsabilidad política se aprovecha la oportunidad para llevar a la opinión pública la idea de que existe un divorcio entre derecho y justicia, entre razón y sentimiento. La responsabilidad penal se establece cuando alguien es declarado autor, coautor,

inductor, cómplice o encubridor de un delito, y, por naturaleza, solamente pueden declararla los jueces.

La responsabilidad política no se diluye con el señalamiento de las responsabilidades penales. Se dice que eso no reduce ni oculta la existencia de otros sujetos que son los responsables «políticos» o morales, sin concretar si se trata de una responsabilidad contraída por no haber evitado el comportamiento de otros pudiendo y debiendo hacerlo. Lo mismo se dice en casos en que esa clase de responsabilidad se deriva del solo hecho de la elección de una persona para el cargo en el que se cometió el acto ilícito, así como los supuestos en los que media una relación de parentesco o de afectividad que, en la valoración social explica el margen de libertad con el que ha podido actuar la persona que delinquiró. A todo ello se añade la torpeza, negligencia o incuria en la gestión de los negocios públicos, por culpa de las cuales otras personas, se supone que diferentes del destinado a ser responsable político, han podido, incluso, corromperse sin traba alguna y cometer delitos.

La responsabilidad política derivará así, en el fondo, del mal gobierno mostrado en la elección de personas para determinadas funciones o en la incapacidad para saber y controlar lo que se supone de una importancia tal *que no podía quedar fuera del conocimiento* del superior. Esa manera de razonar ha servido incluso a algún juez, y desde luego a mucha prensa, para condenar a alguien al grito de «no puede haber sucedido todo eso sin que él lo supiera» o, con comentario más comedido, «tuvo que preocuparse por saberlo todo».

Esa responsabilidad, que en el fondo deriva de una grave falta de respeto a muchas reglas no escritas de la democracia, se deberían pagar, en teoría, con la pérdida de votos, pero, desgraciadamente, ese efecto no es tan evidente, al menos en España. Pero lo que en ningún caso deja de producirse son las denuncias sobre la inutilidad de las leyes y la incapacidad del sistema jurídico para llegar alguna vez a la verdad de las cosas que suceden y señalar a los responsables.

II. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Se dice que la responsabilidad política no puede eludirse o postergarse invocando la presunción de inocencia y la ausencia de un pronunciamiento condenatorio emitido por algún tribunal, pues siendo diferente esa responsabilidad de la estrictamente penal, su contracción nace de otras causas que los jueces ni pueden ni deben apreciar o rechazar en sus fallos, aunque no hayan

faltado sentencias en que se observan extensiones de los razonamientos invadiendo terrenos ajenos a la determinación de responsabilidades penales.

Hay una concordia inicial, por lo tanto, en que el responsable político de algo lo será en todo caso, al margen de lo que pueda decir cualquier Tribunal. En cambio, nadie discute que quien haya de ser responsable penal lo será solamente cuando así lo disponga una sentencia. Hasta ahí todo parece lineal, simple y comprensible. Pero las cosas son bastante más complicadas.

España sufre un grado de judicialización de la vida pública altísimo. Ningún partido más o menos implantado se ha librado de ver desfilar ante los jueces a sus dirigentes o funcionarios. En segundo lugar, hay que analizar el proceso de génesis de los conflictos políticos.

Es evidente, y no voy a repetir la causa, que las responsabilidades penales y políticas son diferentes. Pero también es comprobable que muchos de esos conflictos arrancan con la directa acusación de haber cometido un delito, y la discusión política versa precisamente, desde el primer momento y casi exclusivamente, sobre ese contundente y terrible hecho que, de ser cierto, lógicamente ha de significar el fin de la actividad pública del personaje afectado.

Se echa mano de leyes y, basta con prestar atención a lo que se dice en el Parlamento y en los medios de comunicación, se realiza no ya un juicio «paralelo», que ese sería el que solo pretendiera establecer la responsabilidad política, sino un juicio «penal» no judicial, en busca de los auténticos responsables, y, por eso mismo, aportando una alta dosis de irracionalidad al siempre difícil campo de la atribución popular de la responsabilidad.

Mas puede resultar, y sobran ejemplos, que los jueces no opinen lo mismo, y es entonces cuando se producen reacciones de supuestos demócratas. Que solo lo son si les dan la razón, que lamentan que sus denuncias no tengan el efecto judicial que merecen, aunque no sea entendido, en nombre de argumentos garantistas «antipopulares», por el Poder Judicial. Es entonces cuando reaparece la invocación de la responsabilidad política como «subsidiaria» de la penal.

Frecuentemente se puede observar que se ha hablado de responsabilidad penal casi de modo único, y por eso los partidos se personan en los Tribunales para acusar a los otros en las causas en las que estén implicados, sin perjuicio de que, mientras tanto, y sin aguardar a que ese tribunal se pronuncie, se va ya anticipando la sentencia lógica y necesaria que ha de recaer. Si esa sentencia, por el contrario, no es la deseada, enseguida se oirán las consabidas declaraciones de «acatamiento» y «respetuosa discrepancia», para añadir que la «incomprensible absolución» no empaña la responsabilidad política efectivamente contraída, de la que no se va a librar al afectado.

Por supuesto que todo eso implica una grave falta de respeto a la separación de Poderes y a la función constitucional de los Tribunales. Del mismo modo, por razones diferentes, es censurable el hecho conocido de que los Partidos políticos ejerzan acciones penales los unos contra los otros, posibilidad que les debería estar vedada.

Pero la más grave manera de no respetar lo que significa el Estado de Derecho es, precisamente, la visible tendencia a diferenciar entre lo razonable jurídicamente y lo que dicta el «sentido común» (de cada cual) o el instinto, como si éste fuera *algo más sólido y respetable* que la razón. La mezcla y choque entre moral (la de cada cual, además) y derecho alcanza su expresión más plena.

III. ¿ES PRECISA UNA RENOVACIÓN CONCEPTUAL?

Se dice por algunos, no siempre con la debida argumentación, que es precisa sin duda una renovación de las instituciones jurídicas, especialmente las que atañen a responsabilidad y culpabilidad, a fin de que su declaración sea fruto de un auténtico encuentro entre derecho y sociedad. Puede que sea cierto, pero lo que es seguro es que hay que estar permanentemente en alerta frente a los siempre reiterados ataques del irracionalismo, y, en nuestro específico campo, en prevención frente a la demagogia y el populismo punitivo.

En expresión de la insatisfacción con el «estado de las cosas» se sientan algunas ideas que se repiten constantemente: se puede ser responsable político y no penal, o viceversa, y, en coherencia con su significado, ni los parlamentarios y partidos políticos son quienes para sentar o negar responsabilidades penales, ni los jueces son quienes para formular responsabilidades políticas. Razonablemente, los jueces, en sus resoluciones y manifestaciones, no pueden en ningún caso incluir alusiones, valoraciones o descalificaciones de carácter político ni en relación con el sujeto al que condenan o acusan, ni tampoco respecto del que absuelven o simplemente mencionan.

Con la misma coherencia, los políticos no deben, en principio, cuando polemizan, dedicarse al análisis del derecho penal aplicable en cada caso, y no porque no tengan derecho a echar mano de argumentos extraídos del ordenamiento jurídico, que como conjunto de principios es patrimonio de todos, sino porque la real aplicabilidad de una u otra norma no depende simplemente de la aislada lectura de un artículo, como creen los no juristas, sino del tránsito del problema por la totalidad del sistema procesal y penal.

Muy lejos de eso está una realidad en la que la descalificación de la magistratura está a la orden del día, y a las hemerotecas me remito.

IV. LAS DIFERENCIAS ESENCIALES. LA JUSTICIA Y EL DERECHO

La diferencia entre las dos clases de responsabilidad ha llevado a decir, como ya he indicado, que, mientras la responsabilidad moral o política es fruto del sentimiento o de las ideas, la responsabilidad jurídica es fruto de la «razón», lo cual es contradictorio con la gran cantidad de componentes «irracionales» que contribuyen a la configuración de las instituciones jurídicas, a su interpretación y a su aplicación.

Tampoco hay que olvidar la importancia del iusnaturalismo, de base religiosa o no, que hace que muchos juristas, aparentemente positivistas, sostengan ideas propias sobre lo que es injusto, esté o no castigado. Por eso no hay que extrañarse de que los ciudadanos no juristas tengan sus propias ideas acerca de lo que se ha de castigar y lo que no ha de serlo.

Los juristas, por lo tanto, buscando una equidistancia entre sentimiento y razón hemos de asentar el discurso en una base sólida e irrenunciable, que no puede ser otra que la que en su tiempo expusieran Giner de los Ríos o Radbruch, o, más recientemente, Norberto Bobbio: existen unos valores generados al paso de los años y con el aumento de la cultura democrática y de la lucha por los derechos humanos, que señalan —o así debiera ser— a los legisladores y a los jueces un marco mínimo de lo justo y un límite máximo a lo que el derecho puede hacer, más allá del cual se invadiría de manera intolerable el ámbito de la libertad personal y del respeto a la discrepancia democrática.

Con frecuencia, cuando se clama por sentar en el banquillo de los acusados a los *auténticos culpables*, lo que indirectamente se dice es que los culpables determinados por el derecho *no debieran serlo o no solo ellos*, y por lo tanto el método del derecho para la atribución de responsabilidad es esencialmente injusto o insuficiente, y, por lo tanto, el derecho es incapaz de alcanzar con plenitud la justicia real, en la que *coincidirían* la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral o política.

No es admisible, aunque se haga habitualmente, la diferencia entre «culpables» y «auténticos culpables» como algo normal e irremediable, consecuencia de la impotencia del Derecho para alcanzar la justicia, pues así, en el fondo, se desprecia su función de ordenador mínimo y necesario de la convivencia, y, pensando en esa función se comprende que sería un *exceso* no fijar límite alguno a la imputación de responsabilidad. Un solo ejemplo: por el camino de declarar a las compañías tabaqueras responsables últimas de las enfermedades propias del tabaquismo se puede también llegar a acusar a los viticultores de responsabilidad en el alcoholismo.

No pretendo con ello negar que existen realidades criminales que escapan a la capacidad del derecho penal, como ocurre con las grandes organizaciones criminales, en cuyos centros máximos de decisión, en muchos lugares del planeta, se pueden encontrar los mismos que detentan el poder político o económico. Pero eso no tiene nada que ver con lo dicho sobre la denunciada impunidad de la responsabilidad moral, y la ausencia de los «auténticos culpables».

El derecho penal, parcela del derecho en la que más fuerza tiene la diferencia entre culpable y no culpable o responsable, se asienta en una idea central: el individuo es el protagonista del sistema, especialmente como autor de los delitos. La responsabilidad ha de ser de sujetos concretos y sería peligroso despreciar ese dogma individualista. La teoría de la participación tiene unos límites infranqueables, y lo mismo sucede con los criterios dominantes sobre imputación del hecho delictivo, aunque la ciencia penal se haya esforzado en ensanchar sus posibilidades creando conceptos como la inducción, el actuar por otro o la omisión impropia. Este aspecto de la cuestión no debe ser desdeñado, pues explica algunas de las insatisfacciones que produce a la ciudadanía que observa el delito y el proceso y se siente decepcionada ante la, a veces, angosta o incomprensible limitación y atribución de responsabilidades.

El manejo popular de los conceptos de responsable, culpable o inocente, no se hace con el mismo fundamento y sentido con el que lo hace el Derecho. Cuando socialmente se estima que una persona es culpable de algo que ha sucedido, no tiene por qué corresponderse con lo que determina la culpabilidad en derecho penal, sin perjuicio de que pocas o muchas veces pueda coincidir y ser jurídicamente culpable quien también merece socialmente esa consideración.

En cambio, socialmente se utiliza correctamente la palabra inocente en referencia a quién se tiene por libre de toda responsabilidad porque no ha hecho una cosa que se le atribuía, pero rara vez se emplea para designar a quien habiendo efectivamente ejecutado una acción legalmente descrita como delito, ha sido absuelto por un Tribunal penal que ha apreciado una razón jurídica para ello, sea la imposibilidad de imputar subjetivamente el hecho, sea por falta de imputabilidad, por concurrencia de causas de exclusión de la antijuricidad o de exclusión de la culpabilidad. Esa absolución no será acogida, por muchas personas, como inocencia. Una prueba indirecta de la gravedad del problema la da la prohibición, que, como ha declarado el TC, tiene base constitucional, del recurso a la «*íntima convicción del juzgador*» como criterio utilizado a falta de prueba exterior y objetiva.

Cuando, por ejemplo, se dice que algo «no pudo suceder» sin que lo supiera una persona, y eso se sostiene ardorosamente dando por demostrado que jamás un subordinado o la pareja puede hacer algo sin que el otro lo supiera,

aprobara o incluso lo ordenara el superior o el cónyuge o persona análoga, se está despreciando el deber de probar las acusaciones mediante una prueba externa y objetiva por la íntima convicción sostenida en el criterio personal de los que opinan, sean muchos o pocos. Claro que más grave es, todavía, que un Juez lo utilice como criterio para imputar responsabilidad penal y sentar a alguien en el banquillo, como se ha visto en alguna ocasión.

No hay correspondencia entre el criterio justiciero de la sociedad y el del propio derecho. Eso sucede con vocablos como «culpable», «absuelto», «inocente», «responsable» o «irresponsable». Los significados legales y sociales no son los mismos, pero sería absurdo entender que lo ideal pasaría por la plena coincidencia entre lo social y lo legal, entre lo jurídico y lo moral.

El lenguaje del derecho, sus categorías y conceptos, están sometidos a unas funciones y, especialmente, a unas reglas de interpretación que cierran el paso a la adopción de significaciones libres, porque dañarían la seguridad jurídica, y por eso la palabra culpable puede encerrar unos presupuestos y efectos, elaborados por la ciencia jurídica, que son distintos de los que se utilizan en sociedad, en donde operan el sentimiento, la intuición o el instinto, lo cual es inevitable, pero hay que recordar que en determinados escenarios, como, especialmente, en la política, es determinante el abierto propósito de perjudicar a otro.

La diferencia de los lenguajes del derecho y de la ciudadanía en general, por lo tanto, no solo no es preocupante, sino que es incluso razonable. Es más: sería inquietante que se llegara al extremo de colocar en el lugar de la culpabilidad jurídica o de la responsabilidad personal jurídicamente razonada, al sentimiento social o un juicio inspirado en la moral o en la lid política.

Por fortuna, también las ideas de seguridad jurídica, certeza, proporción, evitación del exceso, renuncia racional a la represión, etc., se han ido abriendo paso en la cultura occidental —o así queremos creerlo— sea por convicción cultural progresiva, sea por el recuerdo de las amargas experiencias sobre lo que significa la desaparición del Estado de Derecho.

Así y todo, cuesta hacer comprender a la sociedad la razón por la que una persona que ha propiciado una situación, o no la ha impedido pudiendo tal vez hacerlo, no será responsable jurídico si su comportamiento no tiene encaje en las condiciones que impone el principio de legalidad, o saber hasta qué punto erramos al suponer lo que es un «culpable» o la razón sobre por la que se llega a merecer ese título. Eso puede parecer una cuestión de interés relativo y quizás solo atractiva para los muy versados en temas penales, pero no es así, ni es bueno que la ciudadanía crea que eso es un resultado de un análisis llevado con secretos métodos imposibles de comprender, que se alzan entre lo «justo» y la «verdad de los juristas».

V. DERECHO *VERSUS* SENTIMIENTO SOCIAL

Se ha sostenido por algunos criminalistas y filósofos del derecho que el derecho penal ha de contar con la realidad humana que le precede o le rodea sin intentar ni cambiarla ni despreciarla. Contar con ella no quiere decir estar absolutamente sometido a ella. Los legisladores, por lo tanto, deberán ser conscientes de una idea mínima: la sociedad sí cree en la diferencia entre culpables e inocentes, o, si se prefiere decirlo de otro modo, el instinto social se orienta a la atribución de una responsabilidad subjetiva, incluso desligándose si es preciso de los límites garantistas de la legalidad.

A partir de ahí se planteará para el jurista observador de esa realidad cultural una disyuntiva entre construir un concepto de responsabilidad subjetiva propio, en cuanto que no tendrá pretensión de validez moral sino solo jurídica, lógico-objetivo, racionalista, o bien abrir un espacio en el derecho y en el proceso en el que se puedan verter los sentimientos sociales relacionados con la atribución de esa responsabilidad, lo cual sería peligroso, por razones apoyadas en la experiencia, y que se resumen en lo que tantas veces se ha dicho:

Si el proceso de atribución de responsabilidad –en concreto, el proceso penal– se construyera de tal modo que cupiera decidir la culpabilidad prescindiendo de un riguroso fundamento probatorio supondría que en aras de la irracionalidad y del sentimiento habría sido pulverizado todo lo que se cobija bajo ese nombre de *garantías*, que por lo tanto se considerarían de importancia menor.

Es tan insoportable esa imagen que por sí sola se hace rechazable, pero, en cambio, parece que nada se puede oponer a ella *cuando se trate de establecer la responsabilidad política o moral*. Con ello no pretendo sugerir que tendría que ser lo mismo, pues eso ni es posible ni conveniente, pero entre los criterios jurídicos y la *renuncia a todo criterio limitador* debe haber un término medio, puesto que frente a la imputación penal injusta puede haber la acción por calumnia, pero, en cambio, *frente a la imputación infundada de responsabilidad moral no cabe defensa alguna*, salvo, y con grandes limitaciones, que haya habido injuria, por grande que sea el perjuicio causado a la persona afectada. Al parecer, a la responsabilidad de esa clase no ha llegado el Estado de Derecho.

Cuando se imputa responsabilidad moral o política, en el fondo, se está lamentando la estrechez de las categorías de la autoría y la participación en el delito, considerando que ideas como el consentimiento, el deber moral de intervenir, la culpa *in eligendo*, o, simplemente, el hecho objetivo de ocupar una posición desde la que se hubiera podido impedir algo, aunque en el caso concreto eso no haya sido posible por falta de información adecuada en el tiempo y en su contenido, basta y sobra para atribuir responsabilidad aunque no sea penal.

Queda, en fin, la imputación de haberse beneficiado económicamente de la conducta de otro, lo cual, si esa conducta es delictiva, se contempla en el art.122 CP en orden a la restitución, lo cual es razonable. Pero no lo sería si esa imputación se hace por «instinto o sospecha», pero sin prueba alguna. Y eso, que sucede con harta frecuencia, no es ya atribución de responsabilidad política o moral sino otra cosa más grave, como la injuria.

En suma, tal vez hay que plantear una revisión de los *límites de la participación en el delito* (límites de la inducción y de la coautoría y complicidad) por si realmente tiene sentido que la ciudadanía crea que son excesivamente rígidos y que protegen a quienes debieran ser alcanzados por la represión penal. Mas como sea que esa rigidez no se corresponde con la praxis de los Tribunales, creo que no se precisa revisión alguna. Y en lo que se refiere a la imputación de responsabilidades morales o políticas lo único deseable es una mejora de la educación la individual y la colectiva, por parte de unos y de otros.

Con la misma facilidad con la que se observa la tendencia a declarar culpables al margen de todo proceso racional, también se comprueba que la mayor parte de la sociedad no está dispuesta a poner en peligro las garantías procesales y la seguridad jurídica. Eso parece contradictorio, pero es comprensible que, incluso en el análisis que realizan personas versadas en Derecho, se acepte que los principios que rodean y presiden el derecho puede llegar a ser el refugio de los auténticos responsables de los hechos delictivos. Pero la reacción o puede ser, como ha visto en ocasiones, por ejemplo, clamar contra el régimen de la prescripción del delito exigiendo que una lista de infracciones no prescriba nunca.

Desgraciadamente, en España todavía no ha calado suficientemente la convicción de que la democracia es, ante todo, formas y garantías. Los defensores del garantismo dirán siempre, con razón, que es menos grave la impunidad de un responsable que el castigo de un inocente. Pero no todos piensan así, y la frustración que puede producir en una o en muchas personas la impunidad de quien algunos consideran responsable ha de asumirse como un componente consubstancial al funcionamiento de la sociedad, en la que no solo «dictan sentencias» los tribunales.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El lector, si lo hay, puede extraer sus propias conclusiones. Por mi parte solo he pretendido llamar la atención sobre el indudable daño que produce la imputación de responsabilidad política o moral. Con ello no pretendo oponer-

me a la «normalidad» de que esa clase de responsabilidad se produzca y pueda comprenderse como una lógica reacción social, que, además, en muchos casos se corresponde con una fundamentación jurídica razonable, como son los casos de *culpa in eligendo* o de *culpa in vigilando*.

No olvido, por supuesto, los abundantes casos de desviaciones en el cumplimiento de un cargo a causa de la sujeción a las directrices de un Partido político, lo cual sucede con harta frecuencia y no puede dar lugar, normalmente, a la extensión de responsabilidad a todo el Partido. Ese problema, y, en general, el de la responsabilidad de los Partidos políticos se alejan demasiado del objeto de estas breves reflexiones.

Pero por encima de todo hay que salir al paso de la insidiosa idea de que el orden jurídico está compuesto por enrevesados conceptos que, debidamente utilizados por los expertos, sirven para escapar a la acción de la justicia. La idea de que los responsables penales no son, como regla, los únicos responsables, no es, en sí misma, admisible.

La lucha por el Estado de Derecho y por la democracia es la lucha por la consecución de un sistema de garantías sólidas que protegen al individuo frente al desigual poder del Estado, pero también le han de proteger frente a otros poderes, como puedan ser todos los que se aglutinan en ese magma impreciso que se conoce como «opinión pública».

11. UN DERECHO PENAL DE HECHO Y DE AUTOR. HACIA UN TRATAMIENTO REALISTA DE LA PELIGROSIDAD

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS
Catedrático de Derecho penal y Abogado

I. PLANTEAMIENTO

Con gran satisfacción participo en este homenaje al profesor Enrique Peñaranda, discípulo de Gonzalo Rodríguez Mourullo y en consecuencia miembro de la cuarta generación de penalistas españoles de la estirpe de Franz von Liszt, importada por Luís Jiménez de Asúa¹ y continuada por Juan del Rosal, maestro de su maestro y del autor de estas líneas.

Este trabajo es un paso más hacia en el tratamiento realista de la pena y de la peligrosidad criminal, contribuyendo a la convergencia de los Derechos penales de autor y de hecho mediante la real y efectiva conciliación de los fines de la pena con prevalencia de la reinserción social del condenado, y contando con las medidas de seguridad como sustitutivo o complemento de la pena cuando la responsabilidad penal debe atender a la peligrosidad del autor, sea o no culpable. Para tratar esta cuestión se analiza con cierto detenimiento la histórica Ley de vagos y maleantes, haciendo luego una leve mención de la Ley orgánica de la responsabilidad penal del menor, describiendo a continuación el problema no resuelto de la acumulación de condenas del artículo 76.2. CP, que

¹ Por cierto, muy citado en este trabajo, por su intervención en la elaboración y aprobación de la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, sobre la que Jiménez de Asúa escribió el libro que figura en la bibliografía utilizada (1934), en el que explica su génesis y tramitación, emitiendo después una valoración positiva pero con notables críticas, que aumentarían tras contemplar su aplicación. Sobre la genealogía académica de los catedráticos españoles puede verse CUERDA RIEZU, 1990.

finalmente revela la cuestión del maltrato legal a la reiteración y a la reincidencia, claros supuestos de peligrosidad postdelictual.

II. LA PREVENCIÓN ANTICIPADA

1. La ley de vagos y maleantes

Como discípulo de Ferri y de sus restantes maestros², Jiménez de Asúa era conocedor de la Escuela positivista italiana a la que alude en diversos pasajes de su tratado y de su breve publicación dedicada a la Ley de vagos y maleantes³ que, si bien con severas críticas coetáneas y posteriores a su nacimiento que *ut infra* se comentan, inicialmente consideró un acierto. Esta ley la aprobó por unanimidad el Congreso de los Diputados republicano el 4 de agosto de 1933 y mantuvo su vigencia en el Franquismo que incluyó en la lista de peligrosos a los homosexuales en 1954 hasta sustituirla por la Ley de peligrosidad y rehabilitación social 16/1970 de 4 de agosto (Reglamento aprobado por el Decreto 1144/1971 de 13 de mayo), modificada por la ley 77/1978 de 26 de diciembre y abrogada por la disposición derogatoria c) de la ley orgánica 10/1995 fuente del vigente Código penal. Esta ley republicana sirvió de modelo a otras promulgadas en distintos países hispanoamericanos⁴, siendo considerada por Jiménez de Asúa un ensayo legislativo finalmente fallido⁵.

Los peligrosos sociales en la Ley de vagos y maleantes descritos en sus artículos 2, 3 y 9, Jiménez de Asúa los clasificó en tres categorías aquí rebautizadas⁶: 1) Estados postdelictuales⁷, 2) Conductas criminali-

² Aunque también lo fue de Quintiliano Saldaña y sobre todo de Franz von Liszt, e incluso de Bernaldo de Quirós –como él dijo– y, en consecuencia, de Dorado Montero transmisor de la doctrina de Krause a través de Röder (*Vid.* SILVA SÁNCHEZ, p. 285). Todos sus maestros coincidían en hacer hincapié en la prevención especial, predelictual el italiano y más bien postdelictual los demás, unos desde la perspectiva de la defensa de la sociedad (defensa social, medidas de seguridad predelictuales, inocuación del delincuente incorregible...) y otros más centrados en la rehabilitación del delincuente (correcionalismo, defensa del delincuente, abolición de la pena de muerte,...). Ver también las referencias a Jiménez de Asúa en la nota siguiente y en Von Liszt 1882/1994, Prefacio de Rivacoba y «Corsi e recorsi» del propio Jiménez de Asúa (pp. 25-51).

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1934, 1950, pp. 852-855, 958-960 y 1002-1003; 1950 bis, pp. 222-225, y 1970, pp. 366-367 y 722-726.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950, pp. 852-855, 957-960 y 1002-1003; y 1934, pp. 59-61, esta última referencia limitada a la República Argentina.

⁵ Ver nota 1. *Ut infra* se comenta esta obra. Respecto al fracaso del ensayo, ver la nota (36).

⁶ 1934, p. 42 y nota (2), criticando una enmienda del diputado Sr. Elola al Proyecto de ley, que Jiménez de Asúa considera «tomada casi a la letra de Silvio Longhi»: a) Relativos, sustancialmente, al delito perpetrado, b) Hechos reveladores de actividad antisocial y c) Seudo delitos. En este punto se ha elegido como nomenclatura: Estados postdelictuales, Conductas criminalizables y Estados predelictuales.

⁷ Reincidentes o reiterantes de presumida habitualidad u otro delincuente que se estime peligroso, y los autores de delitos imposibles por inidoneidad del medio, inexistencia de objeto, o por no aceptación

zables⁸ y 3) Estados predelictuales⁹. Y las medidas de seguridad previstas en su artículo 4.º eran materialmente auténticas penas por su carácter aflictivo y cercenador de derechos fundamentales o de índole menor, como las multas¹⁰, algunas de las cuales serían hoy claramente inconstitucionales¹¹.

2. Proyectos del Gobierno y de Jiménez de Asúa y Ruiz-Funes

En este punto es oportuno acudir al mencionado librito de Jiménez de Asúa «La ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo de la peligrosidad sin delito», que aminora notablemente la responsabilidad del ilustre penalista en la elaboración y aprobación de esta ley, si bien aclara su postura respecto a la responsabilidad penal por la peligrosidad predelictual, que luego ratifica en su Tratado¹². Ya en el inicio del texto, aun reconociendo su «inusitada importancia» e «incalculable eficacia científica», declara que surgió «casi sin preparación y de haber sido compuesta con singular apremio», a pesar de lo cual, «Del primitivo Proyecto del Gobierno, político y de mero orden público, se arriba a la ley, defensiva y biológica, en la que toma realidad la doctrina del estado peligroso»¹³. Y tras exponer el texto de dicho Proyecto¹⁴, comienza su crítica

del mandato o desistimiento de la acción emprendida, artículos 2 y 9. El artículo 9 establece el procedimiento a seguir por el tribunal sentenciador en estos supuestos.

⁸ Los rufianes y proxenetas; los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades o sus agentes la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieran entregado a otro para su inversión o custodia; los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o lisiados; los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma; los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes, los que usaren o tuvieren documentos de identidad falsos u ocultaren los propios; los extranjeros que incumplieran una orden de expulsión del territorio nacional, y los que comentan de forma reiterada y recuente contravenciones penales, artículo 2.

⁹ Los vagos habituales; los mendigos profesionales; los ebrios y toxicómanos habituales, y a los que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes, por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente o por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, así como los autores de hechos reveladores de actividad antisocial: artículos 2 y 9).

¹⁰ Eran las siguientes: internado de un Establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas; internado en un Establecimiento de custodia; asilamiento curativo en Casas de templanza; expulsión de extranjeros del territorio nacional; obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado; prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe; sumisión a la vigilancia de la autoridad; multa de 250 a 10.000 pesetas, e incautación y pérdida de dinero o efectos. Y el artículo 5 declaraba que «Las medidas de seguridad sólo podrán ser aplicadas por los Tribunales...».

¹¹ Como los trabajos forzados, y además por su modo de ejecución, al que aluden en su artículo los historiadores del Derecho DE MIGUEL SALANOVA y CAMPOS MARÍN, 2024, centrando su investigación en Madrid.

¹² 1934, pp. 61-63 y 1950 bis, pp. 224-225.

¹³ Pp. 5.

¹⁴ P. 6-19.

diciendo: «Cuando la minoría parlamentaria socialista conoció este Proyecto hubo de sentir justas alarmas, porque, en épocas de oposición, la ley podría ser, en manos de los conservadores, sobremanera peligrosa para hombres de nuestro partido. El Proyecto se había preocupado tan sólo del factor de orden público y había descuidado la defensa social contra estados peligrosos de naturaleza ajena a la política»¹⁵. Y continúa manifestando que sus compañeros de partido de la Comisión de Presidencia del Congreso le encomendaron «—con prisa agobiante— que les redactase un breve informe crítico sobre el aludido Proyecto», informe que reproduce a continuación para terminar afirmando: «Este proyecto, para que sea eficaz y científico, tiene que ser totalmente rehecho»¹⁶. Y ante la oposición de su grupo parlamentario a la aprobación del Proyecto «si no se modificaba radicalmente», por inspiración del propio Jiménez de Asúa el Presidente del Consejo propuso que los socialistas le designaran a él «y el Gobierno a Mariano Ruíz-Funes, para rehacer totalmente la ley de Vagos y maleantes. Pero también se nos conminó con tremendas prisas»¹⁷, nuevo Proyecto que compusieron para estudio de la mencionada Comisión parlamentaria¹⁸.

El nuevo Proyecto fue íntegramente aceptado por la Comisión de Presidencia que lo convirtió en dictamen de las Cortes, con un preámbulo redactado por Ruíz-Funes explicativo de su contenido¹⁹ y sin ninguna enmienda a la to-

¹⁵ P. 19.

¹⁶ Pp. 20-24.

¹⁷ P. 24.

¹⁸ Pp. 25-32.

¹⁹ Pp. 32-38. Del que cabe destacar los siguientes puntos: 1. «Se establecen...varias categorías de estados peligrosos: unas, sin delito; otras, derivadas de delito, de la reiteración y de la reincidencia criminales». Las postdelictivas porque la repetición de actos criminales son la «base para creer fundadamente que el delito cometido no es un episodio aislado, y que si no se toman ciertas medidas asegurativas habrá de repetirse sistemáticamente»; y las predelictuales por tratarse de una «actividad antisocial, inmoral y dañosa, que es índice seguro de una conducta reveladora de inclinación al delito».— 2. Las medidas de seguridad en ambos casos son «medidas de cura, adaptación e inocuización». Medidas «dotadas de una doble eficacia: ... para convertir al peligroso en un elemento útil... y ... para defender a la sociedad de esas actividades».— 3. «Sólo alcanzan las disposiciones de la ley a los mayores de dieciocho años. Los menores de esa edad quedan sometidos a la acción correctiva de los Tribunales tutelares de menores».— 4. Considera la ley peligrosos sociales primero a «los vagos habituales, es decir, los sujetos que no trabajan porque no quieren y revelan con su vagancia un índice de temibilidad y peligrosidad. Junto a ellos se incluyen a los que viven del esfuerzo ajeno, como los rufianes y proxenetas, que se sustentan del tráfico ilícito de mujeres o de las ganancias que obtienen con la prostitución, o de la mendicidad ajena o de la explotación de menores...». También «figuran incluidos en el Proyecto los ebrios y toxicómanos habituales que se encuentran en un estado patológico, propicio a toda suerte de actividades antisociales y criminales, por causas originariamente voluntarias...Y... los traficantes de drogas y sustancias tóxicas de ilícito comercio... y los que comercian en efectos también de ilícito comercio, como las armas, que son los colaboradores de la forma más temible de delincuencia, la delincuencia asociada para cometer delitos de terrorismo, contra las personas y encuentran su índice de peligrosidad en las posiciones que adoptan ante la autoridad constituida, y en cuya conducta se revela un verdadero índice de temibilidad... Son los incluidos en los números 3.º, 8.º y 9.º del artículo 2.º— Finalmente, habla en núm. 10.º del propio artículo... de los que observan una conducta reveladora de la inclinación al delito... el trato asiduo con

talidad, si bien en la comisión se hicieron algunas modificaciones que Jiménez de Asúa describe con gran detalle²⁰ y, en algunos casos, con severas críticas²¹.

3. Valoración de la ley

Jiménez de Asúa dedica el apartado III de su libro²² al «significado y trascendencia de la ley», haciendo una crítica de conjunto, describiendo los precedentes legislativos extranjeros y recordando su «doctrina dualista de Códigos». Considera que «Después del debate parlamentario, la ley queda más dura, menos flexible, más casuística, incongruente y mucho menos elegante», y continúa diciendo: «De haber sido yo miembro de la Comisión de Presidencia, o de haberse dictado la ley por la Comisión de Justicia, muchas de esas enmiendas no hubieran pasado, o al menos hubieran sufrido reforma más honda»²³. Pero en el siguiente párrafo generaliza la crítica declarando: «Esta ley es el ejemplo más típico de que *así* no se puede legislar. Las leyes tienen que ir al Parlamento con todo estudio y allí defenderse de enmiendas y reformas. Esta ley de peligrosidad nació de improviso; con apremios máximos hubimos de redactarla, y *en una sola sesión* parlamentaria sufrió hondas transfor-

delincentes y personas de mal vivir, la frecuentación de lugares donde se reúnan maleantes, la asistencia reiterada a casas de juegos prohibidos o la comisión reiterada y frecuente de faltas policiales...».-5. «El artículo 3.º trata del estado peligroso posterior al delito... los reincidentes ... y... los reiterantes... Pero la simple repetición del delito no basta para declararles peligrosos: se precisa la presunción de habitualidad criminal...».-6. «Las medidas de seguridad del artículo 4.º tienden a corregir a los peligrosos...».-7. «Declara el artículo 5.º el principio de jurisdiccionalidad de las medidas... Con ello se salvaguardan las garantías que el peligroso pudiera merecer como ciudadano...».-8. El capítulo II concreta la aplicación de las medidas y el III se refiere al cumplimiento de las mismas, considerándose su quebrantamiento de las medidas asegurativas equivalente a la de la condena penal.-9. «El título II del Proyecto trata del procedimiento...». Pudiéndose aplicar las medidas «de oficio por el Tribunal sentenciador a los reincidentes y reiterantes, presuntos de habitualidad criminal y a los delincentes peligrosos... pero... deberán imponerse en fallo separado».-10. Termina el Informe declarando que la eficacia del Proyecto depende «tanto de sus disposiciones como de la preparación y de la conciencia de los órganos que la apliquen... Con su cooperación inteligente y vigilante puede lograrse destruir la corrupción antisocial que germina en los peligrosos, en vez de dejar que se convierta en una corrupción sin esperanza de remedio». Y el libro, en nota a pie de la página 38, remite para acceder al informe al «Apéndice 9.º, al núm. 361 del Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes».

²⁰ Pp. 38-44.

²¹ En las pp. 42 y 43 es especialmente crítico con la introducción en el artículo 9.º, en el Título II del Procedimiento, los tres grupos de estados y hechos que sirven de fundamento para declarar la peligrosidad: a) relativos, sustancialmente al delito perpetrado, b) hechos reveladores de actividad antisocial y c) pseudo-delitos. Tanto por tratarse de un tema sustantivo y no procesal, como por tener la peligrosidad un carácter «biosociológico» que no permite coartar la libertad de los jueces para la declaración de peligrosidad. En este como en otros puntos se aprecia la, al menos entonces, fe de Jiménez de Asúa en el carácter científico y no jurídico de las fuentes de la peligrosidad criminal.

²² Pp. 58-67.

²³ P. 58.

maciones. El Gobierno tiene a su disposición un organismo de responsabilidad científica: la Comisión Jurídica Asesora²⁴. Si se le hubiere encomendado con tiempo la redacción de este Proyecto y después le hubiéramos defendido en la Cámara hombres de vocación penalista, otra sería la estructura y otros los preceptos de la ley»²⁵. Esta crítica la siguen mereciendo la mayoría de los posteriores Gobiernos y especialmente el actual, comprendiendo el escepticismo de Alonso Martínez en la exposición de motivos de la vigente Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 cuando, al expresar la necesidad de realizar en el futuro la extensión el principio acusatorio a la instrucción, escribió: «Y suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica...».

En el siguiente epígrafe de este apartado III trata los «Precedentes legislativos extranjeros»²⁶, destacando que esta ley es «un ensayo de legislación sobre estado peligroso sin delito»²⁷. Y es un ensayo que por primera vez en el mundo de las leyes pone en marcha España. Se han compuesto, en efecto, preceptos como la ley inglesa de 1908, sobre custodia de delincuentes habituales, las leyes suecas de 1928 sobre delincuentes de responsabilidad restringida y reincidencia, y la ley belga de Defensa social, de 9 de abril de 1930, contra anormales y reincidentes²⁸; pero no rige todavía en parte alguna del orbe una ley como la nuestra sobre peligrosidad sin delito». A continuación expresa que «Sólo la Argentina la intentó, sin lograrlo», haciendo una detallada memoria de dicho proceso, en el que él tuvo protagonismo²⁹.

Sigue su valoración de la ley en un nuevo epígrafe que rotula «Realización de una doctrina», «doctrina dualista» de Jiménez de Asúa que toma según él realidad en esta ley, «En tanto que aguardamos la hora, de futuro remoto, del Derecho protector de los delincuentes»³⁰, se precisa componer dos Códigos:

²⁴ La Comisión General de Codificación, creada en 1943, fue denominada Comisión Jurídica Asesora por Decreto de 6 de mayo de 1931.

²⁵ Pp. 58-59.

²⁶ Pp. 59-61.

²⁷ Y en nota a pie de página dice: «Sobre la peligrosidad, véase mi libro *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Imp. Pueyo, 1922, y mejor la traducción italiana, por haber sido corregida y aumentada: *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento represivo e preventivo*, Turín, Bocca, 1923».

²⁸ Y pone en nota a pie de página: «Vid. Buffelam, *La réforme pénitentiaire en Belgique et la loi de défense sociale du 9 Avril 1930, 1931*».

²⁹ Pp. 59-61. Remitiendo de nuevo en nota a pie de página, además de sus artículos en la prensa argentina, «La Prensa» de Buenos Aires —4 de Febrero, 19 de Abril y de Mayo de 1929—, a sus libros: *El nuevo Código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1928, páginas 289 y siguientes, y *El nuevo Derecho penal*, Madrid, Páez, 1929, páginas 174-176.

³⁰ DORADO MONTERO escribió en 1916 el libro *El Derecho protector de los criminales (I-II)*, reeditado en 1999 por Jiménez Gil Editor, Pamplona. Sobre la «dualidad de Códigos» puede verse también JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950 bis, pp. 219-220.

uno de la peligrosidad delictual; otro para el estado peligroso sin delito», uno el «Código sancionador» y otro el «Código preventivo». Considera además que su doctrina se diferencia de la de Birkmeyer, Beling y Longhi, pues los códigos o el código con dos secciones que promocionan no se contempla, aunque sí la aluden Longhi y Beling, la «peligrosidad sin delito», pues «el estado peligroso que contemplan es el que se revela por delito»³¹.

El siguiente epígrafe se refiere a la «Aplicación de la ley»³², en el que citando a Ruíz-Funes³³ manifiesta que, «tratándose de una ley de excepción, no es posible aplicar a ella ningún principio de analogía, ni es susceptible de interpretación extensiva; en consecuencia, no puede declararse peligrosos más que aquellos sujetos que estrictamente encajen en los estados previamente precisados en la ley»³⁴.

Finaliza este librito afirmando que «Esta ley de defensa social biológica, no es un atentado al liberalismo. No supone que en la pugna entre Derecho penal liberal y autoritario que se libra en Alemania tomemos partido por la dictadura... Las leyes sobre peligrosidad sin delito, más prestigian que merman los sistemas liberales. La mayor parte de las grandes ciudades se libran de los malvivientes por métodos policíacos a extramuros de la ley, con grave escarnio del derecho de libertad», aludiendo en este sentido al artículo 22 de la ley Provincial española, por el que las autoridades «imponían quincenas a los individuos sospechosos sin más que fingir que habían blasfemado o que habían incurrido en faltas de decencia pública. En Buenos Aires se hace cosa análoga imaginando contravenciones de “portación” de armas –sancionada por el Edicto policial de 10 de Julio de 1889– o de embriaguez»³⁵. Clausurando esta publicación afirmando que «No se debe cerrar los ojos a la realidad», y esta ley, aunque imperfecta, es el mejor modo de defender a la sociedad, pues «Encargando esta tarea a los funcionarios judiciales, quedará mejor garantizada la libertad humana que con el sistema de antes, liberalismo en las leyes y

³¹ P. 62.

³² Pp. 63-66.

³³ P. 63, en nota a pie de esta página remite a «la Interviu periodística, Hoja Oficial del Lunes, de 4 de Septiembre de 1933, pag. 7».

³⁴ Añadiendo Jiménez de Asúa que «no todo el que encaje en el artículo 2.º se le puede sentenciar como temible. *Apresurémonos a decir que no*. El artículo 2.º comienza diciendo “podrán ser declarados en estado peligroso; pero no que fatalmente lo han de ser”. Las categorías están en la ley con fines garantizadores; pero para hacer la declaración de peligrosidad el Juez ha de estudiar el sujeto para ver si concurren *elementos* de peligro subjetivo, que la ley no enuncia por dejar más arbitrio a los juzgadores, pero que la doctrina científica tiene ya establecidos», remitiéndose a su ya citado libro *El estado peligroso*. Y termina reclamando una regulación legal que llene el lapso entre los 18 años de los posibles sujetos pasivos de esta ley y los 16 que son el límite máximo de competencia de los Tribunales tutelares de menores.

³⁵ Pp. 66-67.

anticonstitucional y arbitrario proceder en las prácticas policiacas y gubernativas». Pero este deseo no se cumplió, y el propio Jiménez de Asúa criticó la aplicación de la ley³⁶, estimando fallido el pretendido ensayo.

4. Vigencia y posterior derogación de la ley republicana

Una ley de 15 de julio de 1954 incluyó en el número segundo del artículo 1.º de la ley de vagos y maleantes a «Los homosexuales», y en el undécimo modalidades de apología y provocación al terrorismo y al robo con intimidación, así como los que «perturben con su conducta opusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública».

La Ley de peligrosidad y rehabilitación social 16/1970 de 4 de agosto sustituyó a la de vagos y maleantes, con novedades relevantes que acentúan el carácter predelictual de los estados peligrosos en contraste con el signo contrario de la ley derogada³⁷.

5. Conclusiones provisionales

De este somero análisis se puede inducir que en ambas leyes conviven estrictos o propios estados de peligrosidad predelictuales con conductas que podrían tipificarse como delitos y que, en algunos casos (blanqueo de capitales, juegos ilícitos o temeridad en la conducción) han sido o siguen siendo tipificados como tales, aunque algunos descalificables por ser «delitos de sospecha». También cabe concluir que la Ley de peligrosidad y rehabilitación social

³⁶ DE MIGUEL SALANOVA y CAMPOS MARÍN, 2024, pp. 115 y 133.

³⁷ Estos estados de necesidad son, en primer lugar, exigir expresamente que los estados de peligrosidad estén «probados» y que se aprecie en ellos «una peligrosidad social» que el juez tendrá también que declarar probada, aun cuando no exista una definición legal de en qué consista tal peligrosidad, ausencia de relativiza al máximo su pretensión garantista; también sustituir el término «los homosexuales» por el más limitado «los que practiquen actos de homosexualidad» y además se incluyen como nuevas conductas peligrosas las siguientes: «Los que habitualmente ejerzan la prostitución».– «Los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología».– «Los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas».– «Los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva».– «Los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten indudablemente su presumible utilización como instrumento de agresión».– «Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello».– «Los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa».– «Los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos».

exasperó los supuestos de estados y situaciones estrictamente merecedoras de medidas de seguridad predelictuales. Y finalmente, como conclusión más funcional para este trabajo, esta realidad histórica permite distinguir un Derecho penal de autor hoy intolerable, por castigar un pronóstico sin previa comisión de delito típico o tipificable, y otro Derecho penal de autor tan tolerable que es incluso necesario para el cumplimiento de todos los fines de la pena, particularmente de la reinserción social.

III. PELIGROSIDAD POSDELICTUAL

1. La acumulación de condenas

La peligrosidad postdelictual está prevista en el Código penal, al regular en el Libro I las medidas de seguridad (arts. 1-3, 6, 22 y 101-108) y en el II otros supuestos en los que son aplicables, y también en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores *ut infra* mencionada, siendo un buen portal para su tratamiento la acumulación de condenas del artículo 76.2 del Código, que dará de inmediato entrada a la consideración de la peligrosidad instalada en la reincidencia y la reiteración. Sobre este tema se ha pronunciado el autor de estas líneas³⁸ destacando que la Sala de lo penal del Tribunal Supremo realiza dicha acumulación mediante un programa de IA, ajustándose para la selección de las sentencias acumulables el criterio estrictamente cronológico y, para su acumulación y determinación de la pena resultante, también de modo exclusivo el principio *in dubio pro reo*, procediendo a agrupar las sentencias en diversos bloques en búsqueda del resultado más benigno para el sentenciado. Pues bien, tanto Del Moral García como Solar Calvo plantean cuestiones de fondo, tanto jurídicas como político-criminales, que invalidan el actual régimen regulador de la acumulación de condenas, resucitando la tesis doctoral de Jiménez de Asúa al abogar tácitamente por la «sentencia indeterminada».

Del Moral García comienza su artículo con una cita muy sabia de Carnelutti³⁹, y a partir del convencimiento de que el proceso penal no termina con la sentencia firme, llega a la conclusión de que en estos casos «Ese incidente u opera-

³⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, 2025.

³⁹ En su conocida obra «Las miserias del proceso penal»: «La gente cree que el proceso penal termina con la condena y no es verdad; la gente cree que la condena termina con la salida de la cárcel y no es verdad; la gente cree que el ergástolo es la única pena perpetua y no es verdad. La pena, si no propiamente siempre, en nueve de cada diez casos, no termina nunca».

ción de acumulación, aunque ubicado cronológicamente en la fase de ejecución no es propiamente ejecución; es declaración, es enjuiciamiento»⁴⁰. Las reformas sustantivas y procesales que propone este autor⁴¹ «deben permitir (el) reformateo en la fase de ejecución, cumpliendo el objeto posible del incidente regulado actualmente en el artículo 988 LECr, para una reindividualización que contemple todo el historial delictivo del condenado superando la visión fragmentaria de un concreto proceso», para terminar⁴² generalizando la necesidad de permitir realmente que las penas cumplan sus fines, particularmente la reinserción social.

Solar Calvo⁴³ denuncia como causa general de las deficiencias en la acumulación de las penas la anomia, tanto sustantiva como procesal, «pues el proceso de acumulación contempla defectos sistémicos que requieren normativa por su clara y directa incidencia en los derechos de los internos»⁴⁴, especialmente respecto a las penas de larga duración, en particular a la hora de recibir los correspondientes beneficios penitenciarios. También se cuestiona las posibles lesiones de los derechos fundamentales a la libertad (art. 17 CE) y a la igualdad (art. 14 CE), en agravios comparativos que surjan entre beneficiarios de una nueva acumulación y los que no tienen esa oportunidad ni los consiguientes beneficios por haber cometido menos delitos, aun cuando jurisprudencialmente se viene intentando solucionar este agravio comparativo admitiendo nuevas acumulaciones aunque no hayan acaecido nuevas condenas⁴⁵.

Pero Solar Calvo alude también a las cuestiones de fondo relativas a la ejecución de las penas que se acumulan no resueltas al no estar reguladas, aun cuando los beneficios penitenciarios subsidiariamente obvian algunos inconvenientes derivados de la falta de regulación, sin que en ningún caso pueda llegar a decirse que tales beneficios «sirvan para determinar la condena»⁴⁶. También se refiere esta autora⁴⁷ a la necesidad de pautar y no exagerar las limitaciones a las que se someten en ocasiones los tratamientos en libertad, siendo oportuno añadir a este respecto la falta de medios personales para un eficaz tratamiento de los penados en regímenes de libertad o semilibertad.

Plantea finalmente Solar Calvo⁴⁸ un problema grave, relacionado con los fines de la pena y con el primordial de la reinserción, que es el de aquellos

⁴⁰ DEL MORAL GARCÍA, 2024, p. 169.

⁴¹ DEL MORAL GARCÍA, 2024, pp. 173.

⁴² DEL MORAL GARCÍA, 2024, pp. 179-180.

⁴³ SOLAR CALVO, 2024, pp. 242-247.

⁴⁴ SOLAR CALVO, 2024, p. 243.

⁴⁵ SOLAR CALVO, 2024, pp. 246-247.

⁴⁶ SOLAR CALVO, 2024, pp. 247-250.

⁴⁷ SOLAR CALVO, 2024, pp. 250-251.

⁴⁸ SOLAR CALVO, 2024, pp. 252-253.

penados que tengan mal pronóstico tras cumplir su condena, no sólo respecto a su reinserción sino, incluso, a su probable reincidencia, abogando por sistemas de libertad vigilada, bien vinculados al tratamiento penitenciario, bien los generales de asistencia de otras entidades de la comunidad con cometidos convergentes.

Y, en fin, todos los problemas de la pena de prisión y del régimen penitenciario remiten a otros más generales, que van desde el respeto al carácter de ultima ratio de las leyes penales, revisando el contenido del CP desde un sentido crítico de la política criminal obviada o equivocada, eliminando delitos y revisando las penas de los persistentes, hasta el replanteamiento del tratamiento en libertad de los que gocen de suspensión de condena, de sustitución de la pena privativa de libertad, del tercer grado o de la libertad condicional, pasando por el refuerzo del tratamiento en las prisiones y fuera de ellas.

2. Reincidencia y reiteración

Los reproches a la acumulación de condenas conducen a la reconsideración de la reiteración y de la reincidencia⁴⁹, manteniendo su vigencia las críticas de Mir Puig de hace más de medio siglo⁵⁰ a la regulación de la «reincidencia» y «multirreincidencia» que, en contraste con la reiteración, se mantuvieron como circunstancia agravante en el Código de 1995 (art. 22 –8.^a). Esta norma conculca el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por su inevitable incursión en el *bis in idem* sancionador, pues a pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia para considerar que se incrementa la culpabilidad del reo, lo cierto es que sólo se evidencia su mayor peligrosidad y, en consecuencia, no se puede incrementar la pena por un delito ya sentenciado y castigado sin incurrir en el *bis in idem*, además de no tener sentido rehabilitador aumentar la dosis de la una «medicina» que no ha sido eficaz –la pena– para neutralizar ese riesgo, siendo lo adecuado acudir a medidas de seguridad acordes con la causa de ese plus de peligrosidad que la pena es incapaz de «curar» para el logro de la reinserción social. En consecuencia, al enjuiciar la reincidencia en los procedimientos penales en los que surja, debería considerarse merecedora de las adecuadas medidas de seguridad, aplicables en el período de cumplimiento en prisión y/o ya en la fase de semilibertad o libertad⁵¹.

⁴⁹ Al ser la segunda la más relevante, a los presentes efectos se deben predicar de la reiteración, aunque no se la cite, las mismas consideraciones que a continuación se enuncian para la reincidencia.

⁵⁰ MIR PUIG, 1974, pp. 537-548.

⁵¹ Sobre la posición de Naciones Unidas en esta materia puede verse UNODC (2013).

Decía Mir Puig⁵² que a su «juicio y como conclusión que resume los aspectos criticables de la regulación de la reincidencia, la ley representa en este punto un ejemplo de la mentalidad abstracta e idealista que caracterizó la legislación liberal fruto del movimiento ideológico que culminó en la Revolución Francesa. Se parte de la idea de que los hombres se hallan divididos en imputables e inimputables, siendo todos aquéllos en principio iguales y, en cuanto indeterminados, con las mismas posibilidades de evitación de comportamientos contrarios a derecho... Se lleva así a la práctica el principio kantiano “tú puedes ya que debes” (Du kannst, denn du sollst). Y, sin embargo, este planteamiento se halla alejado de la realidad».

Bacigalupo Zapater⁵³, al cuestionar desde la necesaria vigencia del principio de culpabilidad la reincidencia como «culpabilidad de carácter», al tiempo que las dilaciones indebidas y el arrepentimiento y la reparación como «compensación de la culpabilidad», manifiesta citando a Köhler que «especialmente criticable es una individualización de la pena basada en un pronóstico de conducta», máxime cuando se trata de una presunción *iuris et de iure* nacida de la reincidencia o multirreincidencia como circunstancia agravante preceptiva, además no basada en un hecho pasado no juzgado, sino en realidad (sin acudir a la logomaquia) en un posible hecho futuro y aplicando no una medida de seguridad sino una pena inevitablemente viciada de *bis in idem* (procesalmente «cosa juzgada») en lo que tiene de plus sobre la pena merecida por el injusto que genera el nuevo hecho, único que se somete al filtro de la culpabilidad en esa nueva responsabilidad en el seno de un Derecho penal de hechos y no de autor.

3. Ley penal del menor

La Ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menor y que ha sufrido desde entonces diez modificaciones, es una expresión paradigmática de un Derecho penal de autor, sólo aplicable a los menores de 18 años y mayores de 14. En sus artículos 11 y 12 regula la acumulación de condenas, ordenando la remisión de la última al juez que dictó la primera, para que sea éste el que se encargue de la ejecución conciliadoras de todas ellas. Se trata pues de un tratamiento postdelictual de la peligrosidad, centrada en la persona del menor y de su interés, más que en la gravedad del hecho

⁵² MIR PUIG, 1974, pp. 542-543.

⁵³ BACIGALUPO ZAPATER, 1999, pp. 164-165.

delictivo cometido que, en definitiva, sólo será un referente para la declaración y ejecución de las medidas previstas en la ley de responsabilidad penal del menor (art. 7), y para los que no hayan alcanzado los 14 años, los artículos 25 a 35 de la Ley orgánica 1/1996 disponen el posible régimen de internamiento del menor, así como los correspondientes artículos del Código civil, modificados por esta ley.

IV. CONCLUSIONES

Jiménez de Asúa, como buen hombre de su tiempo⁵⁴ rodeado de las circunstancias científicas del Derecho penal y consolidando todo lo aprendido de sus diversos maestros, llegó a la conclusión de diferenciar dos Derechos penales, uno posdelictivo que generaba las penas como respuestas a la responsabilidad penal, y otro preventivo que aplicaba medidas de seguridad en base a una «probada» peligrosidad predelictual.

La doctrina penal ya había desterrado por entonces tanto la responsabilidad objetiva como la exclusividad de la prevención general positiva y negativa, ganando terreno la prevención especial tanto positiva –reinserción social– como negativa –prevención predelictual–⁵⁵, llegando a considerar incluso la «inocuidad» del peligroso irredimible como remedio defensivo de la sociedad⁵⁶. En definitiva, conviven entre los siglos XIX y XX corrientes antagónicas, una protectora del delincuente y otra de defensa social, pero ambas centradas en la prevención especial y en una vinculación del Derecho penal con las ciencias auxiliares, especialmente con la sociología.

La posterior evolución de la doctrina penal descartó también cualquier responsabilidad penal predelictual, al asentarse como derecho fundamental la presunción de inocencia y deslegitimar los llamados delitos de sospecha, pero aceptando que los delincuentes podían merecer un complemento a las penas merecidas si demostraban cierta peligrosidad no neutralizada por la punición, incluyendo en los códigos penales las medidas de seguridad fundadas en dicha

⁵⁴ BACIGALUPO ZAPATER, 2013, p. 23, «ha sido el gran reformador de la ciencia jurídico penal y político criminal hispanoparlante y siempre ha sido un hombre de su tiempo», y como sigue diciendo su último discípulo, el retorno a las ideas de su maestro «debe llevarse a cabo, como él hubiera hecho: de una manera sosegada y con una base científica actualizada».

⁵⁵ *Vid. ut supra* notas 2 y 3. Antagónicas en el propósito pero coincidentes en parte, pues neutralizar la peligrosidad puede servir tanto para rehabilitar al delincuente como para proteger a la sociedad.

⁵⁶ Inocuidad perpetua que hoy se aplica a los delincuentes inimputables que, tras cumplir su condena de medida de seguridad de internamiento en un establecimiento penitenciario, siguen siendo peligrosos. Inocuidad practicable en el orden jurisdiccional civil (art. 763 de la Ley de enjuiciamiento civil).

peligrosidad y no en la culpabilidad⁵⁷, si bien en el CP de 1995 no se lleva esta distinción hasta sus últimas consecuencias, al suprimir sólo la reiteración como circunstancia agravante manteniendo la reincidencia como tal.

La dialéctica entre las tesis y antítesis frente a la criminalidad, que sigue existiendo en la actualidad, logró una síncretis eclecticista al intentar conciliar los distintos fines de la pena, relegando la retribución a servir de referente para la proporcionalidad del castigo –culpabilidad– y de la medida de seguridad –peligrosidad–, haciendo hincapié en la prevención especial positiva en un plano teórico o ideal, pues la praxis legislativa, judicial y penitenciaria aún no ha llegado a esta meta.

El progreso del Derecho penal sigue pendiente de encontrar el equilibrio, teórico y práctico, en el balanceo de los platillos antónimos autoridad-libertad⁵⁸, personalismo-colectivismo, culpabilidad-peligrosidad, pena-medida de seguridad, defensa social-defensa del delincuente, prevención especial-prevención general, reinserción social-inocuidación⁵⁹, seguridad-tratamiento en el ámbito penitenciario, idealismo-realismo, abstracción-concreción, prevención-represión, intentando superar las aporías de la realidad frente a la dogmática. Parece conveniente en este momento histórico optar por el realismo, el empirismo y contar con las ciencias de la enciclopedia penal, al elaborar las leyes –penales, procesales y penitenciarias–, al aplicarlas, sin olvidar la fase de ejecución de las condenas, pues como se ha visto el proceso penal no acaba con la sentencia firme, contando con las aportaciones de una dogmática penal enraizada también en la racionalidad valorativa: inclusión de la crítica de la ley y propuestas de cambios legislativos⁶⁰.

En este escenario tiene también protagonismo la coordinación de la política criminal con la política general, evitando la huida hacia el Derecho penal

⁵⁷ Como resumen más actual puede verse SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 252.

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1934, pp. 66 y 67. SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 285 y 286.

⁵⁹ Sobre el retorno a la inocuidación y el riesgo de que la IA estandarice los tratamientos obviando su necesaria individualización, puede verse SILVA SÁNCHEZ, 2025, pp. 286-288; otra variable que introduce este autor es la diversidad de clases de delito teniendo en cuenta la etiología de su carácter, diversidad que no sólo debe repercutir en la pena sino también en el tratamiento de sus sujetos activos, clasificación que por orden de gravedad es *mala in se ipsa* (subdivididos en «nucleares» y «periféricos») y *mala quia prohibita*, es decir, no porque la conducta sea en sí delictiva sino que es delictiva porque está prohibida, distinción recurrente a lo largo de tratado, pero baste la exposición de las pp. 303-310; también tiene trascendencia en el tratamiento posdelictivo del delincuente su motivación etiológica al delinquir, que este mismo autor trata someramente y sólo una parte en otro contexto (163-169). Una descripción más completa de la clasificación de los delincuentes en función de su motivación etiológica o de otra índole, puede verse en la obra clásica de SALDAÑA, 1936, 357-351, clasificación en la que considera, por ejemplo, que los delitos de motivación política son «delitos pasionales y por emulación», que obviamente no tienen por qué ser delitos políticos en el ámbito jurídico. La idea de inocuidación definitiva propiciada por algunos positivistas italianos y otros autores, no fue compartida por Jiménez de Asúa: ver nota 59.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2019. MIR PUIG, 1976, citando a VON LISZT, pp. 307-310.

en la resultante política legislativa, cuando los problemas sociales requieren prevención, fomento e incluso represión desde otras ramas del ordenamiento jurídico y de los ámbitos extrajurídicos implicados en los bienes e intereses protegidos. También viene a cuento en este escenario más amplio, la necesaria II Revolución de la Justicia española ⁶¹. Seamos optimistas, como lo fue Jiménez de Asúa ⁶², fijándonos en que la humanidad ha ido mejorando el Derecho penal a lo largo de los siglos.

Pero volviendo al comienzo de este artículo, se debe concluir que el actual Derecho penal sólo puede ser postdelictivo aunque orientado a las diversas prevenciones de las penas, considerando la gravedad del delito o los delitos cometidos como referencia de proporcionalidad para la determinación legal y judicial de la pena, teniendo en cuenta la culpabilidad del delincuente, y en su caso la peligrosidad que su conducta delictiva haya podido revelar que, si existiera, en vez de agravar dicha pena debería merecer una adecuada medida de seguridad. *De lege ferenda* esta conclusión supone modificar la regulación de la reincidencia y de la acumulación de condenas, en coordinación con la de los concursos delictivos y de los restantes ámbitos orgánicos, procesales y sustantivos que supone la pendiente II Revolución de la Justicia.

En definitiva, reinserción social, rehabilitación, neutralización de la peligrosidad y tratamiento penitenciario son conceptos muy vinculados, hasta el punto de que deberían llegar a ser diversas caras de un mismo poliedro, implicado a su vez en el otro más amplio que teóricamente conforman todos los fines de la pena. Se trataría pues de volver al realista Programa de Malburgo ⁶³, actualizándolo con todos los avances dogmáticos compatibles con su realismo y descartando los incompatibles los «ideísmos» ⁶⁴, hacer las mencionadas reformas siguiendo una metodología acorde con las exigencias científicas de elaboración de los anteproyectos y proyectos de ley, contando con los expertos académicos y forenses ⁶⁵.

Para no huir al cielo de los conceptos o de las ideas que denunció Ihering, anclando la dogmática penal, la actividad legislativa y la jurisprudencia en la

⁶¹ RODRÍGUEZ RAMOS, 2020.

⁶² BACIGALUPO ZAPATER, 2013, p. 21, refiriéndose a su maestro dice: «Su alto grado de optimismo social no le permitía aceptar la idea misma de un sujeto incorregible».

⁶³ No en balde Von Liszt tuvo como profesor en la Universidad de Viena a Ihering, partidario de la jurisprudencia de los intereses, huyendo de la jurisprudencia «del cielo de los conceptos jurídicos», como contraste al historicismo, romanticismo e idealismo de Savigny (ver Lloredo Alix), y abogó por una enciclopedia de las leyes penales (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950, pp. 59-117) o, como dice SILVA SÁNCHEZ, 2025, por «la ciencia total del Derecho penal», pp. 508-509.

⁶⁴ «Ideismo» (idealismo filosófico) como antónimo de «realismo».

⁶⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, 2020, citando como ejemplo la reforma de la parte general del CP alemán relatada por BERISTÁIN, 1969.

realidad de los bienes jurídicos protegidos y de los fines de la pena, como referente filosófico puede optarse por el moderno movimiento denominado «nuevo realismo» —Markus Gabriel y Maurizio Ferraris—⁶⁶ que, partiendo de un Aristóteles enriquecido por el empirismo anglosajón y lo aprovechable del idealismo moderado de Kant, posibilite un avance de la doctrina y de la praxis del Derecho penal. Por ejemplo, decir que la pena es el restablecimiento de la confianza en la norma infringida es una idea brillante, pero que dice muy poco sobre los fines de esa pena y, mucho menos, como se pueden conciliar e implementar dichos fines en la realidad legislativa, judicial, penitenciaria y postpenitenciaria.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *El principio de culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas*, en Principios constitucionales de Derecho penal, Buenos Aires, 1999, pp. 164-170.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *La reforma del Código penal alemán*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 2, 1969, pp. 371-390.
- CUERDA RIEZU, Antonio: *Tabla genealógica-científica de los profesores españoles de Derecho penal del siglo xx*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 1, 1990, pp. 99-116.
- DE MIGUEL SALANOVA, S./CAMPOS MARÍN, Ricardo: *La Ley de Vagos y Maleantes y sus propósitos de prevención y resocialización individual. Análisis de una experiencia fallida en el Madrid republicano*, Anuario de Historia del Derecho Español, t. XCIV, 2024, pp. 113-156.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio: *Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 167-180.
- HERNÁNDEZ MARCELO, J.: *Posmodernidad y nuevo realismo: el giro realista de Maurizio Ferraris*, Disputatio. Philosophical Research Bulletin, vol. 9, núm. 14, 2020, pp. 35-72.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, Madrid, 1934.
- La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas *a posteriori*, Madrid, 1913.
- Tratado de Derecho penal, t. I, Buenos Aires, 1950.

⁶⁶ Como muestra de esta doctrina filosófica, que intenta superar lo que la llamada postmodernidad tiene de relativismo, escepticismo, desprecio de la verdad real y triunfo del relato o la narrativa, incluso el «metarrelato», sobre la objetividad y la realidad («que todo estaba construido por el lenguaje, por los esquemas conceptuales, por los medios de comunicación»), puede verse: HERNÁNDEZ MARCELO, 2020, p. 47.

- Tratado de Derecho penal, t. II, Buenos Aires, 1950.
- Tratado de Derecho penal, t. VII, Buenos Aires, 1970.
- LLOREDO ALIX, Luis: *Rudolf von Jhering: “Nuestra tarea” (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive*, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 4, 2013, pp. 234-275.
- MIR PUIG, Santiago: La reincidencia en el Código penal. Análisis de los artículos 10, 14, 15 y 516.3, Barcelona, 1974.
- Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona, 1976, pp. 307-310.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Lecciones de la primera revolución de la justicia para la segunda revolución, pendiente tras 150 años*, en Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta, Madrid, 2020, pp. 315-326.
- *Reformar la acumulación de condenas. ¿Hacia una sentencia relativamente indeterminada?*, Diario La Ley, núm. 10755, 2025.
- SALDAÑA, Quintiliano: Nueva criminología, Madrid, 1936.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Derecho penal. Parte general, Madrid, 2025.
- *Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa*, InDret, núm. 4, 2019, pp. 1-31.
- SOLAR CALVO, Puerto: *Por qué no sirve el artículo 76 del Código penal. Problemática y propuestas de solución desde el ámbito penitenciario*, en Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024, pp. 223-253.
- UNODC: Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes, Viena, 2013.
- VV. AA.: Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, Madrid, 2024.
- VON LISZT, Franz: La idea de fin en el Derecho penal, México, 1994.

12. EL DERECHO PENAL DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO EN LA CUERDA FLOJA*

BERND SCHÜNEMANN
Profesor Dr. Dr. h.c. mult.

I. EL FRUCTÍFERO DIÁLOGO HISPANO-ALEMÁN SOBRE DERECHO PENAL Y SU GRAVE PELIGRO

El intenso diálogo entre la ciencia penal española y la alemana no solo ha adquirido importancia a nivel transcontinental debido al «espacio de eco» de América Latina, que desarrolla una creatividad cada vez mayor, y al intercambio con Asia Oriental (además de Japón, Corea y Taiwán, ahora también cada vez más intensamente China), sino que también es paradigmático para la defensa de los límites liberales del Estado de Derecho frente al acceso cada vez más desenfrenado al Derecho penal por parte de los conglomerados que dominan los medios de poder estatales. En primera línea de este diálogo se encuentran, en España (por orden alfabético), Enrique Bacigalupo, José Cerezo Mir y Enrique Gimbernat; en Alemania, Claus Roxin y, como correa de transmisión organizativa, el Instituto Max Planck de Friburgo, fundado por Hans-Heinrich Jescheck. Me considero afortunado de haber podido participar, en cierto modo, en la segunda ola, siendo mis puntos de referencia en España Barcelona, Zaragoza, Alcalá de Henares y, por supuesto, Madrid, en particular la Universidad Autónoma. De los interlocutores con los que rápidamente entablé amistad y de los diversos formatos de debate, a los que debo tanto la ampliación de mis perspectivas dogmáticas como una constante y benévola puesta a prueba de mis posi-

* Traducción de Carlos J. Suárez González.

ciones dogmáticas, solo quiero mencionar aquí las «Acciones integradas» y a nuestro homenajeado Enrique Peñeranda Ramos, a cuya homenaje me gustaría dedicar unas breves palabras sobre lo que, en mi opinión, es el mayor reto al que se enfrenta actualmente, no solo, pero sobre todo, el diálogo hispano-alemán: la crisis de supervivencia de ese doble fundamento del Derecho penal liberal y constitucional en forma de la superación del Derecho penal retributivo por el Derecho penal preventivo y su limitación al propósito de la protección de los bienes jurídicos, que al comienzo del diálogo hispano-alemán aún se daba por sentado. En la actualidad, en el mundo académico alemán y en su cultura jurídica se corre el riesgo de que se destruya, al igual que en el mundo político se corre el riesgo de que la democracia liberal de la antigua República Federal de Alemania se vea degradada a una mera fachada, por lo que considero que los intentos, casi dominantes en la actualidad en Alemania, de socavar este fundamento, no solo son un error atávico de la teoría del Derecho penal, sino un auténtico atentado contra la democracia liberal constitucional.

II. EL RETROCESO HACIA EL DERECHO PENAL AUTORITARIO 1: RESURGIMIENTO DE LAS TEORÍAS DE LA VENGANZA

1.a) Que el propósito que justifica la necesidad y la legitimidad de la pena criminal consiste en la retribución del mal cometido mediante la imposición de un mal, era algo inmediatamente evidente en todas las sociedades cuyo sistema jurídico estaba arraigado en una religión que incluía la idea escatológica del Juicio Final, como el cristianismo y el islam. Al mismo tiempo, la función preventiva del Derecho penal era perfectamente compatible con ello, como se desprende, por ejemplo, de Tomás de Aquino, quien reserva la venganza definitiva al juicio divino y considera la pena terrenal como una especie de medida médica¹. Sin embargo, con la secularización del Estado en la época de la Ilustración, quedó descartada cualquier justificación metafísica de la pena. En 1764, Beccaria dio el pistoletazo de salida en el continente europeo para un Derecho penal puramente preventivo², que poco después Jeremy Bentham derivó de su filosofía utilitarista para el mundo anglosajón³. Por el contrario, la teoría de la retribución volvió a imponerse en Alemania sobre la base de la filosofía idealista de Kant y Hegel, y se mantuvo más o menos hasta la década de 1960. Solo a raíz del proyecto alternativo de una Parte General

¹ Summa theologiae, Secunda pars secundae, qu. 66 artículo 6 ad 2.

² Véase más abajo III.

³ Fundamental BENTHAM, 1789, cap. XIII (Cases unmeet for Punishment).

de 1966⁴ pasó a un segundo plano y, desde el principio, tampoco desempeñó ningún papel en el diálogo hispano-alemán, lo cual es lógico, ya que Roxin fue tanto coautor del proyecto como impulsor del diálogo. Sin embargo, siguió sin tenerse en cuenta un aspecto que ya se había ignorado durante milenios y que podría describirse como la inadecuación a la realidad o la refutación empírica de la teoría de la retribución. En los Estados teocráticos basados en el fanatismo religioso, el Derecho penal debía anticipar más o menos el infierno en la tierra, por lo que la pena presentada como retribución consistía en realidad, en la mayoría de los delitos, en un exceso («overkill») que llegaba hasta el sadismo⁵. Dado que los horribles castigos del infierno, descritos con todo detalle en la obra poética más famosa de la Edad Media, la «Divina Comedia» de Dante, pueden incluso durar eternamente en el más allá, según el dogma cristiano reconocido por la Iglesia católica y también en la Confessio Augustana protestante de 1530⁶, el principio normativo del Derecho penal de la «recompensa excesiva» estaba implícito en la constitución no escrita de la comunidad cristiana basada en la gracia de Dios. Sin embargo, como acertadamente señaló Immanuel Kant, la venganza está limitada por el principio de talión⁷, ya que si al malhechor se le inflige algo peor de lo que él mismo ha causado, entonces no se produce una venganza, sino solo una represalia. Sin embargo, la realidad del Derecho penal sigue estando hoy en día por detrás del talión en lo que respecta al castigo de los delitos de homicidio y lesiones graves, mientras que, por regla general, va mucho más allá: quien comete un delito contra el patrimonio, y más aún si reincide, puede ser encerrado durante años como un animal salvaje en una jaula. Por lo tanto, la realidad del Derecho penal nunca consistió en la venganza, ni siquiera parcialmente, sino que solía consistir en una venganza excesiva o en una represalia desmesurada, de modo que la teoría de la venganza siempre ha perdido su objetivo. El contraargumento de que en Alemania las penas suelen ser más leves carece de valor en lo que respecta al concepto de pena: solo si ninguna pena fuera excesiva se podría negar toda la categoría. Desde un punto de vista histórico, se trata únicamente de una atenuación del Derecho penal, que en esencia no ha cambiado; nadie afirma que

⁴ BAUMANN *et al.*, 1966, con sus clásicas palabras: «Imponer un castigo no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos, como son los seres humanos».

⁵ Impresionantes son las «cinco penas (corporales)» para 3.000 delitos en la antigua China (véase NIENHAUSER, 1994, p. 69), entre las que se encontraba la pena de muerte por descuartizamiento lento (Lingchi), con un récord de 500 trozos, que se practicó hasta 1905 o 1908 (BROOK/BOURGON/BLUE, 2008), o las penas corporales y de muerte europeas de finales de la Edad Media y principios de la Edad Moderna (véase HEINEMANN, 1963, pp. 6 ss.).

⁶ Véase Mateo 25, 46; Marcos 9, 43 ss.; Apocalipsis 14, 11 y 20, 10; CIC 1035; *Confessio Augustana*, artículo XVII.

⁷ KANT, 1993, p. 227.

haya habido un cambio de categoría, y mucho menos que las sanciones, mucho más severas en comparación con Europa, no se subsuman en el concepto de pena en el Derecho penal estadounidense, por ejemplo.

b) El hecho de que recientemente se quiera reanimar la teoría de la retribución en diferentes variantes como teoría de legitimación del Derecho penal no solo supone, desde el punto de vista de la filosofía del Estado, la negación de la democracia liberal, sino también una recaída en el pensamiento preilustrado, disfrazada únicamente con arabescos lingüísticos. De los numerosos ejemplos, solo puedo mencionar aquí dos.

aa) La afirmación de la neokantiana (mejor dicho, retrokantiana) Gierhake de que la injusticia (probablemente se refiere a la injusticia culposa) debe ser castigada es una «necesidad racional, y en un primer paso conceptual, independiente de cualquier consolidación estatal de las relaciones jurídicas»⁸, significa (en términos kantianos) una recaída en la minoría de edad autoinfligida. Porque de una prohibición, en caso de su incumplimiento, se puede derivar como máximo la obligación de reparación, pero no la obligación de castigar al infractor: si alguien le ha sacado un ojo a otra persona de forma ilegal y, a raíz de ello, le sacan un ojo a él, el daño no se ha compensado, sino que se ha duplicado, de modo que la creencia de que con ello se ha restablecido la justicia no es más que una *petitio principii* y una confusión entre condición necesaria y condición suficiente.

bb) La catedrática Rostalski, de Colonia, presentó el año pasado lo que ella denomina la teoría de la resonancia, según la cual el delincuente, como miembro de pleno derecho de la sociedad, tiene derecho a ser escuchado y a recibir una pena como respuesta, por lo que la pena, como resonancia comunicativa del delito, redundaría en interés original del delincuente, que obtendría la confirmación necesaria de su dignidad a través de la reacción de desaprobación, de modo que el delincuente, en virtud de su condición de ciudadano con los mismos derechos, tendría derecho a una respuesta en forma de pena⁹. Evidentemente, esta tesis supone un aumento inaudito de la frase de Hegel, que en última instancia no tiene consecuencias, como mera paráfrasis de la pena por culpa, de que el delincuente es honrado como ser racional por la pena. Porque, según Rostalski, tiene derecho a ser castigado, con lo que la locura religiosa de la teoría de la venganza se intensifica hasta convertirse en una especie de danza de San Vito. Según Rostalski, la voluntad real del autor del delito, que solo

⁸ GIERHAKE, 2005, p. 157.

⁹ ROSTALSKI, GA, 2024, pp. 448 ss.

se opone «en determinadas circunstancias» y que no desea esta resonancia, «desconoce que, como parte de la sociedad, ha entrado en una comunicación jurídicamente relevante con los demás a través del delito y, por lo tanto, merece una resonancia que confirme su condición de ciudadano con los mismos derechos»¹⁰. Rostalski adopta aquí la transformación conceptual del delito, cultivada originalmente por Jakobs, y, en consecuencia, también del castigo en un acto de comunicación¹¹, transformando así los hechos reales de sangre y dolor en un metanivel conceptual que, en realidad, no puede contribuir en nada a la legitimación de los hechos reales.

cc) El considerar que el propósito del castigo en la teoría comunicativa del delito es la seguridad cognitiva de la validez de la norma, su significado en contradicción con la negación de la validez por parte del delincuente¹², no solo se trata de un malentendido en la veneración, especialmente extendida en los países andinos, del funcionalismo atribuido a Jakobs, pues en realidad no se trata de un concepto de finalidad referido a la realidad social, sino del desplazamiento del problema de legitimación, tan grave como el objeto brutal, a un metanivel superfluo de reflejo comunicativo. Además, disuelve la limitación objetiva del Derecho penal, que se examinará más detenidamente a continuación, y, en virtud de sus propias premisas, debe considerar legítimo el castigo de cualquier infracción de la norma y, en consecuencia, la delimitación del ámbito de la punibilidad en el Derecho positivo como un producto de la arbitrariedad legislativa.

Mientras tanto, Pawlik, discípulo de Jakobs, ha continuado y llevado al absurdo el erróneo camino de la duplicación mediante la invención de una «obligación de cooperación» penal especial (en lugar de la mera obligación de abstenerse de dañar a otros y a la sociedad en sus bienes jurídicos) y la ha llevado al absurdo al negarla a los «excluidos sociales»¹³, de lo que la rama española de la escuela de Jakobs ha deducido la tesis de que, en la actualidad, la existencia de meros «semiciudadanos» (*semicitizens*) y, por lo tanto, la duración de la pena depende necesariamente de la fuerza de su vínculo político con

¹⁰ ROSTALSKI, GA, 2024, p. 452.

¹¹ JAKOBS, 2004, p. 24 ss.; ídem, 2012, p. 13 ss.; sobre la crítica, véase SCHÜNEMANN, ZStW, 2014, pp. 1, 6 ss.

¹² Habría que estar sordo para no oír en ello las palabras de Hegel sobre la negación de la negación del derecho, por lo que Jakobs y sus seguidores (como ya se ha mencionado) no deben clasificarse como funcionalistas, sino como neohegelianos o, mejor dicho, retrohegelianos.

¹³ Enfoque ya presente en: PAWLIK, 2012, p. 90 ss.; por última vez en PAWLIK, 2020, p. 145 ss., donde consigue la hazaña de no mencionar ni siquiera el concepto transversal de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo y citar a Jakobs únicamente para apoyar la tesis, ahora (por desgracia) obsoleta debido al desarrollo de la tecnología de la información, sobre la sobrecarga organizativa del Estado vigilante (ibíd., p. 146).

la comunidad, mientras que, en el caso de los marginados (*outsiders*), solo se permiten medidas disciplinarias limitadas por los tres principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad¹⁴. A pesar de las ambigüedades y las consecuencias inaceptables de este concepto¹⁵ y de la intención última de catapultar el ordenamiento jurídico de vuelta a la era feudal, se podría ver en esta idea descabellada, fruto de un artificio lingüístico, reformular la prohibición de causar daño en la violación de una obligación de cooperación, como un arbesco lingüístico perdonable, si no fuera porque, al rechazar expresamente el principio de protección de los bienes jurídicos¹⁶, destruiría los cimientos del Derecho penal liberal que ahora se está considerando y, por lo tanto, permitiría la penalización de cualquier obligación ciudadana, precisamente frente a los «ciudadanos de pleno derecho».

III. EL RETROCESO HACIA EL DERECHO PENAL AUTORITARIO 2: RECHAZO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

1. Por supuesto, el Derecho penal preventivo como tal también puede utilizarse para cualquier fin, por lo que es fundamental fijar dicho fin. El hecho de que, en una democracia liberal, el Derecho penal solo pudiera utilizarse como «último recurso para la protección de los bienes jurídicos» correspondía a la opinión dominante en la «antigua» República Federal, sin perjuicio de las controversias suscitadas al respecto, y podía presumir de una larga e impresionante evolución histórica desde el nacimiento del Derecho penal liberal. La denuncia habitual hoy en día como «camino especial alemán» ignora que fue el italiano Beccaria quien, en su obra trascendental «De los delitos y las penas»¹⁷, derivó del modelo de pensamiento del contrato social, que legitima-

¹⁴ Así, en continuación de las tesis de Silva Sánchez basadas en Pawlik (nota 13), SILVA SÁNCHEZ, 2019, pp. 475 ss. (que, sin embargo, hace una excepción para la «mala in se», ibíd. pp. 485 ss.), su discípulo COCA VILA e IRARRÁZAVAL, JAP, 2022. También actúa como precursor el filósofo jurídico británico DUFF, 2001, entre otros, al que no podemos referirnos aquí.

¹⁵ La extensión de los «marginados» no me ha quedado del todo clara, pero, dados los tres principios que limitan su sanción, es probable que cualquier ciudadano prefiera este estatus, sobre todo porque cuanto más fuertes sean sus vínculos con la comunidad, más grave será su castigo, lo que, por supuesto, debería aclararse en cada proceso penal individual.

¹⁶ PAWLIK, 2020, p. 151; tampoco es cierta la afirmación similar de COCA VILA/IRARRÁZAVAL, JAP, 2022, p. 12, sobre las teorías que justificarían un castigo basándose únicamente (puramente) en la prevención de amenazas o daños a los intereses de la comunidad, con lo que se ignora la legitimación racional del valor, que en el Derecho penal liberal se produce incluso por partida doble, a través del principio de culpa y la idea de legítima defensa (véase más adelante).

¹⁷ *Dei delitti e delle pene*, 1764; para Alemania, retomado y desarrollado sobre todo por Hommel, véanse los pasajes centrales en SCHÜNEMANN, 2020, pp. 462 ss.

ba únicamente el poder estatal en la filosofía política de la Ilustración, la restricción de las leyes penales a la prevención en forma de protección de los miembros individuales, es decir, en general, a la prevención de daños a la sociedad, lo que a su vez se incorporó, junto con el binomio «derechos de los demás» y «seguridad pública», a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y a la primera Constitución democrática y constitucional de Europa, la Constitución francesa de 1791¹⁸. En el siglo XIX, este enfoque se continuó en la ciencia penal alemana, sustituyendo el término «prevención de daños sociales» primero por «violación de derechos» y luego por «protección de bienes jurídicos»¹⁹, lo que, aunque no se incluyó en los textos constitucionales²⁰, pero sí al Código Penal Imperial de 1871, que reflejaba las ideas fundamentales del Estado de Derecho liberal.

La restricción adicional habitual, pero cuyo alcance aún no se ha explorado, mediante la fórmula de última instancia solo puede justificarse mediante la refutación del dogma de la venganza y la revelación de la naturaleza excesiva de la pena: dado que la pena es una forma prolongada de legítima defensa y es en sí misma desproporcionada, solo puede utilizarse para garantizar los bienes indispensables del individuo y de la sociedad cuando todos los medios menos severos han resultado infructuosos, y debe renunciarse por completo a ella en caso de peligros menores.

2. En la «nueva» República Federal, por el contrario, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal como, cada vez más, en la literatura académica, ha cobrado protagonismo la tendencia a renunciar a cualquier limitación del poder punitivo del Estado, es decir, en realidad, de las fuerzas políticas que dominan el Parlamento en cada momento, con lo que la ciencia del Derecho Penal, en particular los profesores universitarios, vuelven al papel que desempeñaban anteriormente como *ancilla potestatis* («sirvienta de los poderosos»), de acuerdo con el papel que durante siglos se asignó a la filosofía como sirvienta de la teología (*ancilla theologiae*).

a) Esta tendencia se manifestó de forma especialmente duradera en la conferencia de profesores de Derecho penal de habla alemana celebrada en Fráncfort en 2023, lo que tiene un simbolismo y un efecto que trasciende ampliamente las fronteras de Alemania, ya que estas conferencias solían ser algo

¹⁸ Texto en SCHÜNEMANN, 2020, p. 468.

¹⁹ Para más detalles, véase SCHÜNEMANN, 2003, pp. 133 ss.

²⁰ La situación es diferente en América Latina, donde, por ejemplo, el Código Penal de Colombia exige expresamente en su artículo 11 que el delito vulnere o ponga en peligro un «bien jurídicamente tutelado», por lo que el Tribunal Supremo colombiano ha dictaminado en su sentencia 26/2006 que el principio de protección de los bienes jurídicos se aplica tanto al legislador como al juez.

así como las Olimpiadas mundiales del Derecho penal y tradicionalmente asistían a ellas profesores de Derecho penal de todo el mundo. En este caso, los ponentes seleccionados específicamente para tratar el tema fundamental del Derecho penal ya no atribuyeron al Derecho penal la función limitada de última ratio para la protección de los bienes jurídicos, sino que lo calificaron de medio normal de la política con el fin de «reflejar el cambio social, comunicar y exigir nuevas decisiones sobre valores»²¹, al «declarar sin sentido los criterios de corrección material en el derecho» y al no querer permitir ni siquiera directrices de política criminal para la legislación en lo que ellos denominan la «constitución real de las democracias modernas»²². El «mantenimiento de un consenso sobre los valores o la moral» tampoco debería ser un objetivo directo de la actividad legislativa penal²³.

Con ello se ha proclamado el fin del Estado de Derecho liberal y, en su lugar, el dominio del Derecho penal autoritario, precisamente en Fráncfort, donde 90 años antes, en dos congresos sobre Derecho penal celebrados en vísperas de la dictadura nazi, Graf Gleispach y Dahm entonaron el mismo canto fúnebre²⁴. Dado que los profesores universitarios no pertenecen a la clase política y, por lo tanto, no se encuentran entre los que ostentan el poder, sino entre los sometidos al poder, se comportan, al rechazar los criterios de veracidad controlables desde el punto de vista jurídico, como los miembros del proletariado que son utilizados por los gobernantes capitalistas como policías, etc., para asegurar su poder y que, por ello, Karl Marx denominó «lumpenproletariado»²⁵, de modo que, por analogía con Marx, la dogmática defendida en la conferencia de Fráncfort debería denominarse «*dogmática lumpen*». Para evitar las connotaciones peyorativas de este término, prefiero tomar prestado de Immanuel Kant

²¹ HOVEN, ZStW, 2023, pp. 707, 711, 731.

²² BRUNHÖBER, ZStW, 2023, pp. 872, 902 ss.

²³ STUCKENBERG, ZStW, 2023, pp. 904, 928 ss., declaró que era difícil imaginar que la declaración contraria del Tribunal Constitucional Federal pudiera llegar a ser determinante.

²⁴ Sobre la conferencia del grupo regional alemán de la Asociación Internacional de Criminalística celebrada del 12 al 13 de septiembre de 1932, véase EB. SCHMIDT, 1965, pp. 425 ss.; sobre la reunión criminológica de Fráncfort del 8 de enero de 1933, véase VON GEMMINGEN, 1933, pp. 497 ss.

²⁵ El término «lumpenproletariado» fue utilizado por Marx y Engels de diferentes maneras: en *El manifiesto del Partido Comunista* (1848), surge de la «descomposición de las capas más bajas de la antigua sociedad» y «por su situación vital, estará más dispuesto a dejarse comprar para llevar a cabo actividades reaccionarias» (citado según MARX, 1971, p. 830); en *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Marx lo utiliza nueve veces para caracterizar a todos los seguidores, especialmente a los violentos, del futuro Napoleón III y a este como su «jefe» (cit. según MARX/ENGELS, vol. 8, 1960, pp. 121, 160 ss., 167, 194, 203, 205), así como en Marx, *Las luchas de clases en Francia 1848-1850* (MARX/ENGELS, vol. 7, 1960, p. 105, allí p. 26 también como adversarios del proletariado industrial armados por el Gobierno y p. 15 «la aristocracia financiera como renacimiento del lumpenproletariado»); en *El capital* (citado según la edición de Korsch, 1932, p. 594), las formas de vida antisociales constituyen el «verdadero lumpenproletariado».

y, por analogía con el concepto acuñado por Kant de «servicio anal de Dios»²⁶, denominar a una jurisprudencia como «*jurisprudencia anal*», cuyo objetivo no consiste en una reflexión crítica del Derecho creado por los poderosos en una sociedad según los criterios del orden democrático liberal, sino en la legitimación del poder, por lo que, al igual que en el servicio posterior en palabras de Kant «al verdadero servicio (exigido por Dios mismo)»²⁷, en la ciencia jurídica se actúa «justo en contra» de su tarea en el Estado de Derecho liberal.

b) En este marco, no es posible entrar en un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que, si bien vigila minuciosamente al legislador en materia de Derecho fiscal, Derecho de familia y también en la adaptación del ordenamiento jurídico a las modas sociales, le da carta blanca en materia de Derecho penal. Solo diré esto: los límites de su aplicación, que se derivan de la naturaleza de la pena criminal, ya se reflexionaban en el absolutismo desde Beccaria, es decir, incluso antes de cualquier constitución conquistada por el pueblo como soberano o concedida por los gobernantes, y por lo tanto como dogmática del Derecho constitucional *avant la lettre*. La dogmática del Derecho constitucional es todo lo que se piensa o se escribe sobre cuestiones constitucionales respetando la medida de la ciencia jurídica, es decir, el *mos analytico-philosophicus civitatis iuris*^{28 29}. El Derecho penal constitucional, como se denomina ahora, se debate en el Derecho penal desde hace 250 años, mientras que una doctrina constitucional específica de las leyes que restringen los derechos fundamentales ha sido desarrollada gradualmente por el Tribunal Constitucional Federal en otros ámbitos jurídicos con un control considerable, sin basarse en el texto de la Ley Fundamental. Las reservas legales de la Ley Fundamental que restringen los derechos fundamentales no se han formulado de manera diferente a como se hicieron en la Constitución de Weimar, pero, a diferencia de entonces, el Tribunal Constitucional Federal, mediante el desarrollo de la doctrina de las «barreras de las barreras»³⁰, ha sometido a su control la decisión parlamentaria mayoritaria

²⁶ KANT, 1794, cuarta parte, 2.^a sección.

²⁷ KANT, 1794, p. 255.

²⁸ Sobre este concepto, que he abreviado como «mapci», para referirme al conjunto de condiciones de las afirmaciones jurídicas serias, véase por primera vez SCHÜNEMANN, 2013, p. 223, 236, y posteriormente SCHÜNEMANN, ZIS, 2016, pp. 654 ss. = SCHÜNEMANN, 2020 pp. 457 ss.; ZIS, 2020, 479 ss.

²⁹ No importa si el participante en el debate es un profesor al que se le ha encomendado expresamente una cátedra de Derecho Constitucional o Estatal. De lo contrario, el especialista en Derecho público Gärditz tampoco podría expresarse constantemente sobre temas penales, llegando incluso a abusar de la antigua revista en línea sobre dogmática penal internacional (ZIS) para influir en un procedimiento de apelación, véase la referencia en SCHÜNEMANN, 2023, pp. 305 y 309 nota al pie 11.

³⁰ Fundamental es la denominada sentencia Elfes BVerfGE 6, 32, aunque no deja de ser irónico que el Tribunal Constitucional Federal declarara entonces constitucional la restricción de la libertad de expre-

sobre la restricción de los derechos fundamentales. Rechazar la doctrina de la protección de los bienes jurídicos, que ya había prestado el mismo servicio frente a la restricción singular de la libertad por la exageración penal, con el argumento de que la palabra «bien jurídico» no aparece en la Ley Fundamental, significa, por lo tanto, una jurisprudencia literal que no puede tomarse en serio y que, por lo demás, no se utiliza en la interpretación constitucional³¹.

c) Si los críticos de cualquier restricción seria del legislador penal quieren hacernos creer que el control constitucional, que es bastante estricto en el Derecho de familia o en el Derecho fiscal, no puede restringir en absoluto la libertad del legislador basada en el principio de «democracia»³² precisamente en el Derecho penal, esto no solo es iliberal, ya que ignora directamente el texto de la Constitución, sino que también es una parte ominosa de ese giro autoritario que mencioné al principio. Al denunciar el principio de protección de los bienes jurídicos como antidemocrático³³, se omite que la Constitución alemana menciona expresamente en tres ocasiones el «orden democrático liberal» (art. 11, apdo. 2, 18 y 21, apdo. 2 de la Constitución alemana), es decir, equipara el principio del liberalismo, al que también se debe la teoría de la protección de los bienes jurídicos, con el principio de la democracia. Y es, una vez más, la naturaleza singular de la pena como exceso que atenta contra los derechos innatos del ser humano lo que hace necesaria la protección de la libertad frente a

sión mediante la denegación del pasaporte por la prevista representación de posiciones críticas con el Gobierno en el extranjero, ya que de lo contrario se pondrían en peligro intereses importantes de la República Federal.

³¹ Basta con recordar lo contrario, lo que el Tribunal Constitucional Federal ha interpretado en otros contextos en la Ley Fundamental, por ejemplo, en su denominada resolución sobre el clima BVerfGE 157, 30, o en la invención de un derecho fundamental de las emisoras de radiodifusión públicas a percibir tasas obligatorias para financiar incluso sus programas de entretenimiento en BVerfGE 158, 389.

³² Tras sus repetidos intentos de restablecer un crudo positivismo jurídico con ayuda del término «democratismo» (explicado por primera vez de forma exhaustiva en: GÄRDITZ, 2015, según el cual el Derecho penal debe aceptar la «primacía democrática de lo político» si quiere ser algo más «que un saprófito que vegetaba sobre el cadáver en descomposición del idealismo»; a continuación, la «democraticidad» que preocupa igualmente por la descomposición de los derechos humanos en GÄRDITZ, JZ, 2016, pp. 641 ss.; por último, en: GÄRDITZ, 2019, pp. 709 ss.), Gärditz quiere declarar mi argumento, según el cual en la figura del contrato social ningún ciudadano se sometería al exceso de violencia si ello no fuera útil para algún interés y necesario para la protección de intereses superiores, así como evitable por él mediante un comportamiento conforme a la ley, como un «contractualismo vulgar» que hoy en día ya casi no se utiliza seriamente para legitimar constituciones. En primer lugar, ignora la filosofía jurídica de *John Rawls*, líder mundial desde hace medio siglo, cuyo «velo de la ignorancia» es funcionalmente idéntico al supuesto «vulgar» contrato social. Y, en segundo lugar, no dudo en calificar, por el contrario, al Estado que, según Gärditz, dispone de los derechos humanos únicamente según el principio de la mayoría, o más concretamente, a los gobernantes que se valen de esta construcción, como un conglomerado de poder vulgar cuya «arquitectura de seguridad» (otra expresión favorita de Gärditz, véase la nota al pie 35) es la de un Estado policial.

³³ Por cierto, esto tampoco puede tomarse en serio porque Stuckenberg, al igual que Gärditz, no parece tener ningún problema con la legislación penal de la Unión Europea, que cuenta con una legitimidad democrática muy insuficiente (SCHÜNEMANN, 2014).

la arbitrariedad de la mayoría con el mismo objetivo, pero de forma dogmática y por una vía independiente: más allá de la doctrina de las barreras y restricciones, que en una restricción «ordinaria» de los derechos fundamentales se conforma con cualquier interés público como motivo y que en este caso también es eficaz, la exageración penal presupone una situación de cuasi legítima defensa, tal y como se aborda en la doctrina de la protección de los bienes jurídicos. Sin perjuicio de su diferente rigor, ambas doctrinas conducen al control de la arbitrariedad legislativa de la mayoría parlamentaria que caracteriza al Estado de Derecho liberal, de modo que el intento de desvirtuar y, por tanto, revertir este logro histórico del Estado constitucional con la ayuda del término ambiguo «democraticidad» supone una jurisprudencia puramente retórica³⁴.

d) Por lo tanto, el único argumento considerable contra la doctrina de la protección de los bienes jurídicos es la referencia a su indeterminación semántica. Pero si los críticos critican la falta de una definición susceptible de ser subsumida, esto no es más que una expresión de ingenuidad metodológica. El concepto de bien jurídico es un concepto típico con un alto grado de abstracción, por lo que la opinión de que debe poder definirse como un concepto clasificatorio es obsoleta desde el punto de vista de la teoría jurídica. La teoría jurídica del siglo XIX se caracterizaba por el concepto clasificatorio, cuya definición consistía en indicar el género próximo y la diferencia específica. Entretanto, se ha reconocido que el lenguaje coloquial, en su vaguedad y porosidad, rara vez puede definirse de manera exhaustiva de esta manera, y en lugar del concepto clasificatorio, hoy en día la forma lingüística del tipo desempeña el papel más importante en la metodología jurídica. Después de que el tipo fuera descubierto en la hermenéutica ontológica, pero descrito de manera muy vaga, su naturaleza se ha precisado entretanto: se trata de un concepto con varias características (dimensiones) que pueden graduarse por sí mismas y que, debido a esta diversidad, no puede definirse de manera concluyente en el sentido clásico, sino que solo puede concretarse mediante reglas de similitud vinculadas a casos concretos, en las que las diferentes dimensiones están representadas con diferentes grados de intensidad. La concretización debe realizarse registrando los rasgos característicos del tipo según la intensidad de su expresión en escalas cuantitativas, de modo que la expresión débil de una característica pueda compensarse con la expresión especialmente fuerte de otra característi-

³⁴ Gärditz ha manifestado su combativa ambición de restablecer las condiciones autoritarias en Alemania en muchas otras publicaciones, por ejemplo, en la creación de una «arquitectura de seguridad» más eficiente que él propugna, entre otras cosas, mediante la ampliación del poder y la influencia de las autoridades de protección constitucional (véase LINZBACH/GÄRDITZ, ZG, 2020, p. 314; GÄRDITZ/LINZBACH, GSZ, 2023, p. 140; DIETRICH/GÄRDITZ, 2023, 113).

ca, en el sentido de que el caso concreto siga considerándose una manifestación del tipo, siempre que presente un perfil de características suficientemente fuerte en su conjunto. Para que esta concretización sea posible, el tipo debe tener un núcleo de extensión suficientemente claro³⁵. Por lo tanto, también debe ser posible designar objetos de extensión evidentes, que podrían denominarse casos básicos o arquetipos. Además, es importante formular un antitipo que también tenga un núcleo de significado claro y que deba utilizarse como contraimagen en la concretización en el ámbito del significado, teniendo en cuenta que en el proceso de analogía que aquí tiene lugar se comprueba la mayor proximidad a los arquetipos del tipo o al núcleo del antitipo³⁶.

Todo esto está dado o es realizable para la doctrina del bien jurídico: el núcleo del concepto de bien jurídico está formado, por un lado (en el caso de los bienes jurídicos individuales), por los derechos innatos del ser humano y, por otro lado (en el caso de los bienes jurídicos colectivos), por los elementos esenciales del Estado de Derecho, sin los cuales estos derechos ni siquiera pueden concebirse. El antitipo de los *bienes jurídicos* protegibles penalmente está formado por la mera *forma de vida*, cuya imposición por medios penales está excluida en cualquier Estado de Derecho liberal. En la concreción tipológica posterior se produce entonces, *eo ipso*, una diferenciación adicional, por ejemplo, entre bienes jurídicos tangibles e institucionales, bienes jurídicos personales y patrimoniales, etc., y, finalmente, se elaboran los distintos bienes jurídicos y sus ámbitos de protección. El sistema de referencia para la concreción es, por supuesto, la Constitución, ya que toda la teoría de los bienes jurídicos es una rama especial de la teoría de los derechos fundamentales.

IV. PERSPECTIVAS

Si incluyera el desarrollo del debate sobre los fundamentos del Derecho penal en Alemania, esbozado anteriormente solo a grandes rasgos, en el desarrollo político y social general, lo que me impide el escaso espacio disponible, la crítica resumida anteriormente a las tendencias actuales parecería completamente una voz de Cassandra (y al mismo tiempo explicaría su tono agudo). Al hacer oír esta voz en el presente libro homenaje, deseo rendir homenaje al diálogo entre las ciencias penales españolas y alemanas en general, y a Enri-

³⁵ Es decir, un «núcleo de significado» en el sentido de la teoría analítica del lenguaje, véase más detalles en SCHÜNEMANN, 2010, pp. 238 ss. = SCHÜNEMANN, 2020, pp. 303 ss.

³⁶ Para más detalles, véase SCHÜNEMANN, 2020, pp. 475 ss. con otras referencias.

que Peñaranda en particular, con la esperanza de que aquí también crezca la salvación, allí donde en Alemania domina el peligro.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMANN, Jürgen, *et al*: *Alternativ-Entwurf eines Allgemeinen Teils mit Begründung*, Tübinga, 1966.
- BENTHAM, Jeremy: *An introduction to the principles of morals and legislation*, Londres, 1789.
- BROOK, Timothy/BOURGON, Jérôme /BLUE, Gregory: *Death by a Thousand Cuts*, Cambridge, 2008.
- BRUNHÖBER, *Grenzen der Grenzen des Strafrechts-Demokratische Grenzen kriminalpolitischer Leitlinien*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 135, 2023, pp. 872-903.
- COCA VILA, Ivó e Irrarázaval, Cristián: *A Criminal Law for Semicitizens*, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 39, 2022, pp. 56-72.
- DUFF, Antony: *Punishment, Communications, and Community*, Oxford 2001
- GÄRDITZ, Klaus: *Staat und Strafrechtspflege*, München, 2015.
- *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, *Juristen Zeitung*, núm. 71, 2016, pp. 641-650.
- *Das Strafrechtsdenken von Günther Jakobs aus der Sicht der Staats-und Verfassungstheorie*, en: *Strafrecht und Gesellschaft*, Tübinga, 2019, pp. 709-736.
- GÄRDITZ, Klaus y LINZBACH, Karoline: *Nachrichtendienstliche Quellen-Telekommunikationsüberwachung und gemeinsames nachrichtendienstliches Informationssystem im Verfassungsbeschwerdeverfahren*, *GSZ*, 2023, pp. 140-146.
- GIERHAKE, Katrin: *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Berlin, 2005.
- HEINEMANN, Franz: *Der Richter und die Rechtsgelehrten*, Düsseldorf, reimpression de 1969 (or. 1900).
- HOVEN, Elisa: *Die neue liberale Lust am Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 135, 2023, pp. 707-735.
- JAKOBS, Günther: *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, München, 2004.
- *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, 2012.
- KANT, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, 1797 (citado de la edición completa editada por Weischedel, vol. 8, 1993).
- *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, 2.^a ed., 1794.
- LINZBACH, Karoline/GÄRDITZ, Klaus: *Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot – ein verfassungsrechtlicher Totenschein*, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, vol. 35, núm. 4, 2020, pp. 314-335.
- MARX, Karl: *Frühe Schriften*, vol. 2, Stuttgart, 1971.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich: *Marx-Engels-Werke*, vols. 7-8, Berlin, 1960.

- PAWLIK, Michael: Das Unrecht des Bürgers, Tübingen, 2012.
- *Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten*, en Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, Berlin, 2020, pp. 145-158.
- ROSTALSKI, Frauke: *Strafe als Resonanz. Zum legitimen Zweck von Strafrecht und Strafe*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, vol. 171, 2024, pp. 441 ss.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: Vom Sinn der Strafe, Göttingen, 1963.
- SCHMIDT, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.^a ed., Göttingen, 1965.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, en Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003, pp. 133-154.
- *Spirale oder Spiegellei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, en Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg, 2010, pp. 239-248.
- *Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft*, en: Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, Würzburg, 2013, pp. 223-242.
- Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, Berlin, 2014.
- *Ein neues Bild des Strafrechtssystems?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 126 (2014), pp. 1-26.
- *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, núm. 10, 2016, 654-671.
- *Der Kampf ums Strafrecht, um dessen Wissenschaft, und seine jüngste Zuspitzung im „Doktorgate“*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2020, pp. 479-487.
- Rechtsfindung im Rechtsstaat und Rechtsdogmatik als ihr Fundament, Berlin, 2020.
- *Die Unerlässlichkeit einer Strafrechtsdogmatik more analytico-philosophico civitatis iuris am Beispiel des staatlichen Lockspitzeleinsatzes*, en Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden, 2023, pp. 305-324.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich: *Grenzen der Grenzen des Strafrechts?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 135, 2023, pp. 904-946.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit*, en Festschrift für Urs Kindhäuser, Baden-Baden, 2019, pp. 475-486.
- NIENHAUSER, William (ed.): The Grand Scribe's Records, Bloomington/Indianápolis, 1994.
- VON GEMMINGEN, H. D. Freiherr: *Liberales oder autoritäres Strafrecht? Zugleich ein Bericht über die Frankfurter Diskussion vom 8. Januar 1933*, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, vol. 26, núm. 4, 1933, pp. 497-510.

13. GOBERNAR LA UNIVERSIDAD MEDIANTE EL DELITO. EL CASO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

ALFONSO SERRANO MAÍLLO

Catedrático de Universidad. Profesor de Teoría criminológica
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. LA GOBERNANZA A TRAVÉS DEL DELITO (SIMON)

En un importante trabajo referido a la influencia del funcionalismo, el profesor Peñaranda Ramos recuerda que la pena es un mal que se impone a un infractor y no meramente un acto simbólico o comunicativo. Concretamente, escribe que la pena «se ejecuta sobre quien ha cometido el delito con el propósito precisamente de privarle de alguno de sus bienes jurídicos más preciados»¹. Por ello, debido a que la pena es un mal, la Escuela clásica proponía, como reacción al Antiguo Régimen, que el Derecho penal se sometiera a la razón y que las penas fueran proporcionadas y limitadas –aunque deberían seguir siendo un mal para que el potencial delincuente en cuanto que agente racional la tuviera en cuenta en un balance de costes y beneficios cuando se le presentara la ocasión de infringir las normas–. Ahora bien, la evolución de aquel proyecto ilustrado según Foucault es bien conocida: estos reformadores de buena voluntad con Beccaria a la cabeza fracasaron y el resultado fue y sigue siendo *algo peor* que el cruel e irracional –aunque *poco activo*– sistema previo². Tenga razón o no Foucault en este planteamiento, su advertencia sobre los potenciales efectos perversos incluso de reformas bienintencionadas –lo que se consi-

¹ PEÑARANDA RAMOS, Doxa, 2000, p. 313.

² FOUCAULT, [1975], pp. 86-87.

deraba una *bala de plata*— no es baladí, como tampoco lo es su reticencia a reconocer un tipo de poder como preferible a otro³.

Un importante desarrollo en la estela foucaultiana es el de Simon —de quien tomo el epígrafe—, en el que el delito se presenta como una manera de gobernar. Refiriéndose originariamente a los Estados Unidos de América, sostiene que el delito ha pasado a ser algo fundamental para el ejercicio de la autoridad: se ha convertido en una cuestión estratégica significativa, de modo que si alguien actúa para prevenir delitos o comportamientos semejantes es visto actuando de modo valioso y justificado; se utiliza para legitimar intervenciones de distinto tipo que en realidad tienen otras motivaciones; y, finalmente, los discursos sobre el crimen se han transformado en la imagen visible de otras instituciones. Como consecuencia, como en *Vigilar y castigar*, «El resultado no ha sido menos gobierno, sino un poder ejecutivo más autoritario»⁴. Simon ofrece algunos ejemplos de instituciones que al menos en parte son gobernadas a través del delito, como las familias⁵, las escuelas⁶ y el empleo⁷. Además de la estela del libro recién mencionado, Simon sigue aquí las ideas de Foucault sobre gobernabilidad⁸. Pues bien, no hay razones para dejar de preguntarnos si el enfoque de Simon se puede extender más allá de la familia, la escuela o el empleo y Estados Unidos por una parte a la universidad y a España por otra.

Esto es particularmente relevante en un contexto que se ha descrito como de firmeza creciente frente al delito tanto a nivel individual como sistémico. En efecto, aunque en España no existen encuestas que permitan estimar la evolución del primero; y aunque desde 2009 aproximadamente las tasas de encarcelamiento en nuestro país han descendido o al menos se han estancado —como ha ocurrido en los últimos pocos años—, siguen siendo excesivamente elevadas. Concretamente, entre 2020 y 2023 —con datos de Instituciones Penitenciarias para número de internos y del Instituto Nacional de Estadística para 1 de julio de cada año para población total— la tasa por 100.000 se ha mantenido en torno al 116,7, con pequeñas variaciones interanuales que pueden adscribirse a la naturaleza estocástica del fenómeno. Las tasas de encarcelamiento son, sin duda, un indicador válido de la firmeza a nivel sistémico, ni que decir tiene que muy lejos de ser perfecto, pero asumible.

Al hilo del planteamiento de Simon, la gobernanza de la universidad podría hacerse, por ejemplo, a través de la investigación y la docencia o a través del con-

³ FOUCAULT, 1979, p. 14.

⁴ SIMON, 2007, pp. 3-12.

⁵ *Ibidem*, pp. 177-188 y 191-206.

⁶ *Ibidem*, pp. 90-94 y 207-231.

⁷ *Ibidem*, pp. 233-257.

⁸ FOUCAULT, 1994, pp. 635-657.

flicto y la desviación. Si el conflicto y la desviación justifican acciones, como normativas –no necesariamente sancionadoras, al menos de momento– ambiguas o innecesarias; legitiman intervenciones que en realidad tienen otras motivaciones, como la creación de nuevos órganos o la organización de determinados eventos; y se transforman en la imagen visible de la institución, de lo que se siente particularmente orgullosa, y todo eso se hace a expensas de otras formas de gobierno en el sentido de Foucault y Simon –como investigación y docencia críticos–, entonces puede decirse que la universidad, poco a poco, está pasando a gobernarse a través, quizá no del delito por ahora, pero sí del conflicto y la desviación.

II. EL CASO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA GUÍA BÁSICA

Algunos reformadores, probablemente bienintencionados, que se preguntan «si la sociedad está preparada»⁹ para los cambios en profundidad que proponen, apuntan a la justicia restaurativa como alternativa a un sistema sancionador que, con razón, juzgan imperfecto¹⁰ –de lo cual parecen inferir de manera incontestable la superioridad de un enfoque alternativo, en el presente caso de justicia restaurativa centrado en la universidad. Los programas de justicia restaurativa son tan heterogéneos que no es posible ofrecer una revisión crítica general a los mismos, sino que ésta debe centrarse en ejemplos concretos. Uno de ellos, o al menos un esbozo de uno de ellos, es precisamente la propuesta incluida en el documento *Universidades restaurativas: Guía básica para su desarrollo en España* (en adelante, Guía básica), firmado por Giménez-Salinas y sus asociados. El mismo se encuadra en el llamado Pacto de convivencia, el cual se define como «una plataforma independiente prepartidaria, por tanto SIN vinculación con organismos de la Administración General del Estado y/o partidos políticos. Somos sociedad civil». De acuerdo con la información disponible en su página web, «Pacto de Convivencia nace como respuesta a la experiencia terrorista en nuestro país. Entidades que representamos formas de pensamiento a menudo enfrentadas, firmamos un pacto y nos comprometimos a trabajar juntas como forma de honrar cada día a las víctimas de toda forma de radicalización violenta y a sus familias»¹¹.

Ciertamente, los conflictos en la universidad pueden encajar en los intereses de esta agrupación llamada Pacto de convivencia, pero al mismo tiempo la

⁹ GIMÉNEZ-SALINAS *et al.*, 2024, p. 73.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 16 y 27. En efecto, otro de los problemas de la justicia restaurativa es que a veces compara un Sistema de Administración de Justicia real con uno alternativo de laboratorio o conducido bajo circunstancias favorables.

¹¹ <<https://pactodeconvivencia.org/>>.

Guía básica no ofrece ninguna prueba de que los conflictos universitarios tengan parangón con el terrorismo o bien que, en una misma medida, pongan en «riesgo real [...] los principios y valores fundamentales que sustentan nuestra democracia, dañen nuestra convivencia y pongan en peligro la paz, en el plano nacional e internacional» o que en su marco haya que tomar conciencia «de las muchas vidas truncadas por todo tipo de radicalización», como señala el Pacto en su Preámbulo. La Guía básica advierte de que su objetivo se orienta hacia «los conflictos de convivencia universitaria *sea cual sea su gravedad*»¹². De este modo, se pasa por una parte del terrorismo al «plagio»¹³ o a la falta de moderación en el lenguaje —o «intemperancia verbal», como se llama en el apartado Por ello y para ello— y por otra de los asesinados a la «solidaridad efectiva con todas las víctimas» —«todas» podría no dejar *a nadie* fuera, como en el *victims* Rus de Stanko¹⁴. De entre muchísimos ámbitos conflictuales imaginables, algunos con un componente violento terrible, se ha elegido la universidad como objeto de atención. Además, ésta es selectiva pues no se menciona todo el sistema de acreditación, de concesión de sexenios o de asignación de proyectos de investigación o becas¹⁵, sin los cuales la universidad no puede entenderse: el enfoque restaurativo puede aplicarse a «las falsedades en las declaraciones responsables de los concursos de oposición a profesorado», pero para que esto tenga lugar, no sólo primero debe haber acreditaciones y en éstas los proyectos de investigación pueden ser importantes, ¡sino que precisamente percepciones de trato diferencial pueden dar lugar a conflictos! La Guía básica puede entender que no se trata de espacios de alta conflictividad, pero esto no es, según ella misma, un obstáculo para su indagación. Como repetiremos, se trata de actividades cuya independencia es discutida y, así, Gimbernat escribió sobre ciertas comisiones que no son neutrales porque sus miembros son elegidos por el Ministerio¹⁶.

Reiterando la cuestión de las pruebas, es habitual que los participantes en el mercado de los problemas sociales esgriman cifras sobre la magnitud y tendencia creciente del fenómeno de que se trate, lo cual puede dar lugar a estimaciones disparatadas¹⁷. En el presente caso, sin embargo, la Guía básica apenas indica lo que sigue: «Las universidades españolas no son *a priori*, espacios de alta conflictividad. Sin embargo, el informe elaborado por la Comisión Sectorial de Crue Sostenibilidad (2023) bajo el título Diagnóstico de la gestión de

¹² GIMÉNEZ-SALINAS *et al.*, 2024, p. 11 (énfasis añadido).

¹³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴ STANKO, 2000, p. 13.

¹⁵ Sí se mencionan «los conflictos derivados de la convivencia en las residencias universitarias», GIMÉNEZ-SALINAS *et al.*, 2024, p. 13. Sobre la cuestión en general, *vid.* SERRANO GÓMEZ, 2024, *passim*.

¹⁶ GIMBERNAT, El Mundo, 2016; *vid.* igualmente SERRANO GÓMEZ, 2015, pp. 82-83.

¹⁷ BEST, 1990, *passim*.

riesgos psicosociales en las universidades españolas, advierte de que “el acoso laboral ha ido perdiendo protagonismo para compartir espacio con el resto de supuestos de violencia psicológica[”]»¹⁸. La locución latina «*a priori*» puede utilizarse para indicar un conocimiento previo a la experiencia; mientras que la locución adverbial de sentido adversativo «Sin embargo» puede interpretarse como *a pesar de ello*. Así las cosas, no es evidente la conexión lógica entre ambas frases, la cual incluye una cierta ambigüedad. Sea como fuere y al margen de su contenido y su mérito, que no es fácil de interpretar en relación con la extensión del conflicto en las universidades, en el mejor de los casos el *Diagnóstico...* no permite conocer un parámetro poblacional desconocido. En efecto, el documento comienza sus análisis afirmando que «Existe una probabilidad razonable de representación de la muestra debido a la alta participación de las Universidades Españolas (52%)». Tal y como está redactada, esta frase es tan correcta como irrelevante –la referencia a la *representatividad*, un término rodeado de ambigüedad, parece tener el sentido de *probabilístico* ya que enseguida se añade que «los datos obtenidos en la encuesta podrían ser generalizables»¹⁹. La irrelevancia es debida a que sólo se postula una «probabilidad razonable» –un concepto no estadístico– a la posibilidad de generalización. Esto respecto a la frase. Respecto a la naturaleza hipotéticamente probabilística de la muestra, no existe ningún motivo para confiar en la misma ni para aplicar teoría muestral ni, en consecuencia, para generalizar los hallazgos. Está fuera de toda duda que el tamaño muestral no tiene nada que ver con el carácter probabilístico de una muestra –si contestara toda la población no tendríamos una muestra, sino un censo. En realidad, el estudio de referencia parece pensar lo mismo, motivo por el cual no ensaya ningún error muestral: sea cual sea el índice que en su caso pueda estimarse a partir de los datos del documento *Diagnóstico...*, el error (muestral) es desconocido y no pueden calcularse intervalos de confianza.

III. TRES CONSIDERACIONES SOBRE EL PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA DE LA GUÍA BÁSICA

1 La ampliación de las redes de control social

No puedo en este trabajo en homenaje al profesor Peñaranda revisar en profundidad la Guía básica ni señalar las diversas consideraciones que ameri-

¹⁸ Grupo de trabajo de prevención de riesgos laborales. CRUE, 2023, p. 14.

¹⁹ *Ibidem*, p. 10.

ta, así que me limitaré a tres de las que más habitualmente ha recibido el enfoque de la justicia restaurativa. La primera es la ampliación de las redes de control social en la estela de Foucault y Simon. No hay nada de paradójico en que la Guía básica enfatice la labor precursora del abolicionismo²⁰ ya que, al menos en muchas de sus manifestaciones, éste sólo rechaza *estas penas*, pero no otras, quizá con nombres más atractivos. De hecho, el programa de la Guía básica casi parece uno de *máxima intervención*: reclama un «cambio sustancial de perspectiva que centre la actuación en el ámbito de la institución [...] antes de llegar a trascender al ámbito jurídico; actúe a través de un *proceso preventivo proactivo e integral* antes que a través de prácticas puntuales y reactivas; y *considere la violencia laboral en su conjunto como un proceso*», «no se orienta solo a la resolución del expediente correspondiente, sino que contempla medidas de prevención» y propone «trabajar la *provención*» —una labor preventiva proactiva—, promover «en todos los ámbitos la *provención*» y «ser proactivos», «el bienestar [...] es *proactivo*» y la construcción de relaciones de modo «proactivo y *proventivo*»²¹.

En la Guía básica parece que la responsabilidad personal queda inalterada aunque intervenga la justicia restaurativa. Por ejemplo, se lee en la misma que: «Sancionar con garantías puede ser necesario, pero *no debe ser la única* ni la mejor respuesta en el ámbito universitario [...] lo restaurativo no pone en cuestión las garantías. Es además *compatible con la imposición de sanciones* disciplinarias ejecutadas por los organismos correspondientes de cada universidad [...] de forma paralela o alternativa al proceso sancionador», «la idea de dejar la sanción o el castigo como última opción [pero una opción real] ante una infracción para dar preferencia a las respuestas constructivas tiene todo el sentido», «debemos plantearnos intervenciones que no se reduzcan a estrategias reactivas al conflicto o daño» —incluidas «sanciones»—, «las Normas de Convivencia deberían ir dirigidas *no solo* a sancionar conductas inaceptables o a regular lo que está bien y lo que está mal»²².

Un ámbito frecuentemente debatido entre los proponentes de la justicia restaurativa es hasta qué punto sus programas pueden traducirse en un mero cambio de etiquetas o, como estamos viendo, incluso en una ampliación de las redes de intervención penal y de la punitividad o firmeza frente al delito²³. Maculan recoge esta paradoja cuando contrapone a la justicia restaurativa políticas

²⁰ GIMÉNEZ-SALINAS *et al.*, 2024, p. 11.

²¹ *Ibidem*, pp. 15, 18, 24, 26, 29 y 31 (parte del énfasis añadido).

²² *Ibidem*, pp. 13, 50, 54 y 55 (énfasis añadido).

²³ DELGADO, 2000, pp. 761-762; McALINDEN, 2007, pp. 184, 198 y 205-206; O'MAHONY y DOAK, 2017, pp. 96, 199 y 210.

criminales punitivas, pero concediendo una potencial perversión de la lógica subyacente²⁴. La Guía básica ciertamente no elimina el delito²⁵, sino que aclara que «el paradigma restaurativo considera que el delito es principalmente un comportamiento que genera un daño a la víctima, a su entorno y a la comunidad o sociedad en general»²⁶. La propuesta es familiar: son diversos los autores que han propuesto definir delito como aquel comportamiento que produce *daño*. Así, Presser apunta a aquellas conductas que ocasionan *sufrimiento y destrucción* definidas como «problemas causados por otro»²⁷; y que abarcan desde el genocidio al consumo de carne²⁸. Pemberton propone definir actos de daño social como «relaciones, procesos, flujos, prácticas, discursos, acciones e inacciones que constituyen el tejido de nuestras sociedades y que sirven para comprometer la satisfacción de las necesidades humanas y, al hacerlo, resultan en daños identificables»²⁹. Hillyard y Tombs consideran que el concepto de daño debe incluir todo aquello «perjudicial para el bienestar de las personas de la cuna a la tumba», ya sea de naturaleza física, financiera o económica, emocional o psicológica o cultural³⁰. Ahora bien, estas iniciativas son demasiado imprecisas en términos científicos y, sobre todo, ¡legales! Exigirían tener a los investigadores a mano para distinguir cuándo una conducta hace daño y cuándo no —o al menos cuándo el daño es o no significativo— y pueden conducir a sociedades totalitarias. Quizá casos de daño en la universidad lo representen el suspenso del estudiantado, que daña a quien no ha estudiado, y el aprobado general, que daña a quien lo ha hecho... o las investigaciones de mala calidad.

2 Voluntariedad (genuina)

Aunque muchos proponentes de la justicia restaurativa, incluida la Guía básica³¹, favorecen la *voluntariedad* de las partes en la participación en los procedimientos³², el acuerdo no es unánime³³. Para los primeros, voluntariedad

²⁴ MACULAN, 2023, pp. 15, 19-20, 37-40 y 71-72.

²⁵ GIMÉNEZ-SALINAS *et al.*, 2024, p. 23.

²⁶ *Ibidem*, p. 38.

²⁷ PRESSER, 2013, p. 2.

²⁸ *Ibidem* pp. 31 y 50.

²⁹ PEMBERTON, 2015, p. 24 (énfasis eliminado).

³⁰ HILLYARD y TOMBS, 2004, pp. 18-20.

³¹ GIMÉNEZ-SALINAS *et al.*, 2024, pp. 33, 39, 43, 56 y 62.

³² DUFF, 2001, p. 81; O'MAHONY y DOAK, 2017, pp. 93, 99, 198 y 202; VAN NESS, 2003, p. 168; VON HIRSCH *et al.*, 2003, pp. 26 y 36-37; MCALINDEN, 2007, p. 39; TAMARIT SUMALLA, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, pp. 143 y 158; TAMARIT SUMALLA, *Revista de Victimología*, 2020, p. 58; WILLEMSSENS, 2005, pp. 25-26.

³³ WALGRAVE, 2001, pp. 23 y 27-28.

implica para empezar que la decisión del ofensor debe tener un carácter informado, basarse en el conocimiento pleno de las opciones que tiene a su disposición³⁴. Por otra parte, Varona Martínez escribe al hilo del principio de voluntariedad que, para que pueda darse, «un consentimiento libre [...] debe estar exento de presiones *injustificadas*»³⁵. La práctica no debe desviarse de la teoría³⁶, como cuando los participantes no saben con claridad cuáles son sus derechos³⁷. También es otro tema hasta qué punto la voluntariedad debe ser *genuina*, desinteresada o bien es consistente con la obtención de beneficios penales, penitenciarios o indemnizatorios; o la evitación de consecuencias peores.

La literatura recoge testimonios de abierta ausencia de voluntariedad genuina en procesos de justicia restaurativa: Acorn menciona el alegato de que «No fue una elección-No quería tener antecedentes»³⁸; Clairmont observa en una evaluación cualitativa canadiense que «Las razones para participar variaban según el rol, con los ofensores y los padres que les apoyaban enfatizando la evitación de juicio y antecedentes penales»³⁹; analizando datos australianos, Daly informa de que un 22 por ciento de los entrevistados afirmó que tuvo alguna opción de elegir, pero que se sitió bajo presión y un 47 por ciento que no fue su propia decisión, sobre todo porque la policía o sus padres les dijeron que tenían que participar –63 por ciento⁴⁰–; Delgado advierte de que la alternativa al acuerdo de restitución a menudo es la vuelta al Tribunal, «que tomará en cuenta esta falta de cooperación a la hora de la sentencia»⁴¹; O'Mahony y Doak escriben que «en la práctica y dado que la alternativa es a menudo un sentencia de un Tribunal cuya sanción puede percibirse como potencialmente más punitiva, un joven puede sentir que tiene pocas opciones», y aporta estudios de países anglosajones con conclusiones en esta línea⁴²; con datos empíricos, Zernova añade que «un número de delincuentes dijo en las entrevistas que la asistencia a las conferencias había sido ordenado por el Tribunal, y que rechazarlo les llevaría de vuelta para recibir una sentencia [...] parecía que su asistencia estaba motivada por temor a volver al Tribunal y ser castigados por no acatar una orden el mismo»⁴³. La misma Zernova agrega que la coerción puede ser etérea: Los «profesionales de justicia restaurativa emplean una serie

³⁴ O'MAHONY y Doak, 2017, p. 95.

³⁵ VARONA MARTÍNEZ, 2018, p. 102 (énfasis añadido).

³⁶ DALY, 2003, p. 219; O'MAHONY y DOAK, 2017, p. 200.

³⁷ VANFRAECHEN, 2005, p. 278; ZERNOVA, 2007, p. 76.

³⁸ ACORN, 2003, p. 150.

³⁹ CLAIRMONT, 2005, p. 255.

⁴⁰ DALY, 2003, p. 228.

⁴¹ DELGADO, Stanford Law Review, 2000, p. 760.

⁴² O'MAHONY y DOAK, 2017, pp. 95 y 97.

⁴³ ZERNOVA, 2007, p. 74.

de diversas técnicas sutiles (por ejemplo múltiples encuentros privados, interrogatorios hábiles, sondeando, replanteando y reformulando lo que los infractores dicen para enfocarlos hacia ciertas cuestiones y evocando empatía en los ofensores). Estas técnicas se emplean para obtener el consentimiento del ofensor para participar en conferencias y disculparse ante la(s) víctima(s). Parece que esto se hace de una manera tan habilidosa y sutil que puede crear una apariencia de consentimiento voluntario para participar y disculparse»⁴⁴. Aunque para evitar repeticiones evitaré insistir en ello, lo recién apuntado puede extenderse a las víctimas. Por ejemplo, poner una presión no deseada sobre la víctima podría conducir a que se sintiera culpable si decide no participar y ansiosa si decide hacerlo, según Reeves y Mulley⁴⁵.

La cuestión de la voluntariedad tiene varias aristas, comenzando naturalmente por los derechos y garantías de los participantes como victimarios en procesos de justicia restaurativa en un Estado de Derecho. En presencia de coerción es dudoso que, en todas sus manifestaciones, los «métodos restaurativos contribuye[n] a la democratización de la justicia»⁴⁶. Más en general, es discutible si la justicia restaurativa puede aplicarse sin voluntariedad y Acorn, por ejemplo, descarta que la compasión pueda aparecer por coerción⁴⁷. Del mismo modo, en ausencia de voluntariedad sincera, la víctima misma no sólo será difícil que obtenga un perdón y arrepentimiento sanadores, sino que puede experimentar frustración si comprueba que su victimario en el fondo se sigue considerando inocente, minimiza el daño o incluso la culpa a ella.

En efecto, la ausencia de voluntariedad genuina por parte del ofensor puede tener costes morales para la víctima, que puede verse utilizada para que aquél obtenga ciertos beneficios o evite ciertos males⁴⁸. Existe una importante tradición en Criminología para la que ciertas emociones explican la comisión de algunos delitos. Por ejemplo, Katz observa sentimientos de superioridad y de humillación hacia la víctima en algunos delincuentes serios⁴⁹. Acorn retoma esta cuestión cuando describe un robo con arma blanca cuyos protagonistas participaron en un encuentro restaurativo y escribe que «Es difícil creer que el reconocimiento de miedo y humillación de Ahmed [la víctima] no inspirara en David [el agresor] al menos algún pulso de autosatisfacción y de un sentimiento de poder sobre Ahmed»⁵⁰; mientras que McAlinden reitera que la con-

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 63 y 76, de donde se toma la cita.

⁴⁵ REEVES y MULLEY, 2000, p. 139.

⁴⁶ VARONA MARTÍNEZ, 2018, p. 23.

⁴⁷ ACORN, 2003, pp. 121-135.

⁴⁸ MACULAN, 2023, p. 118; TAMARIT SUMALLA, *Revista de Victimología*, 2020, p. 57.

⁴⁹ KATZ, 1988, pp. 169-172 y 191.

⁵⁰ ACORN, 2003, p. 148.

frontación de una víctima con su agresor sexual puede «reproducir y reforzar el desequilibrio de poder [...] y conducir a una posible revictimación»⁵¹.

3 Ausencia de autocrítica: la justicia restaurativa como bala de plata

Anuncié una tercera consideración a la Guía básica de las habituales de la justicia restaurativa: su carácter acrítico consigo misma. Para empezar, su olvido de las críticas recibidas por el enfoque. Pese a que, igual que como vimos no extiende su objeto a agencias y entidades que no son la universidad en sentido estricto pero son decisivas para la misma, ofrece un comentario a la Ley de Convivencia Universitaria –«un texto actual y adaptado a las necesidades existentes, pero que deja un amplio margen a las universidades para que redacten sus propias normas de aplicación», «la normativa puede ser excelente pero su puesta en práctica puede fracasar»⁵²– que es perfectamente legítimo, pero en el que no hay rastro de la actitud crítica que se ha empleado en buena parte del texto; el marco del Pacto por la convivencia se define, como sabemos, como una plataforma «independiente prepartidaria».

IV. CONCLUSIÓN

Para finalizar, recordemos una de las ideas más conocidas de Howard Becker en *Outsiders*: la de *empresario moral*. Escribe que «Las reglas son el producto de la iniciativa de alguien y podemos pensar en las personas que exhiben tal empresa como *empresarios morales*»⁵³. Quizá haya sido Silva Sánchez quien ha introducido este afortunado concepto en la ciencia española del Derecho penal, si bien utiliza la terminología alemana y traduce el vocablo de Becker por «gestores [...] de la moral»⁵⁴. Becker concluyó su ensayo de 1963 sobre los empresarios morales advirtiéndole que «Es un hecho interesante que la mayor parte de la investigación y especulación empíricas se ocupan de las personas que rompen las reglas más que con las que las hacen y aplican»⁵⁵, pero ciertamente el panorama ha cambiado de modo significativo desde entonces y estas actividades es más difícil que pasen desapercibidas, a la par que ya no podemos

⁵¹ MCALINDEN, 2007, p. 203.

⁵² GIMÉNEZ-SALINAS *et al.*, 2024, p. 72.

⁵³ BECKER, 1963, p. 147.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 46.

⁵⁵ BECKER, 1963, p. 163.

esgrimir ingenuidad. Dicho con otras palabras, el trabajo de Simon nos obliga a preguntarnos si es la universidad cada vez más un lugar de descubrimiento y aprendizaje críticos o un escenario de conflictos que hay que prevenir.

Al menos en alguna de sus muchas versiones, la justicia restaurativa es *un lobo con piel de cordero* y sus defensores deberían estar muy atentos a las sutiles estrategias de la firmeza frente al delito, uno de los temas de nuestro tiempo. Escribiendo en otro contexto, pero de modo extensible al nuestro a la luz de lo revisado en esta contribución que quiere resaltar la importante labor científica del profesor Peñaranda, Jenkins ha escrito que «El principal propósito» de una institución «reformada» «sería vivir en una penitencia y petición de perdón constantes»⁵⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ACORN, A. E.: *Compulsory compassion: A critique of restorative justice*, Vancouver, 2004.
- BECKER, H. S.: *Outsiders. Studies in the Sociology of deviance*, Nueva York y Londres, 1963.
- BEST, J.: *Threatened children. Rethoric and concern about child-victims*, Chicago, IL y London, 1990.
- CLAIRMONT, D.: *Penetrating the walls: Implementing a system-wide restorative justice approach in the justice system*, en *New directions in restorative justice: Issues, practice, evaluation*, Cullompton, 2005, pp. 245-265.
- DALY, K.: *Mind the gap: Restorative justice in theory and practice*, en *Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms?*, Oxford, 2003, pp. 220-236.
- DELGADO, R.: *Goodbye to Hammurabi: Analyzing the atavistic appeal of restorative justice*, *Stanford Law Review*, 52, 2000, 751-775.
- DUFF, A.: *Punishment, communication, and community*, Nueva York y Oxford, 2001.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, ed. aumentada y corregida, Madrid, [1975] 2022.
- *El ojo del poder*, en J. Bentham, *El panóptico*, Madrid, 1979, pp. 7-26.
- *Dits et écrits*, III, Paris, 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *El declive irresistible de la Universidad*, *El Mundo*, 8.6.2016.
- GIMÉNEZ-SALINAS, OLALDE, E., A. J., ALBERTÍ, M. y RUIZ-SÁNCHEZ, A.: *Universidades restaurativas: Guía básica para su desarrollo en España*, s/l, 2024.
- Grupo de trabajo de prevención de riesgos laborales. CRUE, *Diagnóstico de la gestión de riesgos psicosociales en las Universidades españolas*, s/l, 2023.

⁵⁶ JENKINS, 2003, p. 15.

- HILLYARD, P. y S. Tombs: *Beyond criminology?*, en *Beyond criminology: Taking harm seriously*, London y Ann Arbor, MI, 2004, pp. 10-29.
- JENKINS, P.: *The new anti-catholicism. The last acceptable prejudice*, Oxford y Nueva York, 2003.
- KATZ, J.: *Seductions of crime. Moral and sensual attractions in doing evil*, Nueva York, 1988.
- MACULAN, E.: *Realidad penitenciaria y utopía restaurativa en la condena por delitos de terrorismo*, Madrid, 2023.
- MCALINDEN, A.-M.: *The shaming of sexual offenders. Risk, retribution and reintegration*, Oxford y Portland, OR, 2007.
- O'MAHONY, D. y J. Doak: *Reimagining restorative justice. Agency and accountability in the criminal process*, Oxford y Portland, OR, 2017.
- PEMBERTON, S.: *Harmful societies: Understanding social harm*, Bristol, 2015.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 2000, pp. 289-321.
- PRESSER, L.: *Why we harm*, New Brunswick y Londres, 2013.
- REEVES, H. y K. Mulley: *The new status of victims in the UK: Threats and opportunities*, en *Integrating a victim perspective within criminal justice: International debates*, Aldershot, 2000, pp. 125-146.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Corrupción en la Universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Madrid, 2015.
- *40 años devaluando la selección del profesorado universitario y sin expectativas de cambio*, Madrid, 2024.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999 [existen ediciones posteriores].
- SIMON, J.: *Governing through crime. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford y Nueva York, 2007.
- STANKO, E. A.: *Victims Я Us*, en *Crime, risk and insecurity*, Londres, 2000, pp. 13-30.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: *El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012*, *Ars Iuris Salmanticensis*, 1, 2013, 139-160.
- *El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa*, *Revista de Victimología*, 10, 2020, 43-70.
- VAN NESS, D. W.: *Proposed basic principles on the use of restorative justice: Recognising the aims and limits of restorative justice*, en *Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms?*, Oxford, 2003, pp. 157-176.
- VANFRAECHEN, I.: *Evaluating conferencing for serious juvenile offenders*, en *New directions in restorative justice: Issues, practice, evaluation*, Cullompton, 2005, pp. 278-295.
- VARONA MARTÍNEZ, G.: *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Madrid, 2018.

- VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A. y SHEARING, C.: *Specifying aims and limits for restorative justice: A "making amends" model?*, en *Restorative justice and criminal justice: Competing or reconcilable paradigms?*, Oxford, 2003, pp. 21-41.
- WALGRAVE, L.: *On restoration and punishment: Favourable similarities and fortunate differences*, en *Restoring justice for juveniles: Conferencing, mediation, circles*, Oxford, 2001, pp. 17-37.
- WILLEMSSENS, J.: *Restorative justice: A discussion of punishment*, en *Repositioning restorative justice*, Cullompton, 2003, pp. 24-42.
- ZEHR, H.: *Evaluation and restorative justice principles*, en *New directions in restorative justice: Issues, practice, evaluation*, Cullompton, 2005, pp. 296-303.
- ZERNOVA, M.: *Restorative justice: Ideals and realities*, Farnham, 2007.

**14. EL RIESGO DE VIOLENCIA COMO NUEVO REFERENTE
CONCEPTUAL EN LA ESFERA PENAL.
¿VERDADERA CARACTERIZACIÓN DE LAS BASES EMPÍRICAS
DE LA PELIGROSIDAD O SIMPLE CAMBIO DE DENOMINACIÓN
DE UN CONCEPTO NECESARIAMENTE INDETERMINADO?***

ASIER URRUELA MORA (DR. *IUR.*, DR. *MED.*)
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las últimas décadas se perciben nítidamente distintos intentos operacionales provenientes del ámbito de disciplinas científicas como la psicología o la criminología en países como EE. UU., Reino Unido o Canadá, entre otros, objeto de recepción en España y consistentes en sustituir el concepto de peligrosidad criminal por un supuestamente más objetivo «riesgo de violencia» (variable que, en países como Estados Unidos, entre otros, sirve para incidir en la modalidad y extensión de la consecuencia jurídico-penal aplicable a sujetos imputables). La base fáctica (tecnológica) que justifica un tal cambio de perspectiva viene determinada por la emergencia y refinamiento de instrumentos basados en técnicas actuariales que –merced a la capacidad de gestión de cantidades ingentes de datos mediante su procesamiento informático– se afirma que pueden generar una predicción científicamente sólida de factores tales como el

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER «Una manera de hacer Europa».

riesgo de violencia o de reincidencia en relación con determinadas modalidades de delitos (de naturaleza sexual, homicidio o violencia física, etc.). La clave de dicho cambio conceptual y metodológico (pues, se supera un término criticado por su indeterminación como el de «peligrosidad criminal» para reemplazarlo por uno supuestamente dotado de fiabilidad y certidumbre como es el de «riesgo de violencia») residiría, en consecuencia, en la existencia de procedimientos técnicos validados susceptibles de evaluar dicho riesgo en el plano individual de una manera científicamente sólida y contrastable. En definitiva, la transición desde la noción de «peligrosidad criminal» a la de «riesgo de violencia/reincidencia» como objeto de análisis y diagnóstico técnico, va más allá de constituir una mera premisa conceptual, pues se pretende con ello reflejar la idea de que frente a una peligrosidad de perfiles imprecisos, naturaleza estigmatizante y únicamente susceptible de ser diagnosticada por vía intuitiva, el «riesgo de violencia/reincidencia» constituye una noción científicamente constatable por medios empíricos lo que la convertiría en idónea para fundamentar decisiones limitativas de los derechos individuales en el marco del proceso penal (así, en el contexto norteamericano, desde el *bail* hasta la individualización de la pena, pasando por la suspensión o sustitución de la misma o la adopción de decisiones en la esfera del tratamiento penitenciario). La asunción acrítica de dicha premisa ha generado un cambio de perspectiva en torno al tratamiento del delincuente cuya onda expansiva se extiende más allá de esferas como la prisión preventiva, las decisiones sobre la imposición de fianzas o la esfera carcelaria (ámbitos donde, por su naturaleza intrínseca, se encontraba ya asentada su vinculación con la peligrosidad criminal del sujeto) para incidir en cuestiones como la determinación de la pena en sentencia o incluso la filosofía del castigo.

El presente trabajo pretende llevar a cabo una reflexión crítica en torno a las implicaciones que, desde el punto de vista de la dogmática penal, ostenta este proceso de mutación del concepto de peligrosidad criminal por el —supuestamente más sólido desde el punto de vista científico— «riesgo de violencia» para lo cual se debe partir de la determinación de las bases teóricas y de las premisas metodológicas sobre las que se asientan cada una de dichas nociones.

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD CRIMINAL

Desde un punto de vista histórico, y prescindiendo de antecedentes remotos de uso de la noción de peligrosidad (derecho romano, pensadores cristianos como Santo Tomás de Aquino o los filósofos ilustrados, entre otros), la elabo-

ración del concepto de peligrosidad en la esfera penal, si bien ya presente en textos legislativos anteriores, se vincula tradicionalmente con los autores de la Escuela Positiva italiana (particularmente a partir de los trabajos de Garofalo¹ y Ferri²)³ siendo fundamentales en la doctrina española las aportaciones de Jiménez de Asúa⁴. Partiendo de la negación del libre albedrío por parte de la Escuela Positiva, para los defensores de dicha concepción la responsabilidad penal partía del hecho de vivir en sociedad siendo el fundamento de la pena la temibilidad o peligrosidad⁵. A partir de dicha formulación inicial la peligrosidad criminal se ha ido perfilando a lo largo del siglo xx con base en las aportaciones doctrinales y jurisprudencias fundamentalmente, dada su indudable relevancia en la determinación, modulación y ejecución de las consecuencias jurídicas del delito (destacadamente en el caso de medidas de seguridad aplicables a inimputables o semi-imputables, si bien ostentando igualmente incidencia cierta en la esfera de las penas aplicables a imputables, así, por ejemplo, en materia penitenciaria o de suspensión de la pena).

Conceptualmente, la peligrosidad criminal constituiría la cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de cometer un delito, lo que implica la permanencia de la misma durante un periodo de tiempo de duración indeterminada pero no necesariamente con carácter definitivo, manifestándose su proyección exterior por la comisión de hechos delictivos o la tendencia a ello⁶.

En este sentido, uno de los hitos fundamentales en la concreción del concepto de peligrosidad criminal a lo largo del siglo xx ha consistido en el establecimiento de la distinción existente entre aquella y la denominada peligrosidad social. Esta última noción adquirió una cierta relevancia jurídica en el contexto jurídico español en virtud de la importancia que le fue reconocida bajo la vigencia de la Ley de Vagos y Maleantes⁷ y posteriormente de la Ley de Pe-

¹ Véase GAROFALO, 1880, pp. 51 ss.

² Véase FERRI, 1892, pp. 562 ss.

³ No obstante, como pone de manifiesto Romeo Casabona dichos autores no llegaron a utilizar, al menos inicialmente, el término peligrosidad sino otros conceptos análogos como *temibilità* (Garofalo, noción en la que dicho autor integraba, por un lado, la capacidad criminal y, por otro, la adaptabilidad social del delincuente) o inadaptabilidad social (Ferri), si bien les corresponde el mérito de haber delimitado su concepto y significación para el Derecho penal moderno. ROMEO CASABONA, 1986, pp. 15 ss.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1920, pp. 17 ss.

⁵ ROMEO CASABONA, 1986, pp. 16 ss.

⁶ ROMEO CASABONA, 1986, pp. 24 ss. Como acertadamente pone de manifiesto dicho autor no hay que confundir la propia peligrosidad –como tal una cualidad, y en virtud de ello de naturaleza subjetiva–, con aquellos elementos que no son más que meros indicios de la misma y que, por lo tanto, pueden tener carácter objetivo. En este sentido, véase GRACIA MARTÍN/MAYO CALDERÓN, 2023, p. 674.

⁷ La concepción de uno de sus principales inspiradores Jiménez de Asúa, aparece sistematizada en la siguiente afirmación de dicho autor: «debe someterse a tratamiento penal, asegurativo y tutelar, no porque el hombre que ha cometido una transgresión sea libre en el obrar, no porque sea idéntico a sí mismo y semejante a los demás, no porque sea normal, ni intimidable –como quieren los que hablan de imputabili-

ligrosidad y Rehabilitación Social⁸, así como en Italia en virtud de la formulación del artículo 203 *Codice Penale (Pericolosità sociale)*⁹. En la actualidad, podríamos caracterizar peligrosidad social y criminal como dos círculos totalmente diferenciados y con contenidos específicos¹⁰, habiendo quedado la expresión «peligrosidad social» como anacrónica y felizmente superada en la esfera penal española pues englobaría la probabilidad de comisión de hechos socialmente indeseables pero no constitutivos de delito. Por el contrario, la peligrosidad criminal se limitaría a la probabilidad de realización de delitos¹¹. De la exposición realizada se deduce claramente que la única peligrosidad que efectivamente tiene relevancia de cara a la aplicación de consecuencias jurídicas del delito es la peligrosidad criminal, entendida como probabilidad (que no mera posibilidad dada la gravedad de la intervención penal que con base en la misma cabe llevar a cabo) de comisión de hechos delictivos en el futuro.

Por otro lado, y en relación con el juicio de peligrosidad criminal, cabe afirmar siguiendo a Romeo Casabona¹², que son dos las fases o momentos en dicho proceso. Por un lado, el diagnóstico de la peligrosidad y por otro la prognosis criminal, que constituye la proyección de dicha peligrosidad, en un intento de determinar el futuro criminal del sujeto¹³.

dad dentro de la doctrina determinista—, sino porque constituye un peligro social, porque con sus actos revela temibilidad o estado peligroso». JIMÉNEZ DE ASÚA, 1922, p. 88.

⁸ Para una ampliación acerca de las concepciones de peligrosidad imperantes en ambas leyes (Ley de Vagos y Maleantes y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social), TERRADILLOS BASOCO, 1981, pp. 53 ss.

⁹ En la doctrina italiana se sigue manteniendo la peligrosidad social como fundamento de la aplicación de las medidas de seguridad con base en la dicción literal del artículo 203 del Código Penal italiano (*Pericolosità sociale*). Sin embargo, el concepto de peligrosidad social que se ha mantenido mayoritariamente en la doctrina penal italiana, entendiendo aquella como probabilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro (circunstancia que no puede ser objeto de presunción judicial), coincide con la peligrosidad criminal tal como se configura esta última en España. FIANDACA/MUSCO, 2006, pp. 794 ss.; DELPINO, 2006, pp. 1093 ss.; MATEO AYALA, 2007, p. 76.

¹⁰ La relación conceptual entre peligrosidad social y criminal no es unívoca, por lo que se ha formulado un segundo modelo a la hora de establecer la vinculación entre ambas. De acuerdo con el mismo, cabría configurar la peligrosidad criminal como una subespecie de la peligrosidad social (entendida como la cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que realice en el futuro una acción socialmente dañosa), referida a la probabilidad de comisión de hechos constitutivos de delito. Así concebida, la peligrosidad social tendría una naturaleza genérica y englobaría la totalidad de los supuestos de peligrosidad, tanto criminal como no criminal (comisión de meras infracciones administrativas, hechos socialmente reprobables, etc.). ROMEO CASABONA, 1986, pp. 44 ss.

¹¹ ROMEO CASABONA, 1986, pp. 46 ss.

¹² ROMEO CASABONA, 1986, pp. 32 ss.

¹³ En todo caso, conviene poner de manifiesto que en España la aplicación de medidas de seguridad de naturaleza penal exige la previa comprobación de la peligrosidad criminal del sujeto, lo cual aunque resulta evidente a la luz de la normativa establecida en el CP 1995, merece ser subrayado, en aras a superar automatismos propios de la imposición de las medidas en épocas anteriores (al amparo de la dicción recogida en el artículo 8.1 CP del anterior CP). Como acertadamente establece Carbonell Mateu de no exigirse dicha comprobación de la peligrosidad criminal la medida ostentaría un carácter meramente retributivo. CARBONELL MATEU, 1987, p. 58.

En primer lugar, el diagnóstico de la peligrosidad¹⁴ constituye la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso y el primer momento del juicio de peligrosidad. En este sentido, un factor indiciario fundamental viene constituido por la previa comisión de un hecho delictivo¹⁵. Asimismo, el sujeto debe quedar ineludiblemente encuadrado en uno de los modelos criminológicos o supuestos de estados peligrosos que deben estar necesariamente tasados en la ley penal tanto en relación con inimputables, semiimputables como imputables. No obstante, la reforma del CP en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en este punto una modificación significativa pues añadió a los estados peligrosos vinculados a la inimputabilidad y semiimputabilidad del sujeto (arts. 20.1, 20.2 y 20.3 CP y 21.1 CP en relación con los anteriores) –únicos establecidos en la versión primigenia del CP 1995– la posibilidad de aplicar la medida de seguridad de libertad vigilada a sujetos imputables peligrosos autores de determinados delitos para los que específicamente se prevea dicha medida de seguridad (medida postpenitenciaria)¹⁶.

La segunda etapa del juicio de peligrosidad viene constituida por la denominada prognosis criminal en un intento de determinar con el mayor rigor la probabilidad¹⁷ de que el sujeto cometa nuevos delitos en el futuro. Tres son los principales métodos empleados para la concreción de dicho pronóstico¹⁸: el método intuitivo, el clínico y el estadístico.

El primero de ellos, el método intuitivo, se basa en las apreciaciones personales del juez o experto sobre el individuo, acudiendo para ello a su propia experiencia personal. Dicho método tiene pues una naturaleza básicamente subjetiva y por lo tanto su fiabilidad, al carecer de todo apoyo técnico,

¹⁴ ROMEO CASABONA, 1986, p. 33.

¹⁵ Los psicólogos han puesto de manifiesto que una vez vencida la resistencia inicial a la comisión de un delito, la energía necesaria para repetir el acto criminal es en todo caso muy inferior a la precisada en la primera ocasión. Dicho delito debe en todo caso ponerse en conexión con la personalidad del sujeto para lo cual circunstancias como la forma de ejecución, los motivos, actitudes coetánea y anterior, así como la posterior a la realización del hecho resultarán de gran importancia, como acertadamente ponen de manifiesto GRACIA MARTÍN/MAYO CALDERÓN, 2023, p. 674, quienes en este punto siguen a Romeo Casabona. Sin embargo, de ello no cabe deducir que la mera comisión de un delito constituya un factor suficiente para afirmar la concurrencia de peligrosidad criminal.

¹⁶ Coincido con Cámara Arroyo en la consideración de que para que pueda entenderse como nuevo estado peligroso la novedosa categoría de delincuente imputable peligroso, debería exigirse la demostrada habitualidad o reincidencia delictiva del sujeto. CÁMARA ARROYO, 2018, p. 19.

¹⁷ Frisch habla aquí más exactamente de mal pronóstico del sujeto en el sentido de previsibilidad de comisión de nuevos hechos delictivos (relevantes) como condición de partida de la imposición de la medida de seguridad. FRISCH, 1983, p. 146.

¹⁸ A pesar de ello, destaca la absoluta inseguridad de dicho pronóstico desde la perspectiva médica, poniendo de manifiesto que la decisión de adopción de la medida compete al juez y no al perito-psiquiatra (si bien éste le puede suministrar abundante material para asegurar, en lo posible, la corrección de la resolución adoptada), PETERS, 1985, pp. 348 ss.

estadístico o instrumental, es muy escasa¹⁹. Resulta sin embargo evidente, que, en la concreción del juicio de peligrosidad, y aun a pesar de aceptar como necesario el empleo de otros métodos dotados de superior fiabilidad, un cierto margen de intuición habrá en todo caso de ser aplicado por el juzgador o evaluador, pues la certeza absoluta en materia de peligrosidad no existe²⁰. Por ello, y aun considerando inadecuado su empleo exclusivo en aras a la elaboración del pronóstico criminal, su utilización en cierta medida resultará en todo caso imprescindible en aras a determinar la imposición de medidas de seguridad y reinserción social. El método clínico consistiría en un examen individualizado del sujeto en aras a determinar su personalidad. Dado que el juicio de peligrosidad constituye la base para la aplicación de privaciones de libertad o de derechos de naturaleza grave, considero que deben extremarse las cautelas a la hora de aplicar medidas de seguridad y reinserción social, y ello pasa inexorablemente por primar la utilización de métodos dotados de validez científica (y destacadamente del método clínico) en dicho ámbito. La fiabilidad que desde el punto de vista de la seguridad en la imposición de estas medidas resulta de la aplicación del citado método, avalaría dicha opinión.

Por último, el método estadístico se ha basado fundamentalmente en la utilización de tablas elaboradas por expertos criminólogos, tanto en los países anglosajones (especialmente EE. UU. y Canadá) como en Alemania. El método estadístico, como explica acertadamente Romeo Casabona²¹, implica proceder a un estudio pormenorizado del conjunto de datos que inciden en la personalidad del sujeto. Con base en los mismos, y aplicando a los resultados obtenidos los valores recogidos en las tablas de predicción, se obtiene un cálculo de las posibilidades del sujeto de volver a delinquir. La evolución natural en dicho proceso ha llevado en las últimas décadas al diseño y puesta en funcionamiento de algoritmos predictivos del riesgo de violencia/reincidencia que se han generalizado en la práctica penitenciaria, forense y judicial de muchos Estados, y que incluso, en algunos supuestos, utilizan Inteligencia Artificial. El método estadístico, tal como afirma Middendorf²², encuentra su fundamento en la habitual correlación existente entre la conducta futura y

¹⁹ Ello le ha hecho acreedor de fuertes críticas doctrinales destacando entre nosotros los planteamientos de VIVES ANTÓN, 1974, pp. 412 ss., mientras que en Italia autores como Mantovani o Musco (MANTOVANI, 1984, p. 517; MUSCO, 1982, p. 174) se han opuesto radicalmente a su utilización. El principal argumento esgrimido en este sentido para deslegitimar la utilización del método intuitivo, es su nula eficacia, por no estar fundado en procedimiento científico alguno.

²⁰ De ahí las fuertes críticas de un destacado sector de la doctrina española por el ataque que supone a la seguridad jurídica, MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 42 ss.

²¹ ROMEO CASABONA, 1986, pp. 38 ss.

²² MIDDENDORF, 1970, p. 101.

pasada de un individuo. Sin embargo, la anterior afirmación constituye también el fundamento de la crítica que frente a dicho método se ha producido, ya que la validez del procedimiento estará siempre condicionada por la posible concurrencia de circunstancias extraordinarias que puedan alterar el comportamiento del individuo.

Las objeciones puestas de manifiesto en relación con cada uno de los métodos, determinan la necesidad de utilización conjunta de todos ellos, en aras a reducir en la medida de lo posible el área de incertidumbre. En todo caso, la propia naturaleza de la peligrosidad como fundamento de la aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social impide la consecución de una certeza absoluta en este punto²³, por lo que ciertas dosis de discrecionalidad por parte del juzgador²⁴ estarán en todo caso presentes a la hora de decretar la aplicación o no de las medidas de seguridad y reinserción social. Ello ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que el problema de la prognosis es irresoluble²⁵.

III. RIESGO DE VIOLENCIA: INSTRUMENTAL TÉCNICO Y MÉTODOS DE VALORACIÓN

Desde finales de los años 90 del siglo pasado se vienen proponiendo en distintos ámbitos de trabajo profesional con delincuentes y enfermos mentales violentos, la asunción de la noción de «riesgo de violencia» (y, consecuentemente, de la metodología operacional que el mismo conlleva) tanto como elemento básico de la predicción de la reincidencia como de la intervención penitenciaria y rehabilitadora²⁶. En buena medida, la caracterización del «riesgo de violencia» como un parámetro objetivo, mensurable y desligado de la carga estigmatizadora que se atribuye a la noción de «peligrosidad criminal» derivaría del desarrollo de instrumentos actuariales de evaluación del riesgo de violencia. Dichas herramientas han conocido un grado de generalización absoluta en países como EE. UU., Canadá o Australia, entre otros, siendo empleadas no sólo en ámbitos penitenciarios o para la adopción de

²³ Propone completar las carencias de las técnicas de pronóstico de la peligrosidad criminal por medio de una correcta aplicación del principio de proporcionalidad SANZ MORÁN, 2003, p. 107. Acerca de la inseguridad del pronóstico, JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 805.

²⁴ Discrecionalidad que habrá de ser salvada por el Tribunal Sentenciador a partir del empleo del método intuitivo como acertadamente señala RODRÍGUEZ MOURULLO, 1974, p. 351.

²⁵ FRISCH, 1990, p. 373. Este autor se decanta por atender a las circunstancias personales del sujeto para determinar la posibilidad real que tiene de volver a cometer delitos en el futuro.

²⁶ ANDRÉS-PUEYO, 2013, pp. 483 ss. Críticos igualmente con el concepto de peligrosidad se muestran LOINAZ CALVO/MUÑOZ VICENTE/NAGORE CASAS, 2024, p. 399.

decisiones en la esfera cautelar sino de manera generalizada en la práctica forense (incluyendo la fase de determinación de la pena en sentencia). De acuerdo con Andrés-Pueyo/Echeburúa Odriozola²⁷ la valoración del riesgo (frente a la estimación de la peligrosidad criminal) se funda en conocimientos empíricos y no sólo en instituciones clínicas, distinguiéndose entre una valoración clínica no-estructurada (basada en la historia clínica o en la entrevista y los test y fundamentada en diagnósticos psiquiátricos), la valoración actuarial y la valoración basada en el juicio clínico estructurado (procedimiento mixto «clínico-actuarial»).

A efectos de contextualizar las actuales tendencias en materia de determinación del riesgo de violencia cabe diferenciar, siguiendo a Hamilton²⁸, cuatro generaciones de instrumentos de evaluación del riesgo de reincidencia²⁹. En la actualidad se estima que existen más de 60 herramientas de evaluación de riesgos en uso en el sistema penal en los EE. UU., y en su configuración varían ampliamente. En su formato más simple son cuestionarios, típicamente cumplimentados por personal del centro penitenciario, un oficial de libertad condicional o un psicólogo, que asignan puntos a los sujetos basados en factores muy heterogéneos, desde datos demográficos a los antecedentes familiares o penales. Las puntuaciones resultantes se basan en probabilidades estadísticas derivadas del comportamiento de delincuentes anteriores. Una puntuación baja designa a un delincuente como de bajo riesgo y podría

²⁷ ANDRÉS-PUEYO/ECHBURÚA, 2010, pp. 404 ss.

²⁸ La primera se corresponde con la actuación de clínicos procediendo a llevar a cabo entrevistas no estructuradas o semi-estructuradas con el fin de obtener información relevante que, sobre la base de la experiencia y la competencia del profesional, determinaba los factores de riesgo de reincidencia. Las mejoras introducidas posteriormente en la validez predictiva de los instrumentos provocaron que dichas metodologías fueran superadas por instrumentos de generaciones ulteriores. La segunda generación de evaluaciones consistía en instrumentos de puntuación basados en la evidencia empírica integrados por aquellas variables que mostraban una correlación estadística mayor con la reincidencia (en esta generación se incluyen instrumentos tan conocidos como el *Violence Appraisal Guide*-VRAG, el *Static-99* o el *Pre-Trial Risk Assessment tool*-PTRA). La tercera generación de instrumentos combinaba evaluación actuarial con juicio profesional dirigido, procediendo a integrar asimismo factores estáticos y dinámicos (ejemplos de herramienta de esta naturaleza son el HCR-20 que integra 20 factores de riesgo en ámbitos históricos, clínicos y de gestión del riesgo o el *Level of Service Inventory Revised*; LSI-R). Finalmente, la cuarta generación de sistemas de evaluación procedió a añadir a la combinación de riesgos (reincidencia, violencia)-necesidades criminógenas, los principios de capacidad de respuesta y una perspectiva más amplia del caso, gestión que abarca desde la admisión hasta el cierre del caso. Uno de los instrumentos de cuarta generación más extendidos en la práctica forense estadounidense es el *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS) empleado en numerosas jurisdicciones penales norteamericanas y que constituye el eje de lo que ha constituido el caso de referencia en el análisis de la admisibilidad de las herramientas actuariales de predicción del riesgo en el sistema penal (caso *State of Wisconsin v. Loomis*). HAMILTON, 2015b, pp. 236-239. En el mismo sentido, BRENNAN/DIETERICH/EHRET, 2009, pp. 1-2.

²⁹ Para un análisis de las principales herramientas de evaluación del riesgo de violencia, véase LOINAZ, 2017, pp. 145 ss.; ARMAZA ARMAZA, 2013, pp. 98 ss.

derivar en una fianza más baja, menos tiempo en prisión o períodos de libertad condicional menos restrictivos; una puntuación alta puede conducir a sentencias más duras o a un control más estricto³⁰. En definitiva, en la evolución de los instrumentos de evaluación del riesgo se ha llegado a la configuración de sistemas que, partiendo de una base actuarial, utilizan datos convertidos en algoritmos en los que la evaluación de los datos se automatiza y objetiviza mediante su procesamiento por medio de procedimientos informáticos de sistemas de inteligencia artificial³¹. Es en el referido marco de evolución, mejora y perfeccionamiento de los instrumentos actuariales de evaluación del riesgo de violencia a los que ya se atribuye un alto grado de fiabilidad en la predicción del comportamiento humano (particularmente, en lo que aquí nos interesa, del delictivo), en el que se inscribe el actual movimiento de incorporación de los mencionados instrumentos de evaluación del riesgo no sólo a esferas de la intervención penal en las que ya se encontraban asentados (en la praxis norteamericana, fundamentalmente la *probation* y la *parole* así como la asignación de los sujetos a los distintos programas de tratamiento) sino igualmente al ámbito de la determinación de la pena a sujetos imputables³². Se ha llegado a acuñar dicho proceso como Sentencia Basada en la Evidencia (EBS de sus siglas en inglés, *Evidence Based Sentencing*)³³ entendiendo por evidencia la investigación sobre factores que predicen la reincidencia delictiva con base en la cual se proporciona a los jueces puntuaciones de riesgo para cada acusado en función de variables que, además de los antecedentes penales, suelen incluir sexo, edad, estado civil, y factores socioeconómicos como el empleo y la educación³⁴.

³⁰ BARRY-JESTER *et al.*, 2015.

³¹ ROMEO, 2018, p. 172. No obstante, de acuerdo con la taxonomía realizada por la *Risk Assessment Tools Database* (base de datos de herramientas de evaluación del riesgo) del *Berkman Klein Center for Internet & Society* de la Universidad de Harvard (EE. UU.) de entre el conjunto de instrumentos actuariales allí censados utilizados en el sistema penal y penitenciario estadounidense, únicamente COMPAS empleaba técnicas para el desarrollo de la herramienta que combinaban los métodos estadísticos y los basados en *machine learning* (fecha de referencia: septiembre 2025). Adicionalmente, otras 13 herramientas empleaban métodos estadísticos (así, el *California Static Risk Assessment*, el *Indiana Risk Assessment System* o el *Ohio Risk Assessment System*) mientras que 6 instrumentos (incluyendo, entre otros, el *Level of Service Inventory Revised* o el *Static-99R*) se fundaban en un método de puntuación manual.

³² La proliferación de algoritmos predictivos plantea cuestiones significativas sobre la equidad (*fairness*) del sistema judicial en su conjunto, particularmente cuando dichos instrumentos se desplazan desde los ámbitos de decisiones en materia de *probation* and *parole* para pasar a incidir en la esfera del enjuiciamiento y la sentencia. El sistema legal americano otorga a los agentes de penas una sustancial discreción en materia de *parole* y *probation* pero existen importantes protecciones legales en la fase de sentencia. CHRISTIN/ROSENBLAT/BOYD, 2015.

³³ En relación con el empleo de sistemas de Inteligencia Artificial en el proceso de determinación judicial de la responsabilidad por la perpetración de un delito, se ha acuñado la expresión Inteligencia Artificial Judicial. MIRÓ, 2018, p. 97.

³⁴ STARR, 2014, p. 805.

IV. ¿SUPONE EL RIESGO DE VIOLENCIA UN NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE PREDICCIÓN DEL COMPORTAMIENTO DELICTIVO?

Es con base el instrumental predictivo del riesgo de violencia referido *supra* (III) que un sector importante en la esfera de la psicología y la criminología, en países como EE. UU. ha predicado la sustitución del término peligrosidad por el de riesgo de violencia, tendencia objeto de recepción en España en las últimas décadas³⁵. Las principales críticas al concepto de peligrosidad desde esta perspectiva derivan, por un lado, de la consideración de que la atribución de la misma a un sujeto implica conferir una condición (la de peligroso) inherente a su forma de ser o a su estado psicopatológico. Por otro lado, se argumenta que la afirmación de la condición de peligroso en relación con un determinado individuo se suele llevar a cabo por medio de la técnica clínico-forense (evaluación de la capacidad criminal asociada a diversos rasgos de personalidad así como de la inadaptación social sobre la base de la entrevista con el paciente y de informaciones complementarias) o de la clasificación tipológica por medio de los perfiles delictivos, asociando a dichas metodologías una baja capacidad predictiva.

En definitiva, se estima que atribuir a la peligrosidad la condición de causa de la conducta violenta implica una capacidad de predicción limitada dando lugar a un importante número de falsos positivos y de falsos negativos, por lo que se considera preferible valorar el riesgo a diagnosticar la peligrosidad³⁶.

De acuerdo con dichos postulados, los intentos de sustituir el –supuestamente vago en sus contornos y arbitrario en su materialización práctica– concepto de «peligrosidad criminal» por un pretendidamente objetivo y científico «riesgo de violencia» se fundarían en las siguientes debilidades de la noción de peligrosidad que abogan por su superación³⁷: a) cierta confusión sobre su naturaleza; b) una difícil operacionalización; c) una baja capacidad predictiva y d) los efectos negativos de la estigmatización derivada de la aplicación de la etiqueta de «peligroso» a los delincuentes y enfermos mentales.

A mi modo de entender, el error de base de cara a la sustitución de la noción de la peligrosidad criminal por la de riesgo de violencia –y ello no sólo a nivel operacional sino igualmente en la esfera legislativa– reside en considerar que dicha nueva terminología propuesta (junto con las mejoras técnico-metodológicas que la misma supuestamente implica) permite supe-

³⁵ ANDRÉS-PUEYO/ECHEBURÚA, 2010, p. 403; ANDRÉS-PUEYO Y REDONDO, 2007, pp. 162 ss.

³⁶ ANDRÉS-PUEYO/ECHEBURÚA, 2010, p. 404.

³⁷ ANDRÉS-PUEYO, 2013, p. 484.

rar las limitaciones asociadas al diagnóstico tradicional de la peligrosidad criminal logrando altas dosis de seguridad en la predicción del comportamiento violento. Personalmente, considero que dicho movimiento encubre en gran medida una falacia argumental cuyas consecuencias van mucho más allá de meros cambios terminológicos, y pueden acabar legitimando importantes ampliaciones de la respuesta penal frente a determinadas tipologías de delincuentes.

Por el contrario, considero que los principales instrumentos de valoración del riesgo de violencia adolecen de importantes limitaciones que han sido oportunamente detectadas por la literatura científica comparada (en particular, en EE. UU.). De esta manera, cabría formular cuatro índoles de consideraciones críticas en torno al empleo de instrumentos algorítmicos de evaluación del riesgo que evidencian las insuficiencias de la parametrización del riesgo de violencia que, en gran medida, se funda sobre aquellos: 1) su limitada capacidad predictiva del comportamiento violento (o delictivo) futuro a nivel individual; 2) las enormes dificultades para interpretar sus resultados por parte de los operadores jurídicos; 3) la posible existencia de sesgos (particularmente de carácter racial) incorporados a dichas herramientas y 4) el problema de la inferencia grupal a individuo (G2i).

En primer lugar, un sector muy relevante y cualificado de la doctrina penal y criminológica estadounidense ha puesto seriamente en entredicho la supuesta fiabilidad y exactitud de dicho instrumental al objeto de predecir el comportamiento criminal futuro del sujeto. Resulta fundamental evidenciar que los instrumentos de evaluación del riesgo de violencia-reincidencia adolecen de una capacidad predictiva de los futuros delitos de un concreto individuo relativamente baja —en ocasiones inferiores al azar, llegando la tasa de falsos positivos al 70 u 80%— por lo que su incorporación a la esfera penal, particularmente en esferas tan sensibles como la determinación de la pena en sentencia, exige importantes cautelas³⁸.

Por otro lado, una de las cuestiones que han ocupado de manera más intensa a la doctrina norteamericana reside en la posibilidad de que dichos instrumentos estadísticos de predicción de la reincidencia acaben produciendo un importante sesgo racial, sobrevalorando la peligrosidad de los miembros de las minorías étnicas. En este sentido, si bien en las actuales herramientas actuariales de predicción de la reincidencia la raza no se incluye directamente como ítem o factor predictivo, resulta probable que existan otras variables en dichas herramientas que funcionen como sustitutivos indirectos de la raza, tales como el área

³⁸ MARTÍNEZ GARAY, 2014, p. 52.

de residencia del sujeto³⁹, el nivel educativo o de empleo o el número de arrestos previos (a la vista del distinto grado de vigilancia policial y de la tasa diferencial de arrestos producidos en relación con las minorías étnicas)⁴⁰. Es decir, sin necesidad de incluir directamente la raza como factor de riesgo otros ítems en la herramienta acaban correlacionando con la raza de una manera estadísticamente significativa. En relación específicamente con el algoritmo COMPAS (uno de los más extendidos en el sistema penal de EE. UU.), ProPublica, un consorcio independiente dedicado al periodismo de investigación, llevó a cabo en 2016 un análisis del mismo que puso de manifiesto fuertes inconsistencias en los resultados obtenidos mediante dicho instrumental predictivo que afectaban no solo a su fiabilidad sino a la posibilidad de que produjera un fuerte sesgo racial⁴¹.

A la existencia de sesgos raciales incorporados a numerosas herramientas de evaluación del riesgo de violencia se añade la presencia de diferentes sesgos cognitivos que pueden afectar a un operador jurídico (juez, responsables del tratamiento penitenciario, etc.) a la hora de adoptar decisiones sobre un individuo concreto con base en los resultados obtenidos en un instrumento actuarial de evaluación del riesgo. De todos ellos, el que mayor impacto tiene en la decisión final es, probablemente el sesgo de automatización⁴².

Por último, procede poner de manifiesto que el empleo de los distintos instrumentos estadísticos de evaluación del riesgo se funda en un proceso de inferencia (G2i de su acrónimo inglés *Group To Individual Inference*), es decir, partiendo de datos extraídos a nivel grupal (diseño a nivel agregado) se obtienen conclusiones que se aplican al concreto individuo sobre el que se lleva a cabo el juicio de peligrosidad criminal sobre la base de la presencia en este último de una serie de factores de riesgo o ítems que en el plano grupal han demostrado correlacionar con altas tasas delictivas. Con ello se produce un salto argumental fundamental, pues pasamos de buscar la causalidad entre dos

³⁹ En este punto, especialmente crítica se muestra Starr quien evidencia que, dada lo generalizado en EE. UU. de la segregación residencial de facto y el grado de concentración del crimen en vecindarios urbanos poblados casi exclusivamente por personas de color, la utilización de variables relacionadas con la tasa criminal en la barriada de referencia en algunos instrumentos de evaluación del riesgo de reincidencia-violencia puede resultar particularmente perturbadora. De esta forma, en lugar de requerir información ulterior sobre la tasa de delitos en un determinado barrio, un instrumento de sentencia basada en la evidencia empleado en Pensilvania procede a asignar puntuaciones extra a dos condados urbanos de Pittsburgh mientras estima los condados rurales como de bajo riesgo y los condados urbanos pequeños como de riesgo medio. Véase Starr, 2014, p. 838.

⁴⁰ TONRY, 2014, p. 172; LEE PARK, 2019.

⁴¹ ANGWIN *et al.*, 2016.

⁴² Los estudios muestran que el sesgo de automatización se encuentra presente en una amplia variedad de situaciones, desde evacuados que siguen ciegamente a robots que funcionan mal en situaciones de emergencia, hasta radiólogos experimentados que confían en ayudas de diagnóstico defectuosas cuando les hubiera ido mejor sin ellas. LEE PARK, 2019.

hechos (metodología clásica en la esfera penal) a tratar de determinar una correlación, es decir, el grado de relación entre dos variables⁴³. Como pone de manifiesto Hamilton trasladar de la población, siendo el nivel de grupo –la «G» en G2i– al caso individual –la «i» en G2i– constituye una aventura precaria plagada de errores, circunstancia que no es percibida por parte de numerosos operadores jurídicos (jueces, funcionarios del sistema de ejecución de penas e incluso algunos forenses). Este modo de razonamiento puede conducirnos a la denominada falacia ecológica consistente en atribuir características del grupo a cualquier individuo que pertenezca al mismo⁴⁴.

En definitiva, con base en la existencia de un supuesto aval científico a las herramientas actuariales de predicción del riesgo de reincidencia-violencia (aval, que en todo caso, resultará predicable a nivel grupal pues parece evidente que el mismo no puede extenderse a la predicción individual) se acaba asumiendo acríticamente la premisa de que los instrumentos actuariales producen predicciones en relación con el riesgo de violencia-reincidencia que superan manifiestamente los resultados de los juicios clínicos. Ello genera un movimiento ideológico que fácilmente permea hacia la determinación de la pena en virtud de la sentencia, favoreciendo la introducción de fines inocuizadores en dicho ámbito, tal como demuestra el caso norteamericano. No obstante, autores como Starr⁴⁵ ponen en duda dicha supuesta superioridad predictiva de los juicios actuariales puros sobre los clínicos. Si a ello añadimos el empleo en muchos de dichos instrumentos actuariales de factores predictivos de dudosa compatibilidad con los fundamentos constitucionales de todo Estado de Derecho (sesgos de carácter racial, con base en el género⁴⁶, etc.), el optimismo en favor de la incorporación masiva de dichos instrumentales predictivos de corte estadístico en esferas como la determinación de la pena debe ponerse seriamente en entredicho.

V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Existe un cierto consenso doctrinal en torno a la necesidad de desarrollar una visión crítica acerca de la noción de peligrosidad criminal con base en la cual se evite un recurso inadecuado a la misma en la determinación de la naturaleza y alcance de la respuesta penal frente al fenómeno delictivo, en particu-

⁴³ GIL GONZÁLEZ, 2016, pp. 28 y 33.

⁴⁴ HAMILTON, 2015a, pp. 42 ss.

⁴⁵ STARR, 2014, p. 807.

⁴⁶ En relación con la admisibilidad del empleo en el marco de sistemas de Inteligencia Artificial orientados a la evaluación del riesgo de violencia-reincidencia de factores relacionados con el género en orden a la precisión del sistema, véase MIRÓ, 2018, p. 124.

lar mediante la creación de tipologías de autor frente a las que se legitiman consecuencias jurídico-penales hiperagravadas con base en la supuesta concurrencia de la referida peligrosidad en el sujeto. No obstante, en mi opinión, la sustitución de la peligrosidad criminal por el constructo «riesgo de reincidencia» no supone como tal avance significativo alguno en materia de garantías del justiciable o de fiabilidad del pronóstico (puesto que cualquier mejora en la metodología predictiva de la violencia o de la reincidencia es susceptible de integrarse en la prognosis criminal que constituye una de las fases del juicio de peligrosidad) y, además, presenta evidentes riesgos derivados de la pretensión de atribución de una alta fiabilidad a los instrumentales algorítmicos sobre los que se funda la construcción de la noción «riesgo de violencia».

Resulta evidente que, con base en la pretendida fiabilidad de dichos juicios de pronóstico las valoraciones de riesgo pasan a ocupar un rol central en el sistema de justicia penal en países como EE.UU. saltando desde ámbitos como la libertad condicional o la asignación de sujetos a un determinado tratamiento a esferas nuevas como es la de la determinación de la pena en sentencia. Cabe afirmar que la predicción del riesgo está dando forma a las filosofías de la sentencia, con instrumentos tecnológicos de riesgo arraigados en las decisiones sobre el castigo⁴⁷. En todo caso, procede no perder de vista que nos encontramos frente a un proceso en el que concurren indudables intereses económicos ya que en nombre de la seguridad ciudadana (y, en ocasiones, de la individualización científica de la pena que, se afirma, puede mejorar la situación de los presos de baja peligrosidad) ha procedido a surgir una industria –aún incipiente pero que se anuncia ciertamente floreciente en los próximos años– de desarrolladores de herramientas tecnológicas y de evaluadores forenses⁴⁸. Coincido con la afirmación de Hamilton⁴⁹ en el sentido de que la ciencia está oscureciendo lo que, en realidad, es una cuestión de arte, en el sentido de que la predicción de los comportamientos antisociales futuros de una persona requiere de una fuerte dosis de imaginación. En consecuencia, emplear el calificativo de tests científicos para referirse a los instrumentos actuariales de predicción del riesgo de violencia contradice la realidad de las cosas haciendo olvidar la intrínseca incompetencia actual para predecir la conducta humana, especialmente en el largo plazo.

Partiendo de que las mejoras técnicas en la valoración de la peligrosidad criminal (mediante instrumentos algorítmicos u otros) deben ser incorporadas al referido pronóstico, cabe aceptar que la noción de riesgo de violencia pue-

⁴⁷ HAMILTON, 2015a, p. 3.

⁴⁸ HAMILTON, 2015a, p. 14.

⁴⁹ HAMILTON, 2015a, p. 57.

de resultar idónea en determinados contextos profesionales por constituir el término de referencia en dichas áreas (psicología, criminología, etc.) en particular en la medida en que lo que se pretenda sea llevar a cabo una gestión del riesgo. No obstante, ello no legitima una mutación terminológica a nivel legislativo y ello por dos índoles de razones. Por un lado, puesto que la peligrosidad criminal constituye el fundamento de una tipología de consecuencias jurídicas del delito (las medidas de seguridad), ámbito en el que el juicio de peligrosidad dividido en dos momentos (diagnóstico y pronóstico de la peligrosidad) incorpora garantías normativas extrañas al concepto de riesgo de violencia (así, por ejemplo, la previa comisión de un hecho delictivo o la necesaria previsión legal de los estados peligrosos). Por otro lado, cabe considerar que el estudio doctrinal de la noción de peligrosidad criminal –como tal fuertemente arraigada en la tradición jurídica de numerosos estados– ha permitido evidenciar sus importantes limitaciones operativas y desarrollar un discurso crítico frente a la misma, lo cual constituye la base de un análisis crítico frente a los excesos de políticas tendentes a la consagración definitiva (o, en todo caso, a la ampliación del radio de acción) de un Derecho penal de la peligrosidad. En definitiva, la sustitución de la noción de «peligrosidad criminal» por la de «riesgo de violencia» y la correlativa universalización de este último referente (incluyendo en la esfera legislativa), puede conllevar –tal como evidencia la experiencia en EE. UU.– que la apariencia de fiabilidad de la prognosis vinculada al mencionado riesgo de violencia constituya un argumento decisivo en favor de la entrada de los instrumentos de predicción del riesgo en ámbitos como el de la determinación de la pena o legitime una política criminal manifiestamente superadora del marco de la responsabilidad penal por el hecho tendente fundamentalmente a la inocuización del delincuente imputable peligroso.

Finalmente, resulta procedente llevar a cabo una reflexión de orden metodológico acerca de la praxis forense en materia de peritación de la peligrosidad criminal en la esfera penal a la luz de la tendencia a generalizar (y, en cierta forma exclusivizar) el empleo de los instrumentos actuariales de evaluación del riesgo en las jurisdicciones penales de otros estados. En este sentido, cabe destacar que en países como España⁵⁰ y Alemania los juicios clínicos (no estructurados y los estructurados) constituyen los métodos más extendidos de

⁵⁰ PUJOL ROBINAT/PUIG BAUSILI, 2008, pp. 279 ss. En nuestro país, siguiendo a dichos autores cabe afirmar que habitualmente se lleva a cabo un análisis de la peligrosidad con base en tres fases: 1) evaluación psiquiátrico-forense con estudio de la biografía, historia previa detallada de episodios de violencia, exploración psicopatológica, psicometría; 2) historia delictiva detallada; 3) historia socio-familiar (antecedentes familiares, abuso o maltrato infantil, etc.). A partir de dichos elementos y con base en la experiencia del experto se lleva a cabo la determinación de la peligrosidad criminal.

valoración del riesgo de violencia⁵¹. A la luz del análisis llevado a cabo *supra* estimo que, si deseamos primar el rigor científico en la evaluación de la peligrosidad criminal a la par que lograr la máxima individualización en esta esfera, ni los instrumentos actuariales puros ni los de juicio clínico no estructurado resultan metodológicamente adecuados, debiendo primar el empleo del juicio clínico estructurado unido a un instrumento validado en España en la valoración de la peligrosidad criminal⁵².

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS-PUEYO, Antonio, y REDONDO, Santiago: *Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia*, Papeles del Psicólogo, 28, 2007, pp. 157-173.
- ANDRÉS-PUEYO, Antonio: *Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico*, en E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (coord.), *Neurociencias y Derecho Penal*, Madrid, 2013, pp. 483-504.
- ANDRÉS-PUEYO, Antonio/ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique: *Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación*, *Psychothema*, vol. 22, núm. 3, 2010, pp. 403-409.
- ANGWIN, Julia *et al.*: *Machine Bias*, ProPublica, 2016.
(<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>)
- ARMAZA ARMAZA, Emilio José: *El tratamiento del delincuente imputable peligroso*, Granada, 2013.
- BARRY-JESTER, Anna Maria *et al.*: *The New Science of Sentencing*, The Marshall Project, 2015.
(<https://www.themarshallproject.org/2015/08/04/the-new-science-of-sentencing>).
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel: *El modelo gerencial-actuarial de penalidad*, Madrid, 2016.
- BRENNAN, Tim/DIETERICH, Willian/EHRET, Beate: *Evaluating the predictive validity of the COMPAS Risk and Needs Assessment System*, *Criminal Justice and Behavior*, vol. 36, núm. 1, 2009, pp. 21-40.
- CÁMARA ARROYO, Sergio: *Estudios Criminológicos Contemporáneos (III). La peligrosidad del delincuente*, *Derecho y Cambio Social*, v. 15, n. 51, 2018, pp. 1-23.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Aspectos penales*, en *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, en Juan-Carlos Carbonell Mateu/J. L. Gómez Colomer/J. B. Mengual i Llul, Madrid, 1987, pp. 21-74.

⁵¹ MARTÍNEZ GARAY, 2014, p. 18.

⁵² PUJOL ROBINAT/PUIG BAUSILI, 2008, p. 282; ROMEO, 2018, p. 179. Acerca del juicio profesional estructurado o juicio clínico estructural, véase BRANDARIZ GARCÍA, 2016, pp. 97-98.

- CHRISTIN, Angèle/ROSENBLAT, Alex/BOYD, Danah: *Courts and predictive algorithms, Data and Civil Rights: A New Era of Policing and Justice*, 2015.
(https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Angele%20Christin.pdf)
- DELPINO, Luigi: *Diritto Penale. Parte Generale*, Napoli, 2006.
- FERRI, Enrico: *Sociologia Criminale*, I, 3.^a edición, Torino, 1892.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo: *Diritto penale. Parte Generale*, Quarta edizione aggiornata, Bologna, 2006.
- FRISCH, Wolfgang: *Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem*, ZStW 102, 1990, pp. 343-393.
- *Prognose-entscheidungen im Strafrecht*, Heidelberg-Hamburg, 1983.
- GAROFALO, Raffaele: *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880.
- GIL GONZÁLEZ, Elena: *Big data, privacidad y protección de datos*, Madrid, 2016
(<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/big-data.pdf>)
- GRACIA MARTÍN, Luis/MAYO CALDERÓN, Belén: *Las medidas de seguridad y reinserción social*, en Miguel Ángel Boldova Pasamar/Carmen Alastuey Dobón (coordinación), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a edición, Valencia, 2023.
- HAMILTON, Melissa: *Adventures in Risk: Predicting Violent and Sexual Recidivism in Sentencing Law*, Arizona State Law Journal, vol. 47, núm. 1, 2015, pp. 1-62.
(<https://arizonastatelawjournal.org/2015/06/29/adventures-in-risk-predicting-violent-and-sexual-recidivism-in-sentencing-law/>) (Hamilton, 2015a)
- *Risk-Needs Assessment: Constitutional and Ethical Challenges*, American Law Review, vol. 52, núm. 2, 2015, pp. 231-291.
(https://www.researchgate.net/publication/296743176_RISK-NEEDS_ASSESSMENT_CONSTITUTIONAL_AND_ETHICAL_CHALLENGES) (Hamilton, 2015b)
- JESCHECK, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*, Madrid, 1920.
- *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, 1922.
- LEE PARK, Andrew: *Injustice ex machina: Predictive Algorithms in Criminal Sentencing*, UCLA Law Review, 2019.
(<https://www.uclalawreview.org/injustice-ex-machina-predictive-algorithms-in-criminal-sentencing/>)
- LOINAZ CALVO, L./MUÑOZ VICENTE, J. M./NAGORE CASAS, A.: *Peligrosidad y predicción del riesgo de reincidencia: desarrollos y futuro*, en Ignacio Flores Prada (dir.), *Valoración de la peligrosidad en la adopción de medidas cautelares y medidas de seguridad contra sujetos con trastorno mental en la justicia penal*, Valencia, 2024, pp. 397-416.
- LOINAZ, Ismael: *Manual de evaluación del riesgo de violencia*, Madrid, 2017.
- MANTOVANI, Ferrando: *Il problema della criminalità*, Padova, 1984.

- MARTÍNEZ GARAY, Lucía: *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*, InDret, 2/2014, pp. 1-77.
- MATEO AYALA, Eladio José: *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho penal comparado*, Madrid, 2007.
- MIDDENDORF, W.: *Teoría y práctica de la prognosis criminal* (traducción J. M. Rodríguez Devesa), Madrid, 1970.
- MIRÓ LLINARES, Fernando: *Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.^a Época, núm. 20, 2018, pp. 87-130.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975.
- MUSCO, Enzo: *Misure di sicurezza e pericolosità: profili di riforma*, Problemi generali di diritto penale, Milano, 1982.
- PETERS, Karl: *Die Stellung des Arztes in dem forensisch-psychiatrischen Krankenhaus*, Straverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, München, 1985.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, Madrid, 2021.
- PUJOL ROBINAT, Amadeo/PUIG BAUSILI, Lluïsa: *Concepto de peligrosidad criminal. Evolución histórica del concepto*, Cuadernos de Política Criminal, 94, 2008.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Medidas de seguridad y estado de derecho*, en *Peligrosidad Social y medidas de seguridad* (La Ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970), Valencia, 1974, pp. 343-372.
- ROMEO CASABONA, Carlos María: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986.
- *Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad*, Revista Penal, núm. 42, 2018, pp. 39-55.
- SÁNCHEZ VILANOVA, María, *El uso de algoritmos predictivos en el derecho penal. A propósito de la sentencia de la corte de justicia del distrito de la Haya (Países Bajos) sobre SyRI, de 5 de febrero de 2020*, Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico, 33, 2022, pp. 252-281.
- SANZ MORÁN, Ángel José: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid, 2003.
- STARR, Sonja B.: *Evidence-based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, Stanford Law Review, vol. 66, núm. 4, 2014, pp. 803-872. (https://www.researchgate.net/publication/286656685_Evidence_based_sentencing_and_the_scientific_rationalization_of_discrimination).
- TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981.
- TONRY, Michael: *Legal and Ethical Issues in the Prediction of Recidism*, Fed. Sentencing R., vol. 26, núm. 3, 2014, pp. 167-176. (https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1535&context=faculty_articles)

URRUELA MORA, Asier: *Instrumentos actuariales de evaluación del riesgo de violencia y justicia penal*, en F. Miró Llinares/J. L. Fuentes Osorio (dirs.), *El Derecho penal ante lo empírico*, Madrid, 2022, pp. 349-374.

VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Métodos de determinación de la peligrosidad*, en *Peligrosidad Social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y rehabilitación social)*, Valencia, 1974, pp. 389-417.

15. BALANCE DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA (CRIMINAL) E INSTITUCIONAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE¹
Catedrática de Derecho penal
Universitat de Lleida

I. INTRODUCCIÓN: REQUERIMIENTOS INTERNACIONALES

Esta contribución tiene por objeto analizar en clave crítica la política legislativa, incluyendo la criminal e institucional, que se ha seguido en España en los últimos veinte años, esto es, desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004) en materia de violencia de género (VG), abordando los principales hitos que la han marcado desde la aprobación de la referida norma. El de la violencia contra las mujeres (VCM) constituye un campo en que las iniciativas normativas internacionales, en particular las regionales europeas, a menudo determinan el devenir legislativo interno. De ahí que no pueda iniciarse un análisis sobre este recorrido normativo interno sin previamente atender a lo que se deduce de instancias internacionales, aun cuando el inicio de la actividad normadora en materia de violencia de género en España haya precedido a la emisión de normativa en Europa.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto HONGEN (PID2022-136879NB-I00).

es el que, desde su aprobación en 2011 y, sobre todo, su entrada en vigor en 2014, debería marcar la pauta del devenir legislativo en los países que lo firmaron y rarificaron, España entre ellos. Antes de analizar si la evolución de la normativa española es fiel a los dictados de este convenio, debe señalarse que adopta un enfoque centrado en la víctima para combatir esta forma de violencia. Esta perspectiva se ha adoptado para la violencia de género a partir de enfoques sobre determinadas realidades delictivas ya ensayados por el Consejo de Europa, como la trata de seres humanos a través del Convenio de Varsovia de 2005 o el abuso y explotación sexual de menores a través del Convenio de Lanzarote de 2007². El enfoque victimocéntrico adoptado por este instrumento va más allá del centrado en la mera incriminación de conductas, tratando de salvaguardar los derechos de las víctimas a través de lo que se conoce como «política 3P». Tal y como ponen de manifiesto el preámbulo y el articulado del Convenio de Estambul, según esta política, la erradicación de la violencia de género, que es el principal objetivo de este instrumento jurídico internacional, requiere no sólo perseguir las conductas delictivas, sino sobre todo prevenirlas y proteger los derechos de las víctimas. Este enfoque holístico, que sitúa a las víctimas en el centro de la respuesta institucional, hace de su protección la clave para definir la forma en que el sistema responde a la violencia contra las mujeres. La misma se entiende no como una respuesta del sistema de justicia penal para proteger a las mujeres indefensas, sino como un sistema de apoyo integral que refuerza su capacidad para escapar de la violencia y convertirse en supervivientes. Además de la protección, la prevención es una cuestión fundamental. Los programas de prevención deben dirigirse no sólo a la sensibilización de la comunidad, sino también a los grupos de alto riesgo y a evitar la revictimización. Junto a las Ps de prevención, protección y persecución, la política 3P se ha ampliado posteriormente con una cuarta P de partenariado o políticas coordinadas, que alude a que el referido abordaje victimocéntrico que sitúa el bienestar y protección de las víctimas en el centro del sistema debe articularse a través de políticas que conjuguen la coordinación interna de todos los agentes implicados junto a la coordinación internacional. Tales 4 Ps se identifican con lo que se conoce como los cuatro pilares del Convenio de Estambul³.

No muy diverso al enfoque victimocéntrico adoptado por el Consejo de Europa es el de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las

² VILLACAMPA ESTIARTE, 2018, pp. 76 ss.

³ COUNCIL OF EUROPE, 2024.

mujeres y la violencia doméstica. Tras ratificar el Convenio de Estambul, la Unión Europea, que hasta el momento carecía de normativa en materia de violencia contra las mujeres, adopta esta norma a imagen y semblanza de lo ya normado por el Consejo de Europa. Ya el propio preámbulo de la Directiva, en expresiones como la incluida en el considerando 5 justificadoras de la necesidad de adoptarla –«En vista de las particularidades relacionadas con los delitos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, es necesario establecer un conjunto integral de normas que aborde de manera concreta el problema persistente de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y responda a las necesidades especiales de las víctimas de dicha violencia»– permite entrever el enfoque holístico y centrado en la víctima de esta norma. Tal impresión la confirma una lectura del texto articulado de la Directiva, en el que, junto a disposiciones sobre la necesaria incriminación de conductas delictivas, se prevén medidas de prevención primaria, secundaria y terciaria de este tipo de victimización, así como un amplio abanico de medidas protectoras victimales procesales y asistenciales, sin descuidar previsiones orientadas a posibilitar la coordinación institucional. Con todo, la persecución de conductas gana en esta norma una preeminencia no alcanzada en el Convenio de Estambul, aunque los requerimientos de incriminación se limiten a determinadas formas de explotación sexual –matrimonios forzados y mutilación genital– y a la ciberviolencia de género después de que el Parlamento laminara el contenido de la propuesta de la Comisión, que pretendía incluir también la violación.

Puesto que es todavía pronto para valorar el cumplimiento de una norma que los Estados de la Unión tienen plazo para transponer hasta el 14 de junio de 2027, no procede analizar en esta sede si el ordenamiento interno español observa sus requerimientos. Sin embargo, tras más de una década de entrada en vigor del Convenio de Estambul, cuando se cuentan ya más de dos decenios desde la introducción al ordenamiento interno español de normativa integral protectora de las víctimas de la violencia de género, resulta pertinente plantearse si hemos adoptado plenamente las demandas de abordaje victimocéntrico de esta forma de violencia que dicho instrumento normativo internacional preconiza. Para responder a tal interrogante, resulta preciso describir el devenir de la política legislativa e institucional seguida en nuestro país en materia de violencia contra las mujeres, destacando sus principales hitos.

En este sentido, cabe avanzar que en los últimos tiempos la política criminal española en esta materia se ha visto claramente influenciada por el primer informe de evaluación sobre España de año 2000 emitido por del Grupo de Expertos para la Acción contra la Violencia sobre la Mujer y la Violencia

Doméstica⁴. Puede considerarse que el primer informe del GREVIO marcó un punto de inflexión en la legislación española sobre violencia de género, que pasó a dejar de estar fundamentalmente centrada en la violencia en la pareja para focalizarse principalmente en la violencia sexual. Sin embargo, desde un punto de vista más institucional, las políticas públicas sobre violencia de género en este país parecen estar aún lejos de adaptarse a las sugerencias de GREVIO.

II. PRIMER HITO: LA LEY ORGÁNICA 1/2004

Con carácter previo a la emisión de dicho informe del GREVIO en el año 2020, la política pública española en materia de violencia de género se basó en dos hitos esenciales. El primero fue la aprobación de la LO 1/2004, que dictó la política criminal española en esta materia durante los casi dos decenios siguientes. A pesar de la feroz oposición de sectores de profesionales forenses conservadores, fue aprobada por unanimidad, además de considerada una ley pionera e instrumental que permitió sensibilizar acerca de esta realidad a los operadores jurídicos. Aunque nació como una ley integral protectora, estableció un sistema de tutela pretendidamente comprensivo que obligaba a las víctimas a acudir a la justicia penal en busca de protección⁵.

Desde la aprobación de la ley, una creciente mayoría de la academia consideró que su enfoque preferentemente penal frente a la violencia de género no resultaba operativo para erradicarla. Se argumentó que infantiliza a las víctimas, al negarles la capacidad de decidir y hacerlas esencialmente invisibles⁶. Sin embargo, esta orientación político-criminal reflejada ya en esta pionera norma se vio, si cabe, reforzada por los informes sucesivamente emitidos por los evaluadores institucionales de esta Ley.

Tal evolución condujo a parte de la academia española a considerar que, pese a sus indudables bondades en el momento de ser aprobada, la LO 1/2004 podría considerarse obsoleta tras varios años de andadura. Dicha posición se sustentó sobre cuatro fundamentales haces de razones, que se exponen a continuación⁷.

El primero tiene que ver con que la LO 1/2004 adoptó las políticas de arresto obligatorio (*mandatory arrest policies*) y de persecución obligatoria (*no drop policies*) promovidas por el feminismo radical, hegemónico en los

⁴ GREVIO, 2020.

⁵ LAURENZO COPELLO, RECPC, 2005, p. 1; MAQUEDA ABREU, RECPC, 2006, p.1.

⁶ LAURENZO COPELLO, RECPC, 2005, p. 1; ACALE SÁNCHEZ, 2006; LARRAURI PIJOAN, 2007, p. 50; MAQUEDA ABREU, RECPC, 2006 p. 1; VILLACAMPA ESTIARTE, 2008, p. 25.

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, 2018, pp. 37 ss.

años ochenta, que han sido parcialmente superadas por corrientes más contemporáneas dentro de este movimiento, más cercanas al feminismo posmoderno y poscolonial, que sitúan la interseccionalidad, en el modo en que la conceptuó Crenshaw, más que el patriarcado, en el centro del sistema y que reclaman la adopción de un programa político criminal diferente al del feminismo radical, de orientación claramente punitiva. Este enfoque diferente da voz a las mujeres marginadas, promueve un activismo que las sitúa en el centro mismo y aboga por la formación cultural de los profesionales de apoyo a las víctimas y por aplicar estrategias de amplio espectro dirigidas a acabar con todas las desigualdades, no sólo las de género, que no se centren solo en una respuesta jurídica e institucional de carácter punitivo.

El segundo grupo de razones en pos de la consideración de que la LO 1/2004 podía ser una norma superada es el relativo a la ausencia de apoyo internacional. Esto porque el enfoque de la violencia de género centrado en el delito que propugnaba no encaja con la perspectiva holística de la lucha contra esta realidad adoptada por los documentos que definen la política institucional internacional en esta materia, especialmente el Convenio de Estambul, como se ha ya indicado.

En tercer lugar, los problemas aplicativos que han afectado a la LO 1/2004 tampoco han contribuido a defender su actualidad. Entre ellos, además de las dudas sobre su efectividad, el más relevante es quizá el derivado por el modelo penal de género que introdujo esta ley, el denominado Derecho penal sexuado, que, castigando más severamente determinadas conductas cuando eran cometidas por hombres contra mujeres con las que tenían o habían tenido una relación sentimental, resultó muy controvertido, cuestionándose desde los inicios su constitucionalidad. A esto se añade que esta técnica de tipificación podría haber devenido superflua incluso en España, pues el sector de la doctrina crítico con la inclusión de las manifestaciones del Derecho penal sexuado en el Derecho interno español ha reclamado sistemáticamente que el mayor daño que tales manifestaciones de violencia podrían suponer se cualificara mediante la adecuada previsión de circunstancias genéricas de responsabilidad penal, en lugar de a través de delitos específicamente agravados. Se sostuvo que tal necesidad podría satisfacerse incluyendo el género entre los motivos de discriminación enumerados en la circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4 CP⁸, que fue precisamente lo que se hizo mediante la reforma del Código Penal de 2015⁹.

⁸ ACALE SÁNCHEZ, 2006, pp. 411 ss.

⁹ MAQUEDA ABREU, CPC, 2016, p. 26.

Finalmente, un cuarto grupo de razones que evidencian la posible superación de la LO 1/2004 son las vinculadas con los déficits aproximativos que se le atribuyen. Entre ellos, la desconexión entre la rúbrica de la LO 1/2004 y su alcance real, pues siendo aprobada con el objetivo de combatir la violencia de género entendida como manifestación de la desigualdad existente entre hombres y mujeres en la sociedad, limita su ámbito de aplicación a la violencia de pareja contra las mujeres (art. 1.1). Confunde así la violencia de género, a la que afirma hacer frente, con la violencia familiar ejercida contra la mujer por su pareja o ex pareja, que es la que realmente aborda¹⁰.

Un segundo déficit aproximativo de la LO 1/2004 tiene que ver con la compartimentación de la protección de los derechos de las víctimas que dicha norma representa. Siendo aprobada antes de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, con carácter posterior esta constituye la vigente norma básica que determina la batería de derechos de las víctimas del delito. Establece un estatuto de protección aplicable a toda persona que haya sufrido un delito, con independencia de cuál sea, definiendo un sistema con diversos grados de protección atribuibles a las víctimas tras ser evaluadas individualmente. Aprobado dicho estatuto protector general, la pervivencia de estatutos protectores sectoriales puede carecer de sentido, sobre todo si se amplía el contenido de dicho estatuto general a derechos victimales más allá de los más directamente vinculados con el proceso penal.

El último déficit aproximativo de la LO 1/2004 está relacionado con su adopción de un enfoque muy punitivo, que recurría al Derecho penal como *prima ratio*. La punitividad de la ley se ha plasmado en reformas penales posteriores a su aprobación, recurriéndose al nudo recurso al Derecho penal para afrontar procesos victimizadores como el *stalking* o los matrimonios forzados en la reforma penal de 2015; también en la previsión de preceptivas medidas de alejamiento víctima-ofensor en casos de violencia de género, impuestas incluso contra la voluntad de la víctima. Otros ejemplos de este enfoque punitivo son la necesidad de acudir al sistema de justicia penal para obtener medidas cautelares orientadas a la protección de las víctimas, la resistencia de los profesionales del derecho a permitir que las víctimas de violencia de género se acojan a la dispensa legal del deber de declarar cuando hacerlo las obligue a testificar contra su cónyuge o la prohibición de utilizar mecanismos de justicia restaurativa en estos casos¹¹.

¹⁰ LAURENZO COPELLO, REPC, 2005, p.1; MAQUEDA ABREU, REPC, 2006, p.1; VILLACAMPA ESTIARTE, 2008, pp. 20 ss.

¹¹ Por todos, ESQUINAS VALVERDE, 2008, pp. 85 ss.

III. SEGUNDO HITO: EL PACTO DE ESTADO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Pese a que se dudaba de la conveniencia de mantener la LO 1/2004, en diciembre de 2017 se aprobó el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, que apoya su permanencia. Su adopción puede considerarse un segundo hito en el abordaje legal de la violencia contra las mujeres en España. Supuso el diseño de una hoja de ruta a cinco años vista –entre 2028 y 2022– para cuya implementación se determinaron un total de 234 medidas en el Congreso de los Diputados y 267 en el Senado, aprobadas de forma consensuada con el apoyo de casi todos los grupos parlamentarios de las Cortes Generales que se acabaron refundiendo en 290 medidas comunes distribuidas en 10 ejes. Se adoptó teóricamente para cumplir con las exigencias del Convenio de Estambul, pero pretendía al mismo tiempo actualizar el contenido de la LO 1/2004 y su orientación punitiva. La necesidad de adoptar un concepto jurídico más amplio de la violencia de género, uno de los objetivos más relevantes del Pacto de Estado, derivaba no sólo de las exigencias del Convenio de Estambul y de los reiterados requerimientos de parte de la literatura académica española, sino también de investigaciones victimológicas empíricas realizadas en España sobre ejemplos de violencia de género –como *sexting*, *grooming*, acoso y ciberacoso o matrimonios forzados– que han conducido a que aspectos como el acoso se haya medido en la última macroencuesta sobre violencia de género realizada por la Delegación del Gobierno para la Violencia sobre la Mujer en 2019. Con todo, a pesar de declarar la necesidad de ampliar el concepto de violencia de género, las manifestaciones en las que se centran las medidas que incluye el Pacto son la violencia sexual y la trata sexual de mujeres.

Al mismo tiempo, poner el acento en la necesidad de tratar a los agresores, no sólo a las víctimas, diseñando programas de tratamiento especialmente adaptados a ellas, incluyéndose también entre las medidas del Pacto, era algo que la academia española, sobre todo en el ámbito de la psicología, había venido reclamado¹². La necesidad incluida en el Pacto de proteger a los niños víctimas de violencia doméstica y reconocer sus derechos como víctimas surgió no sólo de las investigaciones llevadas a cabo por académicos españoles¹³, sino también porque casos muy mediáticos de menores asesinados por sus padres durante procesos de separación matrimonial mostraron la necesidad de abordar la violencia contra los niños como una manifestación de la violencia de género,

¹² ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, *Psicothema*, 2010, pp. 403 ss.

¹³ Por todos, antes de 2017, PATRÓ y LIMINANA, *Anales de Psicología*, 2005, pp. 11 ss.

evidenciando supuestos de la indebidamente denominada «violencia vicaria», cual si los niños fuesen solo víctimas en sustitución de sus madres.

Sin embargo, dado que los enfoques académicos más holísticos y menos punitivos para abordar la violencia contra las mujeres apenas fueron escuchados como voces expertas cuando el Pacto de Estado se estaba debatiendo en la comisión parlamentaria española encargada de hacerlo, las medidas incluidas en el mismo seguían siendo mayoritariamente punitivas. A pesar de ello, su aprobación supuso que la LO 1/2004 fuera modificada en abril de 2019 para asegurar que a las mujeres y menores víctimas de violencia doméstica se les reconociera el derecho a ser protegidos sin necesidad de denunciar la situación a la policía. Esta modificación supuso también favorecer la asistencia letrada y la personación de las víctimas en los procesos penales por violencia de género, ampliar los títulos que permiten acreditar la condición de víctima, compatibilizar las ayudas previstas en la ley con otro tipo de indemnizaciones y garantizar la asistencia psicológica a los menores aunque ambos progenitores no den su consentimiento si uno de ellos está implicado en un proceso penal por violencia de género, entre otras medidas.

El 25 de noviembre de 2021, cumplidos cuatro años de vigencia del Pacto, la mayor parte de los Grupos Parlamentarios en Congreso y Senado aprobaron un acuerdo de renovación del Dictamen del Pacto de Estado. Dicho acuerdo permite dotar de continuidad al mismo. Tal circunstancia explica que, pasados los primeros cinco años de vigencia inicial, actualmente continúen ejecutándose las medidas que contempla. Dichas medidas siguen implementándose no ya solo por haberse alcanzado dicho compromiso político a través del Pacto y por su renovación, sino porque se entiende que la obligatoriedad de dicho mandato deriva directamente del Convenio de Estambul y de los requerimientos relacionados con la diligencia debida que impone a los Estados Parte.

IV. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: EL PRIMER INFORME GREVIO SOBRE ESPAÑA

Tras casi tres años de la adopción del Pacto de Estado, en octubre de 2020, el GREVIO emitió su primer informe evaluando la aplicación del Convenio de Estambul en España¹⁴, que evalúa positivamente algunos aspectos de la aproximación española a la violencia contra las mujeres. Destaca la sólida agenda de las autoridades españolas en el establecimiento de políticas

¹⁴ GREVIO, 2020.

para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y su papel pionero en el desarrollo de un marco jurídico progresista en relación con la violencia en la pareja con la adopción de la LO. Pone en valor los esfuerzos realizados en España para recopilar información estadística relevante sobre la violencia de pareja, en particular a través de la periódica macroencuesta sobre violencia contra las mujeres, desarrollada recientemente para abarcar otras formas de violencia de género contempladas en el Convenio de Estambul. Valora también positivamente el reconocimiento del papel que tanto el sector privado como los medios de comunicación pueden desempeñar en la prevención y la lucha contra todas las formas de violencia contra las mujeres y la previsión medidas laborales específicas relacionadas con el lugar de trabajo adoptadas para favorecer que las víctimas de la violencia de pareja puedan dejar atrás estas relaciones abusivas.

Sin embargo, el documento también valora negativamente algunos aspectos de la política española en materia de violencia de género. Indica que la mayoría de los esfuerzos para abordar la violencia contra las mujeres se han centrado en la violencia de pareja, dejando otras formas de violencia contra las mujeres cubiertas por el Convenio de Estambul sin abordar en la legislación y las políticas españolas. Remarca que no se han abordado suficientemente la violencia sexual (incluidas la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), el acoso, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado y el aborto o esterilización forzados. Tal déficit se hace evidente cuando se trata de garantizar la interacción entre todos los profesionales concernidos –incluida la prestación de servicios médicos y forenses a las víctimas de violencia sexual–, pero también en la recopilación de datos y en la sensibilización y formación de los profesionales. También destaca el GREVIO que estas otras formas de violencia de género han sido abordadas de forma diferente según el territorio español, evidenciándose la existencia de variaciones regionales relevantes en la aplicación del Convenio de Estambul, especialmente acusadas en el caso de la violencia no ejercida por la pareja íntima, a cuyas víctimas se presta asistencia especializada en pocas Comunidades Autónomas.

En relación exclusiva con la política criminal seguida en España, como aspecto negativo del informe, destaca también que, aunque se ha revisado el Código Penal español para adaptarlo a los requisitos de la Convención, se identifican déficits. En relación con los procedimientos por agresión sexual y violación, el GREVIO afirma haber identificado varios factores que repercuten negativamente en las experiencias de las mujeres víctimas con el sector de la justicia penal, sin duda haciendo referencia al caso «La Manada». Además, la duración de los procedimientos, la exclusión del uso de pruebas forenses reco-

gidas sin autorización judicial y el elevado umbral de exigencia para probar la violación ante un tribunal se traducen en victimización secundaria y bajos índices de condena. En relación con la protección de las víctimas por el sistema de justicia penal, en particular de los menores, indica que, pese a la existencia de medidas legales para garantizar la seguridad de las mujeres y los niños víctimas de violencia doméstica, se observan deficiencias en su aplicación –que también han sido puestas de manifiesto por la academia española mediante análisis sistemáticos jurisprudenciales¹⁵–, otorgándose custodias compartidas y amplios derechos de visita a los agresores condenados.

Finalmente, otro motivo de preocupación destacado entre los aspectos negativamente valorados fue que el acceso de las solicitantes de asilo a un procedimiento sensible a las cuestiones de género se enfrenta a multiplicidad de obstáculos.

En consecuencia, el GREVIO identificó en su informe una serie de cuestiones prioritarias que requerían mayor atención por parte de las autoridades españolas para cumplir plenamente con las disposiciones del Convenio. Entre tales cuestiones, urgió al Estado español a que emprendiese acciones conducentes, entre otros efectos, a reforzar las medidas para prevenir y combatir la violencia que afecta a las mujeres expuestas a la discriminación interseccional, garantizar una asignación territorial de recursos adecuada que garantice que las ONGs especializadas puedan desempeñar un papel activo en la prestación de servicios, reforzar la formación profesional, mejorar la prestación de servicios de apoyo, asegurar el respeto a las órdenes de protección, la implementación de programas para agresores y la indemnización de las víctimas. Finalmente, demandó reforzar el marco jurídico de la violencia psicológica, el acoso, la violencia sexual, el acoso sexual y la mutilación genital femenina para adaptarlo a los requisitos del Convenio, garantizando su asistencia jurídica y el cumplimiento efectivo de la obligación de diligencia debida, exigiendo responsabilidades para los funcionarios que incumplan la obligación de proteger a estas víctimas.

La necesidad de adopción de la mayor parte de estas acciones se incluye después en la Recomendación sobre la implementación del Convenio de Estambul que el Comité de los Estados Parte del Consejo de Europa emitió en relación con España [IC-CP/Inf(2020)10] el 15 de Diciembre de 2020, una vez que el Gobierno español había informado al Consejo acerca de las cuestiones que el informe GREVIO indicó que debían reforzarse¹⁶.

¹⁵ BODELÓN, BARCONS, ORTIZ, PISONERO, MURILLO y NAREDO, 2019, *passim*.

¹⁶ COMMITTEE OF THE PARTIES-COUNCIL OF EUROPE, 2020.

V. TERCER HITO: LA LEY ORGÁNICA 10/2022

Tras la emisión del primer informe GREVIO sobre España, se produce el que puede considerarse el tercer gran hito en el abordaje jurídico español de la violencia de género: la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022), indebidamente conocida como «Ley del solo sí es sí».

Se trata de una norma con estructura similar a la de la LO 1/2004 que, con el fin de establecer un estatuto integral de protección de las víctimas de violencia sexual, contempla no sólo medidas de persecución de los delitos sexuales, sino también de prevención de la violencia sexual y, en particular, de protección y asistencia a las víctimas de violencia sexual, así como de formación de profesionales y otro tipo de medidas institucionales relacionadas con la coordinación. Se aprobó no sólo para dar cumplimiento al informe del GREVIO, sino también en ejecución de los compromisos adoptados a través del Pacto de Estado contra la violencia de género y, sobre todo, como reacción normativa a la polémica sentencia del conocido caso de La Manada por la Audiencia Provincial de Navarra en 2018, que puso de manifiesto la falta de sensibilidad de un sector de la judicatura española hacia las víctimas de violencia sexual y sus necesidades¹⁷. La ley adopta un concepto amplio de violencia sexual en su artículo 3, entendida como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluido el digital. Entre las violencias sexuales, se incluyen explícitamente los delitos contra la libertad sexual recogidos en el Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotaciones sexuales y la trata con fines de explotación sexual. La ley también establece que se prestará especial atención a la violencia sexual cometida en el entorno digital, incluyendo la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la pornografía infantil en cualquier caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

La LO 10/2022 constituye una norma que establece un segundo estándar reforzado de protección para las víctimas de violencia sexual como forma de violencia de género que se suma al ya previsto para las víctimas de violencia de pareja en la LO 1/2004. Sin embargo, al tratarse de una norma más contemporánea, su enfoque centrado en la víctima está desarrollado con mayor precisión. Despliega mucho más que la LO 1/2004 los derechos victimales integrados en el estatuto de protección reforzada que prevé para las víctimas de

¹⁷ Sobre el caso y su contexto, FARALDO CABANA y ACALE SÁNCHEZ, 2018, *passim*.

violencia sexual; en particular, los derechos a la asistencia (Título IV) y a la reparación (Título VII). El mayor desarrollo del estatuto jurídico victimal incluido en esta norma explica que también haya modificado la LO 1/2004 para regular de forma más completa los derechos de las mujeres víctimas de violencia en la pareja, reconociéndoles también el derecho a la reparación. Sin embargo, el estatus de protección de ambos tipos de víctimas, las protegidas por la LO 1/2004 (víctimas de violencia de género en la pareja) y las protegidas por la LO 10/2022 (víctimas de violencia sexual) sigue siendo diferente, teniendo las últimas mejores opciones de obtener reparación que las víctimas de violencia de pareja, incluyendo un derecho a la reparación reforzado que puede llegar hasta el reconocimiento de múltiples fuentes de reparación pública, incluyendo la posibilidad de acceder a un fondo dotado con bienes decomisados a los condenados. Es más, si las víctimas de violencia de género no entran en el ámbito de las LOs 1/2004 y 10/2022, porque han sufrido alguna expresión de la violencia contra las mujeres no contemplada en estas normas, ni siquiera ostentan los derechos reconocidos en estos dos estatutos de protección reforzada. En ese caso, sólo detentan los derechos reconocidos en el estatuto jurídico básico de la víctima, establecido por la Ley 4/2015, en la condición de víctima del delito, lo que implica un derecho a indemnización menos amplio y menos opciones de obtener residencia legal que las víctimas protegidas por las LOs 1/2004 y 10/2022, salvo que se trate de víctimas menores de edad, en cuyo caso podrían beneficiarse también del estatuto sectorial de protección reforzada previsto en la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Además de por la amplitud del estatuto protector victimal reconocido, la LO 10/2022 ha sido desgraciadamente más conocida por la polémica generada por las reformas que introdujo en los delitos contra la libertad sexual en el CP español, muy en particular en relación con el consentimiento sexual¹⁸. Como es sabido, esta norma modificó la regulación de los delitos contra la libertad sexual: suprimió la diferencia entre delitos de agresión sexual –entre ellos la violación– y abuso sexual, establecida en función de la concurrencia o no de violencia o intimidación, e hizo pivotar la tipificación de los atentados contra la libertad sexual sobre la ausencia de consentimiento, ofreciendo más juego a los jueces para determinar la pena. Tal circunstancia dio lugar a que algunos agresores sexuales condenados fueran puestos en libertad por su aplicación retroactiva, al ser considerada más favorable por algunos tribunales. El revuelo mediático y las acusaciones al Gobierno por parte de la oposición sobre el su-

¹⁸ Por todos, AGUSTINA SANLLEHÍ, 2023.

puesto carácter indulgente de la norma con los agresores sexuales dio lugar a su contrarreforma, operada mediante la LO 4/2023, de 27 de abril, reintroduciendo la diferencia de penas entre los delitos contra la libertad sexual cometidos con o sin violencia y/o intimidación que puso fin a las excarcelaciones.

La enésima vuelta de tuerca en la regulación de los delitos contra la libertad sexual que ha comportado dicha contrarreforma, ha sido de nuevo la que ha ganado más protagonismo en la doctrina jurídica española¹⁹. Sin embargo, no debe olvidarse que esta es una ley integral, que pretende la aplicación de una política 3P-4P también para abordar las violencias sexuales, como han puesto de manifiesto análisis no tan centrados en el contenido jurídico-penal de la norma²⁰, aunque comporte un estatuto protector aplicable solo a víctimas de determinados delitos.

Su aprobación ha sido muy positivamente valorada por el Consejo de Europa, como refleja en el documento de Conclusiones sobre la implementación de las recomendaciones respecto de España en relación con el Convenio de Estambul emitido en mayo de 2024 por el Comité de los Estados Parte [IC-CP (2024)5]²¹. En este, el Comité considera que las cuestiones relacionadas con la ausencia de abordaje normativo de otras formas de violencia contra la mujer fuera de la pareja pueden considerarse superadas gracias precisamente a la aprobación de esta norma.

VI. APROXIMACIÓN INSTITUCIONAL A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Además de la adopción de medidas legales, el informe del GREVIO sobre la implementación del Convenio de Estambul en España también ha propiciado la adopción de medidas institucionales para abordar de forma más integral la violencia de género en nuestro país. La más relevante es la aprobación en noviembre de 2022 de la Estrategia Estatal de Lucha contra la Violencia de Género 2022-2025, que sustituye a la obsoleta Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016, aplicada hasta finales de 2022. Es el instrumento que refleja la estrategia relativa a la planificación y organización de actuaciones integradas en las políticas públicas dirigidas a la prevención, sensibilización, asistencia y reparación integral de todas las víctimas de violencia de género. Indica que contiene medidas sobre las distintas formas de violencia contra las mujeres, no sólo la que se produce contra la

¹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y TRAPERO BARREALES, RECPC, 2023, pp. 1 ss.

²⁰ Entre ellos, AGUADO CORREA, RP, 2023, pp. 3 ss.

²¹ COMMITTEE OF THE PARTIES-COUNCIL OF EUROPE, 2024.

pareja o ex pareja, y señala que se basa en el concepto de violencia contra las mujeres contemplado en el Artículo 3.a) del Convenio de Estambul. Sus principios rectores consisten en la adopción de un enfoque holístico, basado en los derechos humanos, e interseccional, que se dirige a todas las mujeres y abarca todos los tipos de violencia. Prevé la adopción de 267 medidas, que se estructuran en 4 ejes de actuación, mayoritariamente incluidas en el segundo y tercer eje: 1. Actualización y consolidación de las responsabilidades y obligaciones de los poderes públicos ante las diferentes formas de violencia de género. 2. Sensibilización, prevención y detección de las diferentes formas de violencia de género; 3. Protección, seguridad, atención y reparación integral; 4. Respuesta coordinada y multiinstitucional.

A pesar de la distancia en el tiempo y de los avances normativos, las manifestaciones de la violencia de género más allá de la de pareja a las que presta especial atención son similares a aquellas a las que se ceñían la Estrategia Nacional 2013-2016 y, posteriormente, el Pacto de Estado de 2017. Sigue otorgando protagonismo a la violencia sexual y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, a las que añade la violencia digital.

Muestra de que la violencia sexual continúa siendo la manifestación de la violencia en que parecen confluir todos los esfuerzos tras la aprobación de la LO 10/2022 la constituye que uno de los primeros efectos derivados de esta Estrategia Estatal ha sido la aprobación del I Plan Estratégico para la Prevención de las Violencias Sexuales 2023-2027, impulsado por el Ministerio del Interior. Un plan que incluye un diseño de estrategias –entre ellas la previsión de un sistema de registro, seguimiento y prevención de los delitos sexuales (sistema VioSex)– que dotan a las fuerzas de seguridad de instrumentos para prevenir este tipo de violencias. También que se hayan aprobado otros documentos programáticos referidos exclusivamente a este tipo de violencia, como: a) el Plan de acción contra la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes del sistema de protección a la infancia 2022-2024; b) el Plan operativo para la protección de los derechos humanos de mujeres y niñas víctimas de trata, explotación sexual y mujeres en contextos de prostitución 2022-2026 o «Plan Camino».

Que en el ámbito aplicativo queda todavía mucho trabajo por hacer, pese a los evidentes avances, lo ponen de manifiesto informes del Consejo de Europa en relación con la implementación del Convenio de Estambul en España emitidos en 2024. En concreto, el ya mencionado documento de Conclusiones IC-CP (2024)⁵ sobre la implementación del Convenio de Estambul en España llama la atención acerca de que constituyen tareas pendientes que abordar: 1. Fortalecer los esfuerzos para armonizar el apoyo y la protección prestada a las mujeres víctimas de violencia en todo el país y evaluar la implementación de

medidas adoptadas para prevenir y combatir esta violencia a nivel regional y local; 2. Intensificar los esfuerzos dirigidos a satisfacer las necesidades de protección de las mujeres expuestas a formas de discriminación en las que interseccionan diversos factores; 3. Aumentar el apoyo, incluido el financiero, a las ONG que apoyan a mujeres expuestas a diversas formas de discriminación; 4. Adoptar medidas para garantizar que el proceso de asilo sea sensible al género, además de ofrecer acceso rápido al mismo y a un alojamiento seguro a las mujeres solicitantes que sufren o pueden sufrir violencia. La necesidad de adoptar medidas aplicadas vinculadas a todo tipo de violencias padecidas por las mujeres vuelve a ponerse de manifiesto en el segundo informe GREVIO sobre España –que es el primer informe de evaluación temático emitido por este organismo en relación con este país–²². El mismo hace hincapié en la necesidad de que se adopten medidas urgentes para concienciar a los profesionales sobre todas las formas de violencia contra las mujeres, armonizar los mecanismos de protección aplicables en todo el territorio del Estado o evitar la victimización secundaria. A esto se añade la necesidad de que las autoridades adopten acciones adicionales para que las mujeres víctimas de todas las formas de violencia incluidas en la Convención de Estambul, en concreto las víctimas de mutilaciones genitales y de matrimonio forzado, tengan acceso a servicios de apoyo cualificados y especializados, entre otras medidas.

Junto a dichos documentos internacionales, también el contenido del informe emitido por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género²³ evaluando la implementación del Pacto de Estado, permite entrever el insuficiente abordaje aplicativo de todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres. El informe refleja cierta autocomplacencia, en el sentido de que las medidas incluidas en la mayor parte de ejes que integran el Pacto que dependían de la Administración General del Estado están en gran medida cumplidas o en proceso de cumplimiento, al 90% (ejes 5, 6, 7, 8 y 9) cuando no al 100% (ejes 1, 2, 3 y 4), a salvo de las correspondientes al eje 10 (seguimiento del Pacto, cumplidas al 77%). Sin embargo, una lectura algo más detenida del documento evidencia que el cumplimiento de dichas medidas se fía sobre todo a la aprobación de normativa específica, en particular la LO 10/2022, cuando no a la adopción de programas o planes de acción derivados de la Estrategia Estatal 2022-2025, o a la firma de convenios de colaboración entre diversas administraciones o entre la administración y el tercer sector, sin que se enumeren qué concretas acciones o iniciativas ha comportado la aprobación de tales documentos o cuál es su valoración.

²² GREVIO, 2024.

²³ DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, 2023.

VII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En suma, en España contamos ya con una dilatada tradición en la adopción de normativa especial protectora de las mujeres víctimas de violencia. El primer gran hito normativo vino constituido por la pionera LO 1/2004 y su actualización a través del Pacto de Estado, cuya adopción puede considerarse un segundo hito relevante, si bien de naturaleza política. El Estado español sigue abundando en el cierre del círculo consistente en la protección jurídica integral de las víctimas de cualquier manifestación de la violencia contra las mujeres a través de la aprobación de la LO 10/2022. Sin embargo, nos hallamos todavía frente a un proceso inconcluso si de cumplir con las medidas que el primer informe GREVIO indicó que España debía adoptar para desplegar el afrontamiento holístico y victimocéntrico propugnado en el Convenio de Estambul se trata, incluso atendiendo a los últimos informes emitidos por este organismo. De las medidas que debían implementarse según el informe base emitido por este organismo en 2020, se han incorporado sobre todo hasta el momento las de carácter normativo, principalmente a través de la aprobación de la LO 10/2022. Sin embargo, para responder a las peculiaridades de la realidad judicial española, la respuesta normativa se ha centrado principalmente en las víctimas de violencia sexual, no en otras formas de violencia de género a las que hasta ahora se ha prestado poca atención, como la violencia por causa de honor, la violencia institucional o la violencia obstétrica contra las mujeres, entre otras. Además, la aprobación de la LO 10/2022 no ha puesto fin a la compartimentación de los derechos de las víctimas, sino todo lo contrario, dando lugar a la pervivencia dos estatutos protectores diferentes incluso para proteger a las mismas víctimas de violencia de género, según hayan padecido violencia de pareja o violencia sexual.

Respecto de las medidas de carácter institucional u operativo que el GREVIO señalaba en su informe que deberían adoptarse en España, apenas han sido implementadas más allá de las referidas a la violencia sexual. Con todo, cabe que esta realidad cambie mediante el despliegue de las previstas en la Estrategia Estatal de Lucha contra la Violencia de Género 2022-2025 y en los planes y programas que de ella se derivan.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.: La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Reus, Madrid, 2006.

- AGUADO CORREA, T.: *El derecho a la reparación a las víctimas de violencias sexuales y violencia de género tras la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, Revista Penal, n. 52, 2023, pp. 3-22.
- ANDRÉS-PUEYO, A. y ECHEBURÚA, E.: *Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación*, Psicothema, n. 22, 2010, pp. 403-409.
- BODELÓN, E., BARCONS, M., ORTIZ, L., PISONERO, A., MURILLO, E. y NAREDO, M.: *Análisis jurídico de las órdenes de protección en Cataluña desde una perspectiva de género*, Observatori Catala de la Justícia en Violència Masclista, Barcelona, 2019.
- Committee of the Parties-Council of Europe: *Recommendation on the implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence by Spain* [IC-ICP/Inf(2020)10], Strasbourg, 2020.
- *Conclusions on the implementation of recommendations in respect of Spain adopted by the Committee of the Parties to the Istanbul Convention* [IC-CP(2004)5], Strasbourg, 2024.
- Council of Europe: *The four pillars of the Istanbul Convention*, Strasbourg, 2024.
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género: *Evaluación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Años 2018-2022. Actuaciones de la Administración General del Estado*, Ministerio de Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2023.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A.: *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 25-18, 2023, pp. 1-51.
- ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación entre víctima y ofensor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- FARALDO CABANA, M. y ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.): *La Manada. Un Antes y un Después en la Regulación de los Delitos Sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GREVIO: *Baseline Evaluation Report. Spain*, Council of Europe, Strasbourg, 2020.
- *First thematic evaluation report. Building trust by delivering support, protection and justice. Spain*, Council of Europe, Strasbourg, 2024.
- LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.
- LAURENZO COPELLO, P.: *La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 07-08, 2005, p. 1.
- MAQUEDA ABREU, M. L.: *El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015*, Cuadernos de Política Criminal, n. 118, 2016, p. 5.
- *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 08-02, 2006, p. 1.
- PATRÓ, R. y LIMINANA, R. M.: *Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas*, Anales de psicología, n. 21 (1), 2005, pp. 11-17.

- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo*, en *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 25.
- *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

VII

Otras cuestiones

**1. PODER, FINALIDADES POLÍTICAS Y PENAS:
EL NACIMIENTO DE LAS PENAS CORRECCIONALES
PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA MONARQUÍA HISPÁNICA.
EL DERECHO INDIANO¹**

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

I

Obviamente el objetivo fundamental de la obra de la conquista de América consistió en acarrear riquezas, para Castilla, de las que estaba tan necesitada, lo que fue evidenciándose con más claridad a medida que la labor conquistadora avanzaba, y ello en razón de que el descubrimiento de las nuevas tierras estaba llevando consigo, paulatina e incansablemente, el vislumbrar caudales ya extraídos o por extraer. Se trata ésta de una verdad histórica imposible actualmente de poner en tela de juicio, y las labores de explotación personal y territorial de los habitantes de aquellas tierras lo avalan. Se trataba, además, de una necesidad de aportación constante y creciente de riqueza que la caótica y destructora, para Castilla, política internacional de los Austrias no hacía más que incrementar; y junto a esa necesidad «pública» de los tesoros americanos, se levantaba también la codicia personal de los concretos «conquistadores» y funcionarios destacados a aquellas tierras, surgidos muchos de ellos de zonas castellanas sin esperanzas de progreso que trataban de adquirir una posición de potentados que en su suelo de origen les era negada.

¹ En Homenaje, en su jubilación, al gran penalista, amigo y compañero Enrique Peñaranda Ramos.

Evidentemente otras finalidades, vinculadas a la anterior, eran perseguidas por los reyes de Castilla: fundamentalmente el acrecentamiento del poder de la monarquía mediante su extensión territorial y el consiguiente dominio de rutas, plazas y comercios. Desde luego que todo lo expuesto precisaba, para mejor transcurrir, de la existencia de legitimidad formal centrada en dos planos: ¿cómo se justificaba el que la Monarquía Hispánica se apoderara, extendiera su soberanía, a los nuevos territorios, frente a los deseos de otras naciones (dando lugar así a la aparición de uno de los mayores imperios que han existido jamás)? En segundo lugar: ¿qué tareas correspondían a la nueva metrópoli en relación con los habitantes originarios de aquellas tierras (descartado el simple exterminio de los mismos como principal directriz –política que sí desarrollaron durante los siglos siguientes otras potencias europeas en sus aventuras colonizadoras–)?

La cobertura formal de todo lo anterior fue proporcionada por el Papado. En efecto, hacia el exterior la obra de la conquista de América pasó a consistir en «ganar almas para la religión» en los nuevos territorios conquistados que se adscribían a Castilla. En este sentido el dictado de las llamadas «bulas alejandrinas» (tomaron el sobrenombre del Papa entonces reinante: Alejandro VI), o de «donación», especialmente la primera de 1493 –*Inter caetera*–² cumplió su finalidad: los Reyes Católicos no se detuvieron en consideraciones sobre la falsedad o no de un documento como el de la «donación de Constantino» –lo que ya estaba demostrado bastante antes de que Isabel asumiera la Corona de Castilla–, que avalaba la autoridad que supuestamente ejercía el Papa a la hora de repartir el mundo³. Sencillamente impulsaron el dictado, por el «Papa aragonés», de los documentos precisos sobre el reparto del mundo y el monopolio de las rutas atlánticas, comprometiéndose, paralelamente y otorgando así la justificación que el Sumo Pontífice precisaba, a «rescatar» a los habitantes de aquellas tierras de la idolatría⁴ en la que vivían: sacarles del error⁵, en eso consistía la misión.

De acuerdo con el texto de la primera Bula: «os mandamos en virtud de santa obediencia que haciendo todas las debidas diligencias del caso, destinaréis a dichas tierras e islas varones probos y temerosos de Dios, peritos y expertos

² Véase, WECKMANN, 1949, *passim*.

³ La bibliografía sobre la *Donatio Constantini* es inabarcable, pero un buen y breve resumen de los hechos que condujeron a la misma puede encontrarse en ROJAS DONAT, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 2004, *passim*. Véase en todo caso el siempre sugerente estudio de TEJA, Revista electrónica: Actas y Comunicaciones, 2006.

⁴ ACOSTA, 2008, pp. 303 ss., describe maravillosamente la génesis de la idolatría, sus clases, modalidades y sacrificios.

⁵ MARTÍNEZ DE CODES, 1990, pp. 531 ss.

para instruir en la fe católica e imbuir en las buenas costumbres a sus pobladores y habitantes, lo cual nos auguramos y no dudamos que haréis a causa de vuestra máxima devoción y de vuestra regia magnanimidad».

Con prontitud Castilla se aprestó a combatir la idolatría de los naturales del Nuevo Mundo, y así el Emperador dicta una Ley el 16 de junio de 1523 en la que se dice: «Ordenamos y mandamos a nuestros virreyes, audiencias y Gobernadores de las Indias que todas aquellas provincias hagan derribar y derriben, quitar y quiten los ídolos, ares y adoratorios de la gentilidad, y sus sacrificios se prohíban expresamente con graves penas a los indios idolatrar y comer carne humana, aunque sea de los prisioneros y muertos en guerra y hacer otras abominaciones contra nuestra santa fe católica, y toda razón natural haciendo lo contrario los castiguen con mucho rigor» (Libro Primero, Título I, Ley VII, de la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias).

La labor evangelizadora, y en lo que nos interesa, se llevó a cabo principalmente: con la actividad misionera itinerante (en la que destacaron los miembros de la Compañía de Jesús, pero también los Franciscanos y los Dominicos), y, para terminar con los focos de resistencia «paganos», las «visitas de idolatrías»⁶ (que tuvieron un persistente tufo tridentino), el paralelo en el Nuevo Mundo a la actividad –procesos judiciales incluidos– de los tribunales de la Inquisición⁷ en la Península, por más que ésta también se hizo ver, especialmente, en México y Perú⁸.

Véase la Real Cédula de 25 de enero de 1569, por la que Felipe II ordena el establecimiento de la Inquisición en los nuevos reinos, sustituyendo así la «inquisición episcopal» hasta entonces vigente: «que se pusiese y asentase en aquellas provincias el Santo Oficio de la Inquisición, y por el descargo de nuestra real conciencia, y de la suya diputar y nombrar inquisidores apostólicos contra la herética pravedad y apostasía, y los oficiales y ministros necesarios para el uso y ejercicio del Santo Oficio».

Sin embargo, la Inquisición no pudo gravitar sobre los indígenas, por ser estos neófitos, en aplicación de la Real Cédula dada por Felipe II en 30 de di-

⁶ Cuyo germen lo constituyó la Instrucción de 1545-1549 redactada por el Obispo Gerónimo Loayza, con las «giras de inquisición e instrucción» durante las cuales: «Los doctrineros personalmente hieran por todos los pueblos del repartimiento y detenerse en cada pueblo seis u ocho días entendiendo si tienen guacas o otros lugares donde acostumbran hazer algunas ceremonias o ritos y deshazerlas y pondrán una cruz donde mejor les pareciere y en los días que allí estuvieren platicalles an de las cosas de nuestra santa fe». Véase ESTENSSORO FUCHS, 2003, pp. 29 ss.

⁷ Véase la fundamental obra de DUVIOLS, 1977, *passim*.

⁸ En lo que sigue nos fijaremos en lo sucedido, preferentemente, en el Virreinato del Perú, y sobre ello construiremos nuestras tesis.

ciembre de 1571⁹ (los africanos subsaharianos llegados, con el paso del tiempo, como esclavos, nunca gozaron de privilegios parecidos a los indígenas, y desde luego cayeron en las manos de la Inquisición y «pasaron» por la hoguera¹⁰; los aztecas, en la época borbónica sí «sufrieron» más la Inquisición aunque no de forma extrema).

Señala Vargas Ugarte que «Más de una vez se trató de sujetar al fuero de la Inquisición a los indios cristianos, alegando unas y otras razones, mas, por fortuna, no llegó a madurar la idea que habría tenido graves consecuencias para los naturales. Siendo estos poco amigos de la verdad y tan propensos a vengarse de sus enemigos, habrían echado mano de este medio para dañarlos, y el Santo Oficio se habría visto abrumado por las denuncias y acusaciones de unos contra otros. Si, por otra parte, se quería usar este medio como antídoto contra la idolatría, aprovechando la severidad de este Tribunal y el temor que infundía, la medida reprimiría tal vez el mal pero no lo arrancaría de raíz y la conservación de la fe se lograría por un medio que no es el más conveniente, cual es el temor»¹¹.

Pero el que quedaran los neófitos al margen de la Inquisición no evitó que estuvieran sometidos a la justicia eclesiástica¹². Salvando, pues, a los indios, ello no impidió que después de su instauración los tribunales del Santo Oficio pusieran «manos a la obra» y comenzaran las ejecuciones, incluso en la hoguera¹³. Ese es el destino que esperó, a partir de 1590 (de los procesos inquisitoriales se sabía sólo cuando empezaban), en México, a Luis de Carvajal y de la Cueva y su familia, el primero muerto en prisión esperando sentencia, pero su mujer e hijos ejecutados en la hoguera, tras ser torturados todos ellos¹⁴. Antes, en Lima, en 1578, la Inquisición ejecutó en la hoguera al dominico Francisco de la Cruz, lector de teología, sobre el que planeó la acusación de pactos demoníacos¹⁵. Junto a ejecuciones de personas menudearon los Autos de Fe (con o sin ejecuciones humanas, en tantas cosas similares a los sacrificios de aztecas, incas...) y entre ellos hay que significar uno de los más crueles de la historia universal de la cultura: aquél que le sirvió al franciscano Diego de Landa

⁹ También de la Instrucción para Inquisidores de Indias, de 15 de febrero de 1560, en Archivo Histórico Nacional (Madrid), Inquisición, libro 352, ff. 4v al 10v. Véase ZINNI, *Revista de Indias*, 2021, pp. 315 ss.

¹⁰ Véase, CRESPO VARGAS, 2011, pp. 160 ss.

¹¹ VARGAS UGARTE, 1960, p. 319.

¹² Sobre la jurisdicción inquisitorial en Perú, véase CASTAÑEDA DELGADO/HERNÁNDEZ APARICIO, 1989 (especialmente capítulo V).

¹³ Véase, TORIBIO MEDINA, 2003, *passim*.

¹⁴ Véase, GARCÍA-MOLINA RIQUELME, 2021, *passim*.

¹⁵ PANTOJA VALLEJO, Algunos aspectos del Proceso Inquisitorial del Loperano Fray Francisco de la Cruz García Chiquero quemado en la hoguera en Lima en el año 1578. Véase especialmente, DE TORRES BUSTOS, Universidad de Alicante, 2017.

para quemar, en el Convento de San Miguel Arcángel de Maní, todos los códices mayas (excepto tres que no estuvieron a su alcance)¹⁶.

Tampoco se llegaron en las Indias a los límites que, en la Península, alcanzaron los dominicos en los interrogatorios, quienes no tuvieron empacho en inquirir, castigando físicamente, a procesados agonizantes en su lecho de muerte por más que fueran muy ancianos; llegando a conseguir en algunos casos que los interrogados perdieran la razón¹⁷, hasta el punto de que no pocos recurrieron al suicidio para huir tanto de los tormentos que se aplicaban en los interrogatorios, como de ejecuciones bárbaras como las descritas.

En todo caso las «visitas de idolatría» signaron el final de la tolerancia que estuvo presente durante la primera parte del siglo XVI con los indígenas¹⁸. De esa rigidez se derivaron los conventos para educar a los hijos de los caciques¹⁹ (a lo que algunos españoles se opusieron con el argumento de que aprovecharían esos conocimientos para, en presencia de toda la multitud, causar el mal²⁰), o la mayor presión para que los indígenas abandonaran sus formas de enterramiento tradicional o prescindieran de sus ídolos y los sustituyeran por los católicos.

II

El paganismo reinante entre los indígenas provocó que hasta los sacramentos (verbigracia, el del matrimonio) adoptaran formas peculiares²¹. De todas formas, bien pronto la iglesia trató de arrebatar la condición de neófitos a numerosos indígenas, justo a aquellos que eran hijos de indios bautizados en los que, sin embargo, persistía la idolatría: esa pretensión se instrumentó por medio del incremento de la presión para lograr conversiones a través del aumento en la gravedad de las sanciones amenazantes. En ese ambiente se llegó, con el tiempo, a solicitar la imposición de la pena de muerte especialmente

¹⁶ CHUCHIAK IV, Península, 2001, *passim*.

¹⁷ SESMA MUÑOZ, Aragón en la Edad Media, 1989, p. 665.

¹⁸ Existió una especie de «manual» para los visitantes de idolatrías, nos referimos a la Carta Pastoral de Exortación e Instrucción contra las Idolatrías de los Indios del Arzobispado de Lima. Por el Ilustrísimo Señor Doctor Don Pedro de Villagómez, Arzobispo de Lima. A sus Visitadores de las Idolatrías, y a sus Vicarios, y Curas de las Doctrinas de Indios, Lima, 1649.

¹⁹ Precisamente el ser «hijo de idólatras» hacía tender a éste hacía la idolatría, según la acabada de citar Carta Pastoral de Exortación e Instrucción contra las Idolatrías de los Indios ..., del Arzobispo Pedro de Villagómez, capítulo 14.

²⁰ Véase la Carta del P. Antonio Vásquez al Conde de Chinchón sobre si convendrá o no mantener los colegios de caciques, Lima, 22 de diciembre de 1637.

²¹ Véase a este respecto, Constitución 15 del I Concilio de Lima de 1551, y Constitución 37 del II Concilio de Lima de 1567.

para los sacerdotes católicos, pero indígenas, que a pesar de su condición proseguían con ritos idólatras. En esta tarea destacó el Virrey Toledo (que fue el gran destructor de las religiones andinas) durante los años 70 del siglo xvi²². Esos intentos de aplicar la pena capital fueron resistidos, en lo que conocemos, al menos hasta principios del siglo xvii)²³.

Ciertamente, y como se podía imaginar, las dificultades para la evangelización eran muchas, y no conviene olvidar que los obstáculos, en ocasiones, provenían de la conducta de los conquistadores mismos, muchos de ellos siempre cegados por la codicia y el ejercicio del poder en lo cotidiano, y todo ello en un marasmo de importante falta de decencia personal. En este sentido, Acosta, en una obra en parte censurada (*De Procuranda*) aseveraba: «Todo el mundo está de acuerdo en que los indios que más tratan con los españoles son los que tienen costumbres más depravadas... aventajan a los demás en todo género de maldades... cuando se envían jueces y visitadores de trabajo, también ellos se aprestan a expoliar a estos desgraciados, y que más se preocupan de su propia bolsa que de protegerlos»²⁴. No es extraño que en este ambiente no pocas voces reclamaran la instauración de los tribunales de la Inquisición, como finalmente aceptó Felipe II.

Pues bien, de la misma forma que fueron los dominicos quienes desempeñaron el papel absolutamente principal en la actividad del Santo Oficio en la Península (en reconocimiento a los méritos acumulados en la sangrienta Cruzada Albigense y la represión a los cátaros²⁵), en el caso de las «visitas de idolatrías» la acción «pastoral» fue protagonizada, en parte, por los jesuitas (aunque la Compañía de Jesús no se instaló en Perú hasta 1569, a donde llegó con el Virrey Toledo), por más que, y a diferencia de los anteriores, no participaron directamente en la acción represiva²⁶, y en su política acudieron a la persuasión como mejor instrumento²⁷. En todo caso, y aunque los jesuitas tuvieron, como decimos, un papel protagónico en los actos de «visitación», hubo

²² Véase GAREIS, Boletín del Instituto Riva-Agüero, 1989, pp. 57 ss., también: LEVILLIER, 1935.

²³ La «Asamblea de Cuzco», convocada por el Virrey en 23 de marzo de 1571, aprobó toda una serie de medidas altamente represivas, incluida la muerte, pero sólo para los dogmatizadores que impedían la predicación; véase al respecto, DUVIOLS, 1986. Sobre las penas a aplicar expone su variedad ALBORNOZ, 1989.

²⁴ Véase, RIVARA DE TUESTA, Revista de Estudios Latinoamericanos, 2006, p. 3.

²⁵ Durante la cual los dominicos mostraron una bajeza moral sin parangón; véase en este sentido CIERBIDE MARTINENA, 2016, especialmente el episodio del martirio de una anciana en la p. 33.

²⁶ Desde luego que el procedimiento tanto de instauración concreta de las «visitas de idolatría» como el de las confesiones (incluidas crueles torturas), era muy similar, no idéntico, al perfeccionado por la Inquisición tras años de practicarlo. Véase, abreviadamente, LEÓN FERNÁNDEZ, *Investigaciones Sociales*, 2013, pp. 131 ss.; también, GAREIS, Boletín del Instituto Riva-Agüero, 1989, pp. 62 ss.

²⁷ Véase, del que fuera Provincial de la Orden, DE ACOSTA, 1987, *passim*, todo un «Tratado» sobre técnicas para conseguir la conversión de los indios.

ocasiones en las que fueron otras órdenes las «beneficiadas» del encargo en casos concretos; en este sentido, son de señalar las Instrucciones impartidas por Felipe II al Virrey (del Perú) Toledo en 1568, en las que agustinos, franciscanos, dominicos (siempre atentos y dispuestos para la represión) o mercedarios encontraron la ayuda especial de la Corona, aunque en ocasiones el monarca se vio obligado a intervenir para poner coto a disputas entre los miembros de las distintas órdenes (Real Cédula de 18 de agosto de 1556), pero siempre estas órdenes encontraron especial protección del monarca.

Debe advertirse, también, que al margen de las finalidades puramente espirituales, es evidente que al involucrar a los indígenas en la religión, en las creencias de los conquistadores, en las formas y ceremonias religiosas, se facilitaba la identificación de estos con el pueblo conquistador y el ejercicio de las relaciones de poder²⁸ por parte de éste. En esos empeños de uniformidad no podía faltar el de la lengua, y así por Real Cédula de 7 de julio de 1596 se incidió (pues ya por Real Cédula de 7 de junio de 1550 se había prescrito) en la necesidad de la enseñanza del castellano y también de que los curas aprendieran las lenguas locales (en lo que ya había insistido Colón a los Reyes Católicos en carta en 1493). En todo caso ha de contarse que las diferencias de «civilización» entre los pueblos eran enormes, y a este respecto debe tenerse en cuenta que alguno de los conquistados no sólo no conocía el dinero sino ni siquiera la economía mercantil (sociedad andina prehispánica, verbigracia²⁹), y que los sacrificios humanos seguían perteneciendo a algunas culturas indígenas³⁰. La obra de evangelización, así, para ser completamente provechosa para la monarquía, no sólo tuvo que dirigirse a lo puramente espiritual, sino que también hubo de abarcar otros muchos ámbitos de civilización.

III

Por otro lado, la constitución de un Regio Patronato (Julio II, 1508)³¹, un «Derecho Universal de Patronato» lo denomina De la Hera³², a favor de los

²⁸ Véase en este sentido BOURDIEU, *Relaciones*, 2006, p. 55.

²⁹ DE LUCA, 2011, nota 24.

³⁰ RODRÍGUEZ MOLAS, 1985, p. 184. En lo que importa al Perú, véase VARGAS UGARTE, 1953, pp. 43 ss.

³¹ DE LA HERA, 1992, *passim*. Felipe II (1565) definió el Patronato de la siguiente manera: «POR derecho, i antigua (a) costumbre, t justos titulos, i concessiones (b) ~postolicas somos Patron de todas las Iglesias Cathedrales de estos Reinos, i nos pertenesce (c) la presentacion de los Arzobispados, i Obispados, i Preladas, i Abad las consistoriales de estos Reinos, aunque vauquen en Corte de Roma» (Nueva Recopilación, Lib. I, T. VI, Ley I).

³² DE LA HERA, 2007, p. 89.

reyes castellanos (1508), y la ampliación del contenido del mismo a través de los años³³, avalado posterior y doctrinalmente por la excepción al «regalismo» que se formuló en favor de la Monarquía Hispánica para las nuevas tierras, supuso la intervención de la Corona directamente en el gobierno de la iglesia en América y que el monarca asumiera, personalmente, un papel de Vicario, de Delegado Pontificio, lo que se extendía a la normativa, al Ordenamiento. Debe tenerse en cuenta a este respecto que, como expone Iban³⁴, no se trataba de que, en general, con el regalismo la iglesia renunciara al Ordenamiento, como hizo Lutero al quemar la bula de excomunión y el *corpus iuris canonici*³⁵, sino que el Estado pugnó por aumentar, conteniendo con la iglesia, parcelas de poder de ésta... excepto en el caso de América en el cual se produce, como expone el autor últimamente citado, un proceso mimético y simétrico al protestantismo, siendo la iglesia la que se encomienda al poder político para que éste ejerza todas las competencias: las puramente civiles y las religiosas. Ciertamente todo lo anterior fue consecuencia de la imposibilidad para la iglesia de gobernar sus asuntos en los nuevos y muy complejos territorios adquiridos por la Corona de Castilla. A partir de lo expuesto se entiende que las normativas aprobadas en los concilios (nos centramos en este discurso en el Virreinato del Perú) limenses, estuvieran escritas al dictado del poder real castellano, y que el Rey tuviera que ratificar las decisiones de los concilios... y que tuvieran la naturaleza de «norma» en sentido estricto.

IV

La evangelización de los indígenas se llevó a cabo, también y como venimos diciendo, de la mano de la justicia penal, que se aplicaba no sólo contra las conductas «resistentes» a la nueva religión, sino contra las pertinaces en sus creencias así como frente a las incumplidoras de las nuevas obligaciones religiosas impuestas. En este sentido, las sanciones penales —en el caso de imponerse— sólo podían tener una naturaleza que implicara «conservar» a los destinatarios de la norma (obviamente quedaban fuera de contexto las penas de muerte —con las matizaciones que se harán al respecto más adelante— o mutilaciones, puesto que de esa forma acabarían con el objeto material de la evangelización): azotes (fuente de humillación), reclusión (para educar a los idóla-

³³ Véase, GARCÍA AÑOVEROS, 1990, pp. 67 ss.

³⁴ IBAN, 2000, pp. 84 ss.

³⁵ Véase, DE LA HERA, 1963, p. 13.

tras) y patrimoniales. Aunque, evidentemente, no faltaron voces, como la del jesuita Acosta que decían: «Porque muchas veces se ha dicho y conviene repetir que la fe no es sino de los que quieren, y ninguno debe hacerse cristiano por la fuerza. [...] Sea, pues, éste el primer precepto para extirpar la idolatría, quitarla primero de los corazones, sobre todo de los reyes, curacas y principales a cuya autoridad ceden los demás prontamente y con gusto»³⁶. Mientras seguían resonando las palabras de Fray Bartolomé de las Casas: «La Providencia divina estableció, para todo el mundo y para todos los tiempos, un solo, mismo y único modo de enseñarles a los hombres la verdadera religión, a saber: la persuasión del entendimiento por medio de razones, y la invitación y suave moción de la voluntad. Se trata, indudablemente, de un modo que debe ser común a todos los hombres del mundo, sin ninguna distinción de sectas, errores o corrupción de costumbres»³⁷.

En realidad, a la hora de aplicar sanciones y castigos se distinguía entre aquellos indígenas que no eran «resistentes» a la nueva verdad, con los cuales era la persuasión, como predicaban Acosta y De las Casas, el método a emplear; del aplicable a aquellos otros como los «dogmatizadores, hechiceros e idolatras incorregibles»³⁸, a los que era imperioso aislar, porque de otra forma no se conseguiría alejar la idolatría. Por ello, «...el más conveniente remedio para extirpar y desarraigar tan malas yervas y operaciones... será poner los dichos hechiceros y idolátras que se hallaren de quien no se oviese de hazer castigo exemplar con pena de fuego, como se hecho con otros, se pongan en una casa aparte por algún tiempo... y que allí estén debaxo de la fiel custodia, de manera que los demás no los comuniquen ni traten, y que allí se les de doctrina...»³⁹. Esta prevención también se enunciaba en la Constitución 107 del II Concilio limense⁴⁰ (1567-1568). Repárese en que todo el armazón doctrinal de la represión se construye al principio del último tercio del siglo XVI.

Encierro y reinserción mediante el adoctrinamiento y el trabajo, y educación para los que habían de llegar a ser los líderes de las comunidades indíge-

³⁶ ACOSTA, 1954, p. 561. En este sentido, véase también DAMMERT BELLIDO, 1976, p. 215. (DE LAS CASAS, 1975, p. 75).

³⁷ DE LAS CASAS, 1975, p. 75.

³⁸ Cuyo castigo urgió Felipe II al Virrey Toledo por CAP de 1571 (DE ENCINAS, 2018, p. 49).

A esas categorías (hechiceros, dogmatizadores...) se refiere el interesantísimo libro de BORGES MORÁN, 1960, p. 448, a quienes define, remitiéndose al Tercer Concilio Provincial de Lima (1582-3), como «indios ya viejos que, abandonados por sus hijos y sin medios económicos para sobrevivir, se dedican a practicar hechicerías o adivinaciones, para de esta manera ganarse su sustento» (embaucadores). Sobre los conceptos de brujería, hechicería..., véase BRAVO, 2020, pp. 35 ss.

³⁹ En «Letra Anua de la Provincia del Perú. Marzo de 1582», tomada de CORDERO FERNÁNDEZ, 2012, p. 368, núm. 29.

⁴⁰ Véase, también, al respecto BORGES MORÁN, 1960, pp. 453 ss.

nas: estos serían los medios para extirpar la idolatría, a la que Acosta denominaba «peste», expresión que en aquellos siglos en los que las «pestes» despoblaban los territorios y llenaban los carros de cadáveres que se conducían a los enterramientos («carretadas al cementerio» los denominó Goya en sus grabados), tenía un contenido especialmente «fuerte». Escribe Vargas Ugarte⁴¹ «Consultado el P. Sebastián sobre los medios que podían adoptarse para la extirpación de la idolatría, señaló, entre otros, dos que ya se habían sugerido y se creía serían eficaces para el intento. El uno era crear una casa de reclusión, donde se retuviera aislados a los que se mostraban reacios en abandonar sus falsos cultos y trataban más bien de arrastrar a sus congéneres a idolatrar y el otro la erección de los colegios de caciques, preconizados por Toledo y que la Compañía consideró necesario...». El planteamiento, pues, era nítido: desca-bezar la propagación de la idolatría por línea hereditaria mediante el adoctrinamiento («secuestro» y adoctrinamiento como medida de policía) de los hijos de los caciques, y aislamiento de los dogmatizadores y hechiceros bien hasta su «conversión» o de forma perpetua. La senda estaba clara y documentada ya en los últimos decenios del siglo XVI en el Perú.

Mas muy anteriormente (a finales del primer tercio del siglo XVI) la idea de la corrección mediante el encierro y adoctrinamiento se practicaba en la Nueva España. Así expresa Borges Morán: «A veces se les hacía un proceso formal, cuyo ejemplo más característico lo encontramos en los que se les siguió a ciertos idólatras en México entre 1535 y 1540. Sacados de la cárcel en que se encontraron, fueron llevados como reos por las calles del pueblo, a caballo y con voz de pregonero; iban además semidesnudos y recibiendo azotes. Llegados a la plaza pública de su aldea, en su presencia se les quemaron la mitad de sus ídolos. Luego fueron trasladados de idéntica manera a la plaza de México, donde se les terminaron de quemar sus simulacros. Se les encerró, por fin, en un convento, donde por tres años se dedicarían a aprender la doctrina cristiana y a hacer penitencia»⁴².

V

Cuando se optaba por el castigo tradicional para reprimir la idolatría y reconducir a los indígenas hacia la verdadera fe, y como dice Osorio⁴³: «Los... más comunes eran: latigazos (de 5 a 200) y ser rapados. Después de la tercera campa-

⁴¹ VARGAS UGARTE, 1963, pp. 299 ss.

⁴² BORGES MORÁN, 1960, p. 300.

⁴³ OSORIO, Historia y Cultura, 1990, p. 162-1.

ña [de lucha contra la idolatría], se añadió la confiscación de bienes, donde el embargo fue a menudo la primera medida adoptada por el juez visitador».

En efecto, en las decisiones conciliares del otro lado del océano (por ejemplo, en los dos primeros concilios de Lima) ya se asignaban finalidades específicas a las penas a imponer a los indios, atendiendo al mundo cultural y religioso en el que estos se hallaban inmersos (constituciones para indios del Primer Concilio de Lima, 1552, en las que se contemplaban, entre otras⁴⁴, penas de azotes, trasquilación, privación de libertad o retención de bienes –Constitución 26–, y también penas de encierro temporales o perpetuas⁴⁵); y, asimismo, se fijaron dianas específicas para la política misionera. En este último sentido destaca la Constitución 25 del Primer Concilio limense mediante la cual se aprueba una dura represión sobre las prácticas mortuorias indígenas que se entendía ponían en cuestión, conceptualmente, el mismo cristianismo⁴⁶.

De acuerdo con la Constitución vigésimo segunda del Primer Concilio Limense: «... si algún indio [ya convertido], después de ser requerido una vez por su culpa dejare de confesarse dentro del tiempo...: si fuere cacique, o principal, o mujer de alguno dellos, el sacerdote que estuviere en su doctrina lo encierre en una casa a manera de cárcel, donde esté tres o cuatro días... Y si fuere otro indio común, le sean dado cincuenta azotes y tresquilado...». Véase también Constitución vigésima tercera del mismo Concilio. En otras constituciones se imponen tanto la pena de cortar el pelo, como la de azotes (siempre distinguiendo en la calidad del penado), y asimismo una corta privativa de libertad (con o sin cepo) a purgar en una cárcel. Resulta interesante, también, en este sentido, entre otras, la Constitución vigésima sexta del mismo Concilio.

Al margen de la concreta pena, interesa destacar el (buscado) efecto humillante de muchas de las penas que se aplicaban a los indígenas. En primer lugar, el caso de los azotes, que más allá de que resultara una pena que pudiera evidenciar una gran crueldad (que podía llegar a ocasionar la muerte, como se ha significado⁴⁷), portaba el efecto de vejear públicamente al reo, quien desnuda la espalda ofrecía ésta a los verdugos –azotes que de esta manera eran aplicados también a las mujeres–. Esta pena no infrecuentemente se presentaba

⁴⁴ Véase, CORDERO FERNÁNDEZ, 2010, pp. 351 ss.

⁴⁵ Véase, GAREIS, *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, 1989, p. 62.

⁴⁶ Véase al respecto, en primer término, lo dicho por el gran cronista DE CIEZA DE LEÓN, 1922, que a lo largo de todo el relato y en muy diferentes pasajes se refiere a la «necropompa». Véanse también, RAMOS, *Revista de Indias*, 2005, pp. 455 ss., y bibliografía allí indicada; MILLONES/MAYER, 2021, pp. 21 ss., 31 ss., 41 ss., y ARANÍBAR, *Revista del Museo Nacional*, 1969-1970, pp. 108 ss., y su acabada bibliografía.

⁴⁷ LEVAGGI, 1978, p. 64, refiere que el número mínimo era de 25 y máximo de 200 –contradiendo en este sentido a Osorio, como he reflejado más atrás–, pues se estimaba en este último caso que un número superior podía ocasionar la muerte.

junto con otras, o una forma de ejecución, que sometían al sujeto a la vergüenza pública, profundizando en el descrédito del supliciado: imposición de sambenitos, capirotos o corozas, soga al cuello, etc., etc. En definitiva: humillación, vergüenza y sometimiento a la autoridad de la iglesia, la cual, como epílogo de las visitas de idolatría, imponía, conjuntamente, penitencias (que le procuraban al penitente la reconciliación con dios y, por lo tanto, el regreso a la comunión de los santos), y las penas ya enunciadas que carecían de tal efecto taumátúrgico (excepto para alguno de los autores clásicos que han sostenido teorías de la retribución imposibles de asumir racionalmente, como la de Hegel, de fuerte resabio canónico, que sostenía la negación del delito mediante la imposición de la pena) pero que poseían el doble efecto de servir de aviso a posibles infractores, y como castigo por lo efectuado⁴⁸. Otras penas como la de destierro (prohibición de presencia en un cierto espacio físico), galeras (que generalmente suponía un traslado al Mediterráneo para servir como remero en las galeras del rey por un tiempo determinado, lo que dificultó su imposición), multas y confiscación de bienes, constituían buena parte del bagaje de penas que estaban a disposición de los visitantes.

VI

Las penas de «mero» encierro se cumplían, a veces, en Lima, en el «Colegio de Caciques» (se aprovechaba el Colegio, pues), que se había fundado, precisamente, para educar a los hijos de los «caciques» en la nueva fé, y por su construcción resultaba idóneo, también, para el encierro de los «hechiceros». En realidad, el empeño por educar a los hijos de los caciques ya había sido mostrado por el Emperador en 20 de noviembre de 1536, quien había ordenado a los encomenderos que enviaran los hijos de los caciques a los conventos para que los frailes se encargaran de su educación⁴⁹. A partir de ese momento, en las doctrinas⁵⁰, menudearon las «escuelas de nobles».

Pero con los hijos de los indios asilados en los conventos no se perseguía exclusivamente lo que pudiera parecer una pía educación de los infantes. No.

⁴⁸ Véase, para el detalle de las penas, la Carta Pastoral de Exortación e Instrucción contra las Idolatrías de los Indios del Arzobispado de Lima..., 1649, pp. 68 (bis) ss.

⁴⁹ Aunque parece que el inicio de las escuelas para nobles hay que situarlo en La Española, en 1503, y fue instado por los franciscanos, esta idea fue posteriormente tomada por los dominicos (1512) y asimismo exportada a otros lugares (véase BORGES MORÁN, 1960, pp. 394 ss.).

⁵⁰ Por «doctrina», en el sentido del texto, se entendía durante la Colonia una parroquia rural que estaba dotada de tierras y aldeas sobre las que señoreaba un clérigo.

Sino que también fueron usados como delatores de las actividades de los miembros de la comunidad indígena a la que pertenecían, e incluso fueron alentados, lo que se consiguió, a revolversse y denunciar a sus propios padres. Así lo relata Borges Morán⁵¹, apoyándose en Sahagún, que refiere cómo los franciscanos instauraron en México este método policíaco utilizando a sus alumnos: «Estos muchachos sirvieron mucho en este oficio..., para destripar los ritos idolátricos que de noche se hacían, y las borracheras y areitos que secretamente y de noche hacían a honra de los ídolos, porque de día estos espían en donde se había de hacer algo de esto de noche, y de noche, a la hora conveniente iban con un fraile o con dos, sesenta o cien de estos criados de casa, y daban secretamente sobre los que hacían alguna cosa de las arriba dichas, de idolatría, borrachera o fiesta, y prendíanlos a todos y atábanlos y llevábanlos al monasterio, donde los castigaban y hacían penitencia, y los enseñaban la doctrina cristiana, y los hacían ir a maitines a la media noche, y se azotaban, y esto por algunas semanas..., y así salían de allí catequizados y castigados, y de ellos tomaban ejemplo los otros y no osaban hacer semejante cosa, y si la hacían luego caían en el lazo y los castigaban como dicho es»⁵². La ayuda que prestaron estos niños acogidos en los conventos para, en principio, su enseñanza, resultó así fundamental en la lucha contra las idolatrías: sin ellos el trabajo realizado no hubiera sido posible.

Lo mismo que en México se llevó a cabo en Guatemala, donde los niños de los colegios franciscanos «teniendo más ley algunos chiquillos con sus maestros que con sus padres naturales, pues a estos solían acusar con aquellos»⁵³. También se practicó esta tecnología por los jesuitas en la doctrina de Juli (Perú).

Anótese en todo caso cómo los «practicantes de idolatrías» no eran, sin más, castigados por su yerro, sino «sometidos a doctrina», penitenciados, con objeto de reeducarles en el cristianismo («prevención especial», *avant la lettre*), pero también castigados buscando efectos ejemplarizantes. Es evidente, la finalidad de las penas no era ya la meramente punitiva, y el empleo del tiempo del encierro estuvo dirigido a corregir a los privados de libertad. Esta orientación de las penas a una meta distinta a la tradicional (que ya había sido «revisada» a mediados del siglo xv por Alfonso V, el Magnánimo, de Aragón, buscando la utilidad mediante el destino de los condenados a galeras) vino determinada, desde el mismo momento en que se fijó, primero por las bulas alejandrinas (alentadas en su contenido por los Reyes Católicos) y después por la legislación del Emperador, al establecerse cuáles eran las finalidades que perseguía el Estado mediante la ocupación de aquellas tierras y el sometimiento de sus naturales. A estos les protegió Castilla (aunque no siempre), pues eran súbditos de la Corona, cierto, pero su entrada en el nuevo reino exigía olvidar lo «suyo», sus idolatrías, y abrazar las nuevas que les ofrecían los frailes. Ejemplo de lo que se les requería abandonar (transfigurado por la visión de los vencedores) y de los métodos misioneros empleados para que abraza-

⁵¹ BORGES MORÁN, 1960, pp. 292 ss.

⁵² DE SAHAGÚN, 1938, p. 85.

⁵³ BORGES MORÁN, 1960, p. 293; citando a VÁZQUEZ, 1938, p. 236 (hemos utilizado una edición diferente a la usada por Borges Morán, de ahí los contrastes en la cita).

ran la religión triunfante, lo ofrece Fray Toribio de Benavente o Motolinía, en su atractiva y descarnada Historia de los indios de la Nueva España⁵⁴.

El Colegio de Caciques, en Lima, que comenzó sus actividades en primero de enero de 1620⁵⁵, sin embargo, se diferenció notablemente de las primitivas «escuelas de nobles» («escuelas de nobles» ya existían, aunque evidentemente con un planteamiento radicalmente distinto, en las sociedades indígenas precolombinas, fue el caso de las «Calmécac» entre los mexicas), tanto por su formato como por la infraestructura⁵⁶, de forma que resultaba apto, también, para proceder a los encierros de los que tratamos, aunque ésta no fuera su finalidad principal.

Allí, de acuerdo con las Constituciones del Colegio⁵⁷ (que fueron renovadas tras la expulsión de los jesuitas en 1767), se recibirían por colegiales a los hijos mayores de los caciques que como tales habrían de sucederles⁵⁸. Habían de tener diez años cumplidos, y si algún cacique quisiera que ingresara también algún otro hijo suyo podría hacerlo, pero no a consta de la Fundación sino del peculio del mismo cacique. En el Colegio permanecerían hasta la edad del matrimonio o al momento en que hubieren de suceder a sus padres. Aislar (encerrar), pues, a los hijos de sus padres y adoctrinarles para cortar de raíz la idolatría, y sustituirla por la fe de los conquistadores.

En cuanto a la Casa de Santa Cruz del Cercado se trataba de una cárcel para indios hechiceros y de reclusión, en general, para indios, mandada construir expreso por el Virrey (1615-1621), Príncipe de Esquilache, tarea apoyada por el Rey y que constituyó también empeño del obispo Lobo Guerrero. «Ordeneles a los visitadores que prendiesen a todos los dogmatizadores de los indios y que los remitiesen a una reclusión que fabrico en el Cercado, donde estarán ocupados y enseñados, sin comunicación de otros indios porque con esto se atajará la conta-

⁵⁴ Escrita a mediados del siglo XVI por DE BENAVENTE O MOTOLINÍA, y «sacada» nuevamente a la luz por Fray Daniel Sánchez García, Barcelona, 1914, pp. 23 ss.

⁵⁵ Sobre la educación de los hijos de los caciques véase, con carácter general, ALAPERRINE-BOUYER, 2007, en particular sobre el Colegio de Caciques de Lima, pp. 47 ss.

⁵⁶ Otros colegios se fundaron en distintas ciudades como Cuzco, Quito o La Plata, los cuales también se diferenciaban de las antiguas Escuelas de Nobles.

⁵⁷ Archivo Nacional del Perú. Sección temporalidades. Colegios. Legajo 89; del documento proporciona noticia MACERA DALL'ORSO, 1967, pp. 361 ss.

⁵⁸ A tal efecto, el Príncipe de Esquilache envió una carta a todos los gobernadores en la que decía: «Y me deis aviso con brevedad de los hijos que tienen todos los de ese distrito y de los que no tuvieron, me advertais que personas tienen derecho de sucederles en los cacicazgos y de su edad, y si son casados o solteros, y su capacidad y cuales son de temple frío, templado o caliente y de las demas circunstancias que os pareciere convenir para que mejor se acierte, y lo mismo de las segundas personas y de los repartimientos de que su Magestad se terna de vos servido y yo estimare el cuidado que en ello pusieredes [...]» (*Monumenta Peruana*, 574, tomada la referencia de ALAPERRINE-BOUYER, 2007, p. 73).

gión que con su mala doctrina a cundido entre tantos», decía el Príncipe de Esquilache en Carta al Rey de 15 de abril de 1617. Una prisión gestionada por los jesuitas: «En la casa de los hechiceros hay más de ciento cuarenta a los cuales todos los días se les hace doctrina y exhorta a que se manifiesten, con que se ha hecho mucho fruto confesando algunos pecados enormes»⁵⁹.

Vargas Ugarte refiere que en la, concreta, Casa de Santa Cruz, que se comenzó a labrar en 1617, para tres años después los reclusos eran 40, la mayoría «indios ancianos, a quienes se hacía difícil abjurar los errores en que habían vivido»; sin embargo, otros más dóciles «a las enseñanzas que se les daban, se convirtieron y pudieron volver a sus tierras». A todos ellos se les proveyó «de tornos y telares para hilar y tejer», evitando de esa manera que estuvieran ociosos, lo que no ayudaría a su progresión en el sentido que se deseaba.⁶⁰

VII

Como alternativa a las penas tradicionales, y tal y como hemos apuntado⁶¹, «... se utilizó la reclusión en algún hospital o convento de Lima, tales como Santa Ana, Hospital de los Naturales y San Francisco, y a menudo el servicio obligatorio y gratuito en la iglesia, por períodos, a veces muy prolongados. Los casos más graves se castigaron con la reclusión en la Casa de Santa Cruz, en Lima. La cárcel del Cercado de Lima se utilizó mayormente para el encarcelamiento de los hechiceros más connotados. Cada doctrina se ocupaba por lo general de encarcelar a sus acusados, quienes eran explotados por los religiosos para confeccionar ropa y otras cosas para ellos. En algunos casos, tales cárceles se convirtieron en verdaderos obrajes eclesiásticos».

Esas estancias en hospitales o conventos fueron penas «tremendamente modernas», pues con ellas el infractor no sólo sentía el peso de la pena sino que tenía oportunidad con su trabajo de redimirse frente a la sociedad por el mal causado..., el problema consistía en que el «mal causado» era el mantener sus creencias. Pero aceptando la ideología que sustentaba el sistema represivo en las Indias, estaríamos ante unas penas con una mayor carga correccional, y menor puramente represiva, que se cumplían en instituciones sanitarias, educativas, religiosas...que introdujeron una concepción penal que chocaba directamente con la misma concepción de las penas hasta entonces vigentes, pues cuando en el

⁵⁹ «Carta Annuæ de la Provincia del Perú de la Compañía de Jesús», 1621, en Revista de Archivos y Museos Nacionales, 1900, p. 58, cita tomada de CORDERO, 2010, p. 61.

⁶⁰ VARGAS UGARTE, 1963, p. 300.

⁶¹ OSORIO, Historia y Cultura, 1990, p. 162-1.

Derecho castellano se elegían penas alternativas (con cumplimiento con «servicios a la comunidad»), se optaba, en realidad, con penas de muerte diferidas (minas de Almadén, galeras, bombas de arsenales). Esta pena de prestación de servicios no llevaba consigo, necesariamente, también un contenido de pena de reclusión, pues en ocasiones los condenados lo eran a acudir al lugar de realización de las tareas, pero no necesariamente quedaban encerrados en ellos ⁶².

A principios del siglo xvii en la Monarquía Hispánica, pues, se practicaba la reclusión temporal o hasta la corrección del reo (lo que se combinaba, para obtener utilidades y colaborar en la reforma del penado, con el trabajo manufacturero) ⁶³. Este hecho resulta confirmado por los testimonios de los «visitadores de presos» que les prestaban asistencia durante los tiempos de la reclusión ⁶⁴, así como por otros escritores.

La pena de prisión, como pena, ya estaba instaurada en el siglo xvi, lo que sucedía es que esa pena se purgaba en las cárceles –hasta que se instituyeron prisiones ya a principios del siglo xvii–, y por lo tanto en unas condiciones penosas, pues allí convergían los privados cautelarmente de libertad, con los que estaban penando una pena corta (o cortísima) privativa de libertad, junto con los que habían de descontar penas largas. Todo ello, como decimos, en lugar que no reunía las mínimas condiciones de ningún tipo para el cumplimiento de estas últimas sanciones. En este último caso, afortunadamente para los penados, podían contar con asociaciones que se dedicaban a asistir a los encarcelados, a mitigar su sufrimiento. En este sentido la «Cofradía de las Ánimas del Purgatorio en la Cárcel de Lima» ⁶⁵ desarrolló una ejemplar labor. Ciertamente si el encerrado lo estuviera esperando ejecución de pena capital, Felipe II había ordenado en la Pragmática de 27 de marzo de 1569, se le tuviere en el «lugar más decente» (que, en ocasiones, no había).

En este mismo sentido insiste Millones Santa Gadea ⁶⁶ en que en cumplimiento de una disposición del Segundo Concilio Limense (1567), el Virrey

⁶² Véase CORDERO, 2010, pp. 68 ss.

⁶³ Excepcionalmente, también en la metrópoli, se habían contemplado penas largas privativas de libertad «Sin embargo, en el siglo xvii se creó una cárcel de mujeres llamada La Galera –a imitación de la fundada en Madrid en 1608– donde cumplían penas de larga duración –tres años en cierto caso– por delitos como el de adulterio o el de proferir palabras escandalosas» (PLANAS ROSSELLO, Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: Revista d'Estudis Històrics, 1999, pp. 92 ss.); véase también, ROSSELLÓ I VAQUER/BOVER PUJOL, 1996, pp. 35, 157 y 174.

⁶⁴ REBAGLIATI, Revista de Historia de las Prisiones, 2018, pp. 97 ss., especialmente 103 ss.

⁶⁵ MARTÍNEZ SAGREDO/DÍAS ARAYA, Chungará, 2023.

⁶⁶ MILLONES SANTA GADEA, 1973, p. 153. El Taky Onqoy se trató de un caso de mesianismo pero con profundas raíces ideológicas que implicaban un enfrentamiento radical, excluyente, de la cosmovisión aportada por los españoles; véase al respecto MILLONES FIGUEROA, 2020, pp. 7 ss.; MILLONES FIGUEROA, Revista Peruana de Cultura, 1964, *passim*, y MARTÍNEZ DE CODES, 1990, pp. 525, nota 6, 532, nota 23, en general todo el artículo aporta una valiosísima información sobre «idolatrías» y el combate a las mismas arbitrado por la iglesia.

Toledo «organiza «corralones» en cada repartimiento que sirven de presidio; en ellos actuaba como administrador un sacerdote encargado de la conversión de los presos. Mas los convictos por la propagación del movimiento recibieron un trato especial: fueron reclusos en la doctrina de Santiago del Cercado (Lima), bajo la supervisión de los jesuitas⁶⁷. El internamiento era ilimitado, hasta la total catequización de los profetas. El régimen extraordinariamente severo: obligación de labor (hilado) que los mantenía, sermones y prácticas religiosas diarias, misas los días de fiesta; todo esto dirigido por «un español honrado y de confianza». Es evidente: se trataba de un encierro permanente hasta la corrección de los indígenas. Era una prisión indeterminada en su duración con finalidades correccionales. En este sentido apunta Vega Santa Gadea⁶⁸: «...el Perú colonial sería indudablemente, el que implantó primero un régimen correccional celular, aún antes que Inglaterra y Holanda...un régimen fincado en el trabajo diario, la educación religiosa intensiva, la duración indeterminada de la pena y las medidas extremas de vigilancia —«todo en redondo está cercado de un muro y lo cierran de noche con sus puertas—« sólo se dio en los penales correccionales europeos de fines del siglo XVI y, salvando las distancias, en el Perú de la colonia».

Pero también, al lado de esa prisión correccional, existía la prisión perpetua en atención a los actos cometidos. Es lo que se recoge en la Carta Pastoral del arzobispo Pedro Villagómez, en su capítulo 55 («De la Letura y tenor del edicto de idolatría»): «Pero si pasado el dicho término no lo hubierais hecho, os apercibimos, que seréis privados de vuestros oficios, y desterrados de vuestros pueblos por el tiempo que fuere nuestra voluntad, y seréis traídos a la Casa de Santa Cruz del Cercado de la ciudad de Lima, para que allí seáis doctrinados. Y los que fuerais autores, o ministros de las dichas idolatrías, seréis privados de vuestros oficios, y condenados a pena de azotes, y a ser trasquilados, y traídos a la dicha Casa de Santa Cruz del Cercado, para que allí tengáis reclusión perpetua...». León Fernández añade: «El arzobispo Lobo Guerrero, en 1611, presentó al Rey un plan, en la cual los hechiceros detenidos en las provincias debían ser enviados a Lima y reclusos en las iglesias, hospitales o monasterios, para que recibiesen instrucción religiosa adecuada y donde nunca deberían salir, quedando en ellos “como en cárcel perpetua”. Es decir, los hechiceros debían ser encerrados cerca de las iglesias, y poniéndoles en libertad después solo de haber sido amonestados tres veces; aunque los más recalcitrantes podrán ser

⁶⁷ Sobre el curioso origen de este pueblo véase, COBO, 1882, p. 136.

⁶⁸ VEGA SANTA GADEA, DPUCP, 1973, p. 172.

encarcelados de por vida»⁶⁹. A lo que añade De Arriaga: «Los que vienen aquí por tiempo limitado, salen quando se cumple, los demás, quando se entienden que estan escarmentados, emendados, y enseñados. Pero como los mas son tan viejos, que pasan de ochenta años, han muerto»⁷⁰.

Decía De Arriaga que: «Para que se acabe la mala casta de los maestros, y ministros de la Idolatría, o por lo menos no aya tantos: el único remedio, es la reclusión de santa Cruz, que la temen grandemente,... El quedar estos viejos en sus pueblos es el mayor daño, y la principal causa de sus errores. Y ya que no es posible sacallos todos, porque son muchos: con que vengan los principales de cada pueblo, los demás quedan escarmentados. Y es bien q' queden señalados, para ser conocidos, y que los hagan acudir siempre a la dotrina con los muchachos, y que se asienten con ellos en las iglesias, porque assí los vengán a tener en poco el común del pueblo. Y sobre todo importa, que los que reincidieren sean muy bien castigados... Que en suma es, que los Curacas, y Caciques, que dentro de dos días que se leyere el edito, no descubrieren, y manifestaren las Idolatrías de su pueblo, que si ellos son los maestros de ellas, sean privados de sus oficios, y acotados, y trasquilados, y traídos a la casa de santa Cruz...»⁷¹.

No hay duda, pues, en la Colonia la prisión se utilizó como pena correccional y, asimismo, como encierro permanente. Estamos ante un verdadero salto «modernizador» (se pasó de incidir directamente sobre el cuerpo a hacerlo sobre el alma, que diría Foucault) en la política de la sanción penal con el que se rompe el viejo esquema —que los conquistadores llevaron de Castilla— de (salvo excepciones que vimos en el Estado visigodo) muerte (inmediata o, como se ha indicado, diferida en las minas, bombas de los arsenales, etc.), penas corporales (azotes, mutilaciones, etc.) y pecuniarias. Surge una pena distinta: la prisión correccional como ordinaria alternativa, al lado de la prisión (de larga, perpetua, o corta duración) que era concebida como medida de apartamiento y escarmiento. Con esto se vuelve a poner de manifiesto algo que indicamos más atrás: son las finalidades de la dominación las que determinan el método a emplear en su ejercicio, y el elegido resultó el más conveniente para evitar, además, resistencias e insurrecciones por parte de los naturales. Esa metodología se manifestó, además, como la más adecuada porque combinaba sanciones espirituales de diversa gravedad con otras prototípicamente penales: la elección de unas u otras era dejada al albur (arbitrio) del visitador

⁶⁹ LEÓN FERNÁNDEZ, 2013, p. 133.

⁷⁰ OSORIO, 1990, p. 108.

⁷¹ OSORIO, 1990, pp. 73 y 75.

de idolatría, quien las podía proporcionar y seleccionar (imposición conjunta o no) atendiendo a criterios de justicia.

Lo dicho no debe hacer pensar en que la aplicación de la dominación se hiciera con métodos sólo o siempre humanos y a lomos de la persuasión y la dulzura antes que de la violencia. No. La misma aplicación del sistema de «reducciones», en lo que se concretaba la tecnología de la dominación y cuya «necesidad» ya fue vista desde los primeros tiempos de la conquista⁷², en virtud de la cual se obligaba a vivir a los indios en un «pueblo fabricado» (y que era, en realidad, un «método de policía», para concentrar a los indígenas en un espacio dado, evitar su dispersión por las montañas y de esa forma que siguieran, sin control, ejerciendo sus idolatrías, dado que con tanta dispersión era materialmente imposible la predicación⁷³), arrancándoles de su forma de vida y producción, quitándoles todo, en realidad. Estos indígenas, además, que vivían en esas cuadrículas que eran las «reducciones»⁷⁴ habían de entregar gratuitamente parte de su fuerza de trabajo⁷⁵. Así, la destrucción de los referentes culturales y antropológicos de los indios, la violencia de los procedimientos de las «visitas de idolatrías» (por más que no alcanzaran el máximo inquisitorial), etc., prueban lo vehementemente de la dominación. Pero es lo cierto que primó también un cierto sentido tuitivo de los indígenas (no de su cultura, que sólo se respetó en tanto fuera compatible, lo que permitió un cierto sincretismo).

Las diferentes penas de reclusión fueron posibles por la capacidad del Estado para imponer su dominio sobre el territorio, y la paralela construcción de las infraestructuras materiales precisas para llevar a cabo las tareas de corrección y apartamiento (en pos de evitar contagios de idolatrías) que se perse-

⁷² Carta de los Padres Gerónimos de Santo Domingo, 1864, I, pp. 300 ss.: «..., acordamos que toda esta gente, caciques e otros indios, se redujese e pusiese en pueblos que fuesen de hasta cuatrocientas o quinientas personas cada uno, contando viejos e niños, e que allí se hiciesen sus haciendas e tuviesen algunos ganados».

⁷³ Esta idea la expresó con una gran claridad el obispo de Santiago de Chile, Diego de Medellín, en Carta a Felipe II, en 18 de febrero de 1585, en LIZANA, 1919, pp. 24 ss.

⁷⁴ El urbanismo como disciplina, aunque oficialmente se dice que nació en el siglo XIX, ya tuvo concreciones normativas desde el principio de la Colonia. Así, Fernando el Católico ya proporcionó instrucciones a Pedrarias Dávila, fundador de la ciudad de Panamá, señalando que debía seguirse una traza ordenada. Posteriormente, Carlos I señaló a Hernán Cortés las características de cómo debían ser las calles y qué edificios habían de figurar. Más tarde, en las Ordenanzas de descubrimiento, nueva población y pacificación de las Indias, dictadas por Felipe II en 13 de julio de 1573, en ellas se precisa qué lugares se consideraban idóneos para radicar en ellos las nuevas ciudades, las exigencias de suministros, las comunicaciones, distribución de los suelos, morfología de las ciudades, trazados, elección de los habitantes, y un largo etcétera. Ordenanzas que se basaron en lo que se había llevado a cabo hasta ese momento, y que sufrieron, en cuanto al modelo, modificaciones varias causadas por todo tipo de circunstancias (desde defensivas hasta provocadas por el clima y, naturalmente también, determinadas por el cambio de gustos y estéticas). La bibliografía al respecto es inabarcable, pero véase por todas SANZ CAMAÑES, 2004, *passim*.

⁷⁵ Véase, MATIENZO, 1910, p. 61.

guían. Junto a ello una política, como se ha apuntado, más a largo plazo y con la que se pretendía cortar la herencia de la idolatría: el «encierro administrativo» de los hijos de los caciques para educarlos (Colegio de Santiago) en la «fe de los conquistadores», en sus claves culturales y en su lengua.

Indicar, finalmente que, como señala Cordero Fernández,⁷⁶ «con el solo objetivo de lograr que las finalidades de la pena se cumpliesen, era indispensable la publicidad de la misma. Para ello, era fundamental la realización del auto de fe, acto público por excelencia que daba a conocer a todos los miembros de un pueblo de los delitos de sus integrantes y las respectivas sanciones que se aplicarían. A ello se sumaba el pregonero, quien recorriendo las principales calles y plazas del pueblo, gritaba a viva voz que “fulano de tal” “manifestaba” el delito merecedor de aquel castigo». En efecto, las penas «secretas» pueden servir para aniquilar al enemigo político, pero no para «ordenar la sociedad», ni siquiera para imponer el terror... a no ser que el terror consintiera precisamente en eso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, José: Obras del Padre José de Acosta, Madrid, 1954.
- De procuranda Indorum salute, Madrid, 1987.
- Historia natural y moral de las indias, Madrid, 2008.
- ALAPERREINE-BOUYER, Monique: La educación de las élites indígenas en el Perú colonial, Lima, 2007.
- DE ALBORNOZ, Cristóbal: *Instrucción para descubrir todas las guacas del Pirú y sus camayos y haciendas*, en Fábulas y mitos de los incas, (Historia 16), Madrid, 1989.
- ARANÍBAR, Carlos: *Notas sobre la necropompa entre los Incas*, Revista del Museo Nacional, tomo XXXVI, Lima, 1969-1970.
- BORGES MORÁN, Pedro: Métodos Misionales en la Cristianización de América. Siglo XVI, Madrid, 1960.
- BOURDIEU, Pierre: *Génesis y estructura del campo religioso* en Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad, núm. 108, 2006, pp. 29-83.
- BRAVO, Katty: Brujas y diablos en el corregimiento de Yauyos (1660), Quito, 2020.
- Carta de los Padres Gerónimos de Santo Domingo, de 18 de enero de 1518, en CDIA (Colección de Documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las posesiones españolas de América y Oceanía, sacados, en su mayor parte, del Real Archivo de Indias, Madrid, 1864), I.

⁷⁶ CORDERO FERNÁNDEZ, 2010.

- Carta del Obispo de Santiago de Chile, Diego de Medellín a Felipe II, en 18 de febrero de 1585, en Colección de documentos históricos recopilados del archivo arzobispal de Santiago, I. Cartas de los obispos al rey 1564-1814, Santiago de Chile, 1919.
- Carta pastoral de exortacion e instrvccion contra las idolatrias de los indios del Arzobispado de Lima. Por el Illvsstrisimo Señor Doctor Don Pedro de Villagomez, Arzobispo de Lima a sus visitadores de las idolatrías, y a sus vicarios y cvras de las Doctrinas de Indios, Lima, 1649.
- CHUCHIAK IV, John F.: *El regreso de los autos de fe: Fray Diego de Landa y la extirpación de idolatrías en Yucatán, 1573-1579*, en Península, núm. 0, 2001, pp. 29-47.
- CIEZA DE LEÓN, Pedro: *La Crónica del Perú*, Madrid, 1922.
- COBO, Bernabé: *Historia de la Fundación de Lima*, Lima, 1882.
- CORDERO FERNÁNDEZ, Macarena: *Las penas y los castigos para la idolatría aplicados en la visita de idolatría en Lima durante el siglo xvii*, en Revista de Estudios Históricos-jurídicos, XXXII, 2010, pp. 351-379.
- «Rol de la Compañía de Jesús en las visitas de idolatrías: Lima, siglo xvii», Anuario de historia de la Iglesia, núm. 21, 2012, pp. 361-386.
- CRESPO VARGAS, Pablo L.: *La Inquisición Española y las supersticiones en el Caribe hispano a principios del siglo xvii: Un Recuento de creencias según las relaciones de fe del Tribunal de Cartagena de Indias*, Bloomington, 2011.
- DAMMERT BELLIDO MONS, José Antonio: *La legislación indigenista del Arzobispo Leyza*, Revista Teológica Limense, núm. 2, 1976.
- DE BENAVENTE O MOTOLINÍA, Toribio: *Historia de los indios de la Nueva España*, Escrita a mediados del siglo xvi, y «sacada» nuevamente a la luz por Fray Daniel Sánchez García, Barcelona, 1914.
- DE LA HERA, Alberto: *El Regio Patronato Indiano en su Iglesia y Corona en la América Española*, Madrid, 1992.
- «La doctrina del vicariato regio en Indias», en Orbis incognitvs. Avisos y legajos del Nuevo Mundo: homenaje al profesor Luis Navarro García, vol. 1, Huelva, 2007.
- DE LUCA, Candela *Wakas e idolatrías, castigos y milagros. La función del culto en la organización temprana del espacio de charcas*, en *Por la salvación eterna de los naturales*. El rol de la Iglesia en la sujeción de los grupos indígenas entre 1550-1630, Buenos Aires, 2011.
- DE TORRES BUSTOS, Francisco Javier: *Inquisición y mesianismo en la declaración de apocalipsi de Fray Francisco de la Cruz: génesis de una utopía andinoamericana en el Perú virreinal del siglo xvi*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2017.
- DE ENCINAS, Diego: *Cedulario Indiano, Libro Primero*, Madrid, reproducción facsímil de la de 1596, 1.ª ed., 2018.

- DUVIOIS, Pierre: La destrucción de las religiones andinas (durante la Conquista y la Colonia), trad. Albor Maruenda, México, 1977.
- Cultura andina y represión. Procesos y visitas de idolatrías y hechicerías. Cajatambo, siglo XVI, Cuzco 1986.
- ESTENSSORO FUCHS, Juan Carlos: Del paganismo a la santidad. La incorporación de los indios del Perú al catolicismo. 1532-1750 (trad. Gabriela Ramos), Lima, 2003.
- DE LAS CASAS, Fray Bartolomé: Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión, México, 1975.
- GARCÍA-MOLINA RIQUELME, Antonio M.: La familia Carvajal y la Inquisición de México, México, 2021.
- GAREIS, Iris: *Extirpación de idolatrías e inquisición en el Virreinato del Perú*, Boletín del Instituto Riva-Agüero (Pontificia Universidad Católica del Perú), núm. 16, 1989.
- IBAN, Iván C.: Obras completas, volumen I, Granada, 2000.
- LALINDE ABADLA, Jesús: *La pena en la Península Ibérica hasta el siglo XVII*, en La peine, vol. LVI de los Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions. Segunda Parte. Bruxelles, 1980.
- LEÓN FERNÁNDEZ, Dino: *Un proceso de extirpación de idolatrías en el curato de Santiago de Arija, doctrina de Huaylas, 1672*, en Investigaciones Sociales, núm. 31, 2013.
- LEVAGGI, Abelardo: Historia del Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1978.
- LEVILLIER, Roberto: Don Francisco de Toledo supremo organizador del Perú. Su vida, su obra (1515-1582). Años de andanzas y de guerra (1515-1572), vol. I, Madrid 1935.
- MACERA DALL'ORSO, Pablo: *Noticias sobre la enseñanza elemental en el Perú durante el siglo XVIII*, en Revista Histórica, tomo XXIX, 1967.
- MARTINENA, Ricardo: La Ruta de los Cátaros Viaje al País de los Cátaros (siglos XII-XIV), Universidad del País Vasco, 2016.
- MARTÍNEZ DE CODES, Rosa María: *La reglamentación sobre idolatría en la legislación conciliar limeña del siglo XVI*, en Evangelización y teología en América (siglo XVI): X Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra, vol. 1, Pamplona, 1990.
- MARTÍNEZ SAGREDO, Paula/DÍAS ARAYA, Alberto: *Cofradía de las ánimas del purgatorio en la cárcel de Lima*, en Chungará (Arica), vol. 55, núm. 1, 2023.
- La Cofradía de las Ánimas del Purgatorio en la Cárcel de Lima (siglo XVI), Chungará (Arica), vol. 55, núm. 1, 2023 (versión *on line* sin paginar).
- DE MATIENZO, Juan: Gobierno del Perú, Buenos Aires, 1910.
- MILLONES FIGUEROA, Luis: *Una nueva mirada al mesianismo andino*, en Alteritas. Revista de Estudios Socioculturales Andino Amazónicos, núm. 10, 2020.
- *Un movimiento nativista del siglo XVI: el Taky Ongoy*, en Revista Peruana de Cultura, núm. 3, 1964.

- *Una nueva mirada al mesianismo andino*, en Alteritas. Revista de Estudios Socioculturales Andino Amazónicos, núm. 10, 2020.
- MILLONES, Santa Gadea: *Nuevos aspectos del Taky Onqoy*, en Ideología mesiánica del mundo andino: antología, Lima, 1973.
- MILLONES FIGUEROA, Luis/MAYER, Renata: *Funerales, muerte y el más allá en la historia del Perú*, Santiago de Chile, 2021.
- OSORIO, Alonso: *Una interpretación sobre la extirpación de idolatrías en el Perú Otusco, Cajatambo, siglo XVII*, Historia y Cultura, núm. 20, 1990.
- PANTOJA VALLEJO, José Luis: *Algunos aspectos del Proceso Inquisitorial del Loperano fray Francisco de la Cruz García Chiquero quemado en la hoguera en Lima en el año 1578*, (blog).
- PLANAS ROSSELLO, Antonio: *Las penas en el Derecho histórico de Mallorca*, Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: Revista d'Estudis Històrics, núm. 55, 1999.
- RAMOS, Gabriela: *Funerales de autoridades indígenas en el virreinato peruano*, Revista de Indias, 2005, vol. LXV, núm. 234.
- REBAGLIATI, Lucas: *La cárcel del cabildo de Buenos Aires y sus fuentes: aproximaciones, problemas y potencialidades (1776-1821)*, Revista de Historia de las Prisiones, núm. 6, 2018.
- RIVARA DE TUESTA, M.^a Luisa: *José de Acosta (1540-1600), humanista y científico*, Revista de Estudios Latinoamericanos, núm. 42, 2006.
- RODRÍGUEZ MOLAS, Ricardo: *Los sometidos de la Conquista: Argentina, Bolivia, Paraguay*, Buenos Aires, 1985, p. 184.
- ROJAS DONAT, Luis: *Para una historia del derecho canónico-político medieval: la donación de Constantino*, en Revista de Estudios Histórico Jurídicos, núm. 26, 2004.
- ROSSELLÓ I VAQUER, Ramón/BOVER PUJOL, Jaume: *El sexe a Mallorca 3*, Palma de Mallorca, 1996.
- DE SAHAGÚN, Bernardino: *Historia General de las Cosas de Nueva España*, tomo III, México, 1938.
- SANZ CAMAÑES, Porfirio: *La ciudad en la América hispana: siglos XV al XVIII*, Madrid, 2004.
- SESMA MUÑOZ, José Ángel: *Violencia institucionalizada: el establecimiento de la Inquisición por los Reyes Católicos en la Corona de Aragón*, Aragón en la Edad Media, núm. 8, 1989, p. 665.
- TEJA CASUSO, Ramón: *Iglesia y poder: el mito de Constantino y el papado romano*, Revista electrónica: Actas y Comunicaciones, vol. 2, 2006.
- VARGAS UGARTE, Rubén: *Historia de la iglesia en el Perú (1511-1568)*, tomo I, Lima, 1953.
- *Historia de la Iglesia en el Perú. Tomo III (1640-1699)*, Burgos, 1960.
- *Historia de la Compañía de Jesús en el Perú*, vol. I, Burgos, 1963.
- VÁZQUEZ, Francisco: *Crónica de la Provincia del Santísimo Nombre de Jesús de Guatemala, de la Orden de Nuestro Seráfico Padre San Francisco, en el Reino de la Nueva España*, tomo primero, 2.^a ed., Guatemala, 1938.

- VEGA SANTA GADEA, Fernando: *La evolución de la pena privativa de la libertad en el Perú. Consideraciones Generales acerca de la Punición Incaica, La Cárcel en la Colonia y la Administración Penitenciaria durante La República*, Derecho PUCP, núm. 31, 1973.
- WECKMANN, Luis: *Las bulas alejandrinas de 1493 y la teoría política del papado medieval. Estudio de la supremacía papal sobre islas, 1091-1493*, México, 1949.
- ZINNI, Mariana C.: *La Inquisición no conoce de nosotros los indios. Fiesta y escándalo en el Corpus Christi*, Revista de Indias, 2021, núm. 282.

2. ¿HACIA DÓNDE DERIVA NUESTRO SISTEMA PENITENCIARIO?

RAQUEL BENITO LÓPEZ
Profesora de Derecho Penal de la UAM
Doctora en Derecho y abogada

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Nuestra actual Legislación penitenciaria¹ se caracterizó en sus inicios, finales de los 70 y en plena transición democrática, por ser un «respiro» necesario para el «cambio» del sistema penitenciario. De un lado, la implementación de permisos de salida, el régimen abierto, programas tratamentales encaminados a la reeducación y reinserción por «imperativo constitucional» (art. 25.2 CE)² y de otro, la creación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para «velar por los derechos de las personas presas», algo a lo que tradicionalmente no estábamos acostumbrados. Dichas «novedades» sirvieron para apaciguar en gran medida la conflictividad de las cárceles del momento y mejorar las condiciones de salubridad e higiene, nada más y nada menos.

¹ Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 septiembre de 1979 publicada en el *BOE* núm. 239, de 5/10/1979.

² Pero el Tribunal Constitucional –TC– ha hecho «perder toda esperanza» a «amparar constitucionalmente» la loable finalidad de la reeducación y reinserción degradándola de derecho fundamental a simple mandato orientador. En este sentido la STC 2/1987 de 21 de enero, FJ 3; STC 75/1998, de 31 de marzo, FJ 2; STC 194/2002, de 28 de octubre, FJ 9; STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, entre otras. Véase en concreto la STC 299/2005, de 21 de noviembre, en su FJ 2 [*BOE-T-2005-20967*]: «[...] el artículo 25.2 CE, en cuanto alude a la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, no contiene un derecho subjetivo, ni menos aún un derecho fundamental, susceptible de protección en vía de amparo».

Sin embargo, el paso del tiempo ha puesto de manifiesto las carencias de este prometedor sistema penitenciario denominado «sistema de individualización científica»³ en el que desde un marco teórico deben primar las circunstancias individualizadas de cada persona presa condenada para poner en práctica instituciones jurídicas cuya finalidad es la reeducación y reinserción, como son, entre otros, los ya referidos: permisos de salida, régimen abierto o la libertad condicional, pero la realidad es otra, la utilización de manera cuasi-automática de «variables de riesgo estereotipadas» de «dudosa base científica»⁴ para valorar la concesión o no de dichas medidas encaminadas a facilitar la reeducación y reinserción, nos hace cuestionarnos hacia donde deriva el sistema penitenciario español.

II. LOS MÉTODOS DE PREDICCIÓN DEL RIESGO «VERSUS» SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

En la década de los 90 la Comisión de Servicios Forense-Psiquiátricos del British Columbia (Canadá) elaboró una guía para predecir comportamientos violentos denominada «Historial Clinical Risk» –HCR20⁵–, lo que sirvió de base para la creación en España en 1996 de la Tabla de Variables de Riesgo –TVR⁶– y a partir de 2009 en Cataluña se estableció el método del riesgo del cambio –RISCANVI⁷–.

Dichas «variables de riesgo» fueron validadas, depuradas y unificadas en un trabajo que encargó la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a la Facultad de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid, en dicho trabajo se contrastó la incidencia estadística de las variables depuradas en cuanto al riesgo, y de esta manera, se crearon los instrumentos de predicción de riesgo que se utilizan actualmente⁸ para valorar el «riesgo de quebrantamiento» en la concesión de instituciones penitenciarias tales como los permi-

³ Arts. 72 ss. LOGP

⁴ MARTÍNEZ GARAY y GARCÍA ORTIZ, *El Cronista*, 2022, pp. 160-173. MARTÍNEZ GARAY, REIC, 2016, pp.1-31.

⁵ WEBSTER, DOUGLAS, EAVES y HART, 2005. Actualmente el HCR-20 comprende 20 ítems que están relacionados con factores actuariales (análisis estadísticos de datos acumulados) y clínicos, todos ellos con una probabilidad relacionada con los comportamientos violentos.

⁶ Creadas inicialmente por la Instrucción 22/1996 DGIP, de 16 de diciembre, y sustituida por la Instrucción 1/2012 SGIP en la que se establece la realización de un estudio social del medio familiar y del entorno del condenado, al que se le aplican la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) y la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (TCCP).

⁷ Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña: <https://repositori.justicia.gencat.cat/bitstream/handle/20.500.14226/772/resum-riscanvi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁸ AA. VV., 1995.

sos de salida⁹, e incluso para valorar la progresión a un tercer grado de tratamiento en régimen abierto¹⁰.

Diversos autores¹¹, a los que me sumo, han puesto de manifiesto sus críticas a la utilización de estos instrumentos. Dichas TVR se elaboraron en 1996 a partir de ciertos datos estadísticos, pero desde entonces no han sido actualizados, y es dudosa la eficacia que tienen realmente de predecir los riesgos de no retorno o quebrantamiento de condena. Si bien en el momento de su creación pudieron suponer un avance novedoso, en cuanto a intentar objetivar las causas de denegación de los permisos de salida o la progresión a tercer grado para cumplir en régimen abierto, sin embargo, dichas tablas no han evolucionado ni se han revisado. No existen estudios empíricos que puedan demostrar la eficacia real de estas tablas, además, hay que tener en cuenta que en el estudio de depuración de variables un 69,5% de las predicciones fueron correctas, resultando por lo tanto en un 30,5% de casos incorrectos¹².

Sin duda alguna para valorar una progresión de grado o la concesión de un permiso de salida, donde, de un lado, está en juego la libertad de una persona y, de otro, la seguridad de la sociedad, lo que habría que tener presente es el «Programa de Intervención Tratamental» –PIT– y ponderar la evolución que tiene la persona presa en dicho programa: que carencias se han detectado tras un adecuado estudio, que objetivos se han planteado a trabajar y que medios se ponen en práctica para alcanzarlos. Tal vez, ante la falta de un PIT debidamente elaborado unido a la escasez de medios materiales y humanos para ponerlos en práctica, amén de una falta de voluntad política para invertir en estos menesteres, porque no da réditos electorales, en su lugar se utiliza la referida TVR para «camuflar las carencias del sistema» lo que repercute de manera negativa en la reeducación y reinserción de las personas condenadas y por ende en la seguridad ciudadana. Nada nuevo para los que nos dedicamos al oficio de abogar por el respeto de los derechos fundamentales en los lugares más «en sombra», como son las cárceles y observamos como sistemáticamente se transgreden las garantías constitucionales para proceder a la restricción de dichos derechos, con el beneplácito de nuestro Tribunal Constitucional –TC–¹³. Tal vez, porque los

⁹ Regulados en los artículos 47-48 LOGP y artículos 154 ss. RP.

¹⁰ Regulado en los artículos 63 y 72.5.6 LOGP y 102.4 RP.

¹¹ Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, CPC, 2016, pp. 239-270; LACAL CUENCA y SOLAR CALVO, DLL, 2025, entre otros.

¹² FÉREZ MANGAS y ANDRÉS PUEYO, LLP, 2018.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero (*BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1987*). Según la cual, basándose en la trasnochada teoría de las relaciones de especial sujeción considera que «no hay vulneración del artículo 25.1 CE por el hecho de que las infracciones y sanciones en el ámbito penitenciario sólo tengan cobertura reglamentaria y no legal».

Ver críticas y análisis más detallado: BENITO LÓPEZ, RJUAM, 2007, pp. 57-90; BENITO LÓPEZ, 2006, pp. 91-122.

«muros» de las cárceles son todavía «demasiado altos y demasiado gruesos» para que el Estado de Derecho entre en plenitud.

Ante esta situación, parece que lo más cómo para la Administración es «denegar» sin «motivar» de manera «individualizada», en base a unos criterios estereotipados no reconocidos por el legislador y carentes de un juicio de proporcionalidad, en contra de lo que exige nuestro sistema de individualización científica¹⁴ y nuestra propia Constitución Española –art. 24.2 CE–.

Profundizando en la referida Tabla de Variables de Riesgo –TVR– ésta incluye las diez variables más relevantes, que son puntuadas con un porcentaje. Las variables relacionadas con la persona incluyen la condición de extranjero y la existencia de drogodependencia. En cuanto a la actividad delictiva, se consideran la profesionalidad y la reincidencia. Respecto a la conducta penitenciaria, se evalúan aspectos como el quebrantamiento, la aplicación del régimen cerrado conforme al artículo 10 de la LOGP¹⁵ y la falta de disfrute de permisos, entre otros factores. Finalmente, en relación con el permiso, se tienen en cuenta la dificultad para la convivencia, la distancia y las presiones internas.

Posteriormente, la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (TCCP) analiza si el resultado de la TVR supera el 65%, si el interno ha sido condenado por delitos contra las personas o contra la libertad sexual, y si existe pertenencia a una organización delictiva, como una banda armada o internacional. También se valora la trascendencia social del hecho, considerando si hubo ensañamiento, múltiples víctimas, menores o personas especialmente vulnerables; que falten más de cinco años para alcanzar las tres cuartas partes de la condena; y, por último, la presencia de un trastorno psicológico con pronóstico muy negativo o sin apoyo externo¹⁶

Sin duda alguna las críticas hacia algunas de estas variables son evidentes dentro de un sistema penitenciario que presume de individualización científica. En primer lugar, puede sostenerse que la variable relativa a la extranjería resulta discriminatoria, dado que ni la LOGP ni el RP 1996 contemplan este aspecto

¹⁴ Nuestra legislación penitenciaria artículos 72 ss. LOGP –siguiendo los modelos más avanzados estableció un sistema de cumplimiento denominado de «individualización científica» lo que supone personalizar el cumplimiento, de una forma flexible a las circunstancias concretas del penado con el objetivo de alcanzar el fin prioritario de la pena privativa de libertad, la reinserción social, mediante la puesta en práctica de las instituciones jurídicas penitenciarias prevista para ello: permisos de salida, régimen abierto, libertad condicional...

¹⁵ El artículo 10 LOGP establece los criterios de «peligrosidad extrema» e «inadaptados al régimen ordinario» para clasificar a un condenado en primer grado con aplicación del régimen cerrado. No exento de críticas por la ambigüedad y poca concreción de dichos criterios, llegándose a calificar como conceptos jurídicos indeterminados, con base a los cuales se pueden ver restringidos derechos fundamentales sin las garantías constitucionales previstas al efecto.

¹⁶ Ambas tablas fueron publicadas como Anexos de la Circular de Instrucción 22/1996 DGIP, de 16 de diciembre. VEGA ALOCÉN, 2005, pp. 255-260.

como un elemento negativo para la concesión de permisos. Sin embargo, las variables aplicadas por motivos estadísticos sí lo consideran un factor que incrementa el riesgo, lo que plantea dudas sobre su compatibilidad con el principio de igualdad. Por otro lado, la distancia del lugar de residencia no depende de la voluntad del interno durante el cumplimiento de la pena y no parece tener relación directa con el tratamiento penitenciario. Asimismo, la variable que alude a la ausencia de permisos resulta algo contradictoria, ya que no depende del recluso, sino de la decisión de la Administración para otorgarlos. En cuanto a la TCCP, el criterio basado en el tiempo restante para alcanzar las tres cuartas partes de la condena plantea problemas interpretativos, pues la normativa establece como requisito específico haber cumplido una cuarta parte, de modo que la exigencia de las tres cuartas partes carece de sustento legal¹⁷.

Además, tal y como señalaba Martínez Escamilla¹⁸, negar el disfrute de un permiso por la lejanía del cumplimiento de la condena no se ajusta a la finalidad de los mismos, que es precisamente favorecer la resocialización del interno y prepararlo para su reintegración en libertad. Esta práctica provoca que quienes cumplen penas muy largas tengan más limitadas las oportunidades de acceder a permisos, cuando son justamente quienes más los necesitan para reforzar su proceso de reinserción.

En cuanto a la drogodependencia, si bien puede constituir un factor de riesgo, no debe considerarse de forma automática. Resulta razonable denegar el permiso cuando la adicción fue determinante en la comisión del delito o cuando el disfrute del permiso pueda interferir en el programa de deshabitación, pero esto no ocurre en todos los casos. Además, conviene recordar que el tratamiento penitenciario no persigue modificar la personalidad ni la conducta del individuo; por ello, si el consumo de drogas no está prohibido ni guarda relación con los delitos cometidos, no parece adecuado que la Administración condicione la concesión del permiso a una corrección moral del consumo¹⁹.

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que la motivación de estas respuestas es un requisito esencial, ya que constituye una garantía elemental para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial y permitir la interposición de los recursos correspondientes. Aunque el Alto Tribunal no considera que la denegación de un permiso de salida implique una restricción de la libertad en sentido estricto, sí reconoce que incide directamente en el «valor libertad», ya que condiciona la forma en que se ejecuta dicha restricción.

¹⁷ RACIONERO CARMONA, 1999, pp. 212-213.

¹⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2002, pp. 55-58.

¹⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2002, pp. 55-58.

La motivación no requiere un análisis exhaustivo y detallado de todos los aspectos, pero sí debe ser suficiente para que la persona presa comprenda las razones de la denegación y pueda impugnar la decisión, ejerciendo su defensa con las garantías necesarias. Así lo afirma la STC 112/1996 de 24 de junio FFJ 4 y 5 (BOE núm. 182, de 29 de julio de 1996)²⁰:

[...] «Pues bien, ninguna duda hay sobre la insuficiente motivación de la Resolución administrativa y los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. La Juez de Vigilancia Penitenciaria desestima la queja planteada por el interno con base en que “si bien el interno cumple el requisito de haber cumplido la 1/4 parte de la condena y estar clasificado en segundo grado de tratamiento como establece el artículo 254.2.º del Reglamento Penitenciario, no concurren las demás circunstancias que dicho precepto exige para la concesión del permiso de salida solicitado”. Esta argumentación se hace apoyándose en un estereotipado informe del Equipo de Observación y Tratamiento que se extiende en un modelo que enumera todas las variables posibles de riesgo de cualquier interno, en el que únicamente aparece una marca sobre el apartado “larga condena” y una frase que señala que, sin embargo, el interno sí tiene arraigo en España. No cabe decir, desde la perspectiva de los artículos 17, 24.1 y 25.2 de la C. E., que sea una motivación suficiente, por cuanto, como se ha expuesto, el artículo 47 de la LOGP sólo exige como requisitos para poder acceder a permisos ordinarios de salida los que el recurrente reúne (estar clasificado en segundo o tercer grado, tener cumplida la 1/4 parte de la condena y no tener mala conducta) por lo que resulta imposible deducir qué otros requisitos exigidos legal y reglamentariamente son los que no cumple el penado. Tampoco el aporta el Auto de 8 de septiembre de 1993 por el que el Juzgado desestima el recurso de reforma ya que no hace sino ratificar los razonamientos anteriores sin aportar ningún otro.»

Por lo tanto, resulta claro que, aunque los actos de la Junta de Tratamiento no tienen que implicar una motivación exhaustiva, sí que tienen que tener una motivación suficiente. El problema radica en que esta motivación no se aplica de forma efectiva en la práctica. Los acuerdos sobre permisos suelen presentarse en formularios ya predefinidos, con motivos generales que no se adaptan al caso concreto, aunque existe la posibilidad de añadir razones adicionales manualmente. Sin embargo, lo que ocurre habitualmente es que la decisión se automatiza: se seleccionan una o varias causas en el impreso, pero no se ofrece una justificación específica. Esto se agrava cuando los motivos de

²⁰ Por su parte la STC 24/2005, de 14 de febrero publicada *BOE* núm. 69, de 22 de marzo de 2005, admitió una vulneración parcial del derecho a la tutela judicial efectiva: «denegación de permiso de salida a un recluso que está razonada y no está desconectada de los fines de la institución, pero que no razona el cambio de decisión respecto a ocasiones anteriores».

denegación se basan en requisitos subjetivos, que deberían valorar si existe o no un riesgo real²¹.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vacilante en esta materia, también hay resoluciones como la STC 115/2003, de 16 de junio (BOE núm. 170 de 17 de junio de 2003), en la que se deniega el amparo al considerar que no hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La carencia de garantías suficientes –apreciada por el equipo técnico de la prisión habida cuenta la personalidad del solicitante– y la lejanía de la fecha de cumplimiento de la condena constituyen motivación suficiente para denegar un permiso ordinario²².

Por lo tanto, observamos como nuestro Alto Tribunal no ha terminado de zanjar esta cuestión dejando la puerta abierta a las restricciones de derechos, en este caso a la tutela judicial efectiva, sin una adecuada motivación.

III. Y DÓNDE QUEDA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

A todo lo expuesto debemos añadir una controversia más, el respeto de estos métodos de predicción del riesgo a la normativa sobre protección de datos personales²³.

La utilización de los referidos métodos como la TVR supone la creación de perfiles específicos de las personas presas, esto puede contravenir lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos y en concreto la Ley Orgánica 7/2021 sobre protección de datos en el ámbito penal y penitenciario²⁴. Dicha normativa establece las garantías para llevar a cabo el tratamiento automatizado de datos personales de cara a realizar evaluaciones sobre aspectos personales, así como el derecho a no ser objeto de resoluciones con conse-

²¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2002, pp. 53-55.

²² En el mismo sentido: SSTC 81/1997, (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1997), STC 204/1999) BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 1999) [FJ 5] o la STC 109/2000, de 5 de mayo, (BOE núm. 136 de 7 de junio de 2000) en las que se deniega el amparo, al considerar que constituye motivación suficiente, desde la perspectiva constitucional, la denegación de permiso ordinario por la lejanía de la fecha en la que pudiera disfrutarse de la libertad condicional y ello porque el permiso tiene como finalidad la de la preparación de la vida en libertad.

²³ Ley Orgánica 3/2018 de 5 diciembre, de protección de datos personales y de los derechos digitales, publicada en el BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018 y Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

²⁴ Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales, tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales, y de ejecución de sanciones penales, publicada en el BOE núm. 196 de 27 de mayo de 2021.

cuencias jurídicas basadas solamente en el tratamiento automatizado de los datos –arts. 22 RPD²⁵ y artículo 14 LO 7/2021²⁶–.

En el caso concreto de la TVR o del RisCanvi las variables utilizadas representan la fundamentación principal de las resoluciones sobre la denegación de permisos, progresiones de grado o libertad condicional, lo que hace cuestionarse la individualización al caso concreto y con ello el respeto a los derechos de las personas presas.

Debemos además tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial)²⁷ según el cual se definen a los modelos predictivos en el ámbito penal y en concreto en el penitenciario como «de alto riesgo» para el respeto a las garantías y derechos de las personas presas, si no operan con las «transparencia y calidad necesarios». Por su parte, la Recomendación CM/Rec (2024) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros relacionada con aspectos éticos y organizativos del uso de la inteligencia artificial relativos a las tecnologías en los servicios de prisiones y de libertad provisional «ha pedido a los gobiernos que garanticen que los servicios penitenciarios y de libertad condicional utilicen las tecnologías de forma legítima y proporcionada, y sólo si éstas contribuyen a la rehabilitación de los condenados. Las tecnologías no deben sustituir al personal penitenciario y de libertad condicional en el trabajo diario ni en la interacción con los condenados, sino más bien asistirlo en esa labor y ayudar al sistema penal, especialmente en la ejecución de sanciones y medidas penales, potenciando la rehabilitación y la resocialización de las personas con problemas legales, reduciendo

²⁵ Según el artículo 22 Reglamento (ue) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: «*Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar*».

²⁶ Y en concordancia el artículo 14 LO 7/2021 dispone que: «Están prohibidas las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos negativos para el interesado o que le afecten significativamente, salvo que se autorice expresamente por una norma con rango de ley o por el Derecho de la Unión Europea. La norma habilitante del tratamiento deberá establecer las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades del interesado, incluyendo el derecho a obtener la intervención humana en el proceso de revisión de la decisión adoptada».

²⁷ Publicada en: BOE.es – DOUE-L-2024-81079 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

la reincidencia»²⁸, garantías que no se aprecian con la aplicación automática de los referidos mecanismos de predicción del riesgo²⁹.

IV. CONCLUSIONES

La utilización de métodos como la Tabla de Variables del Riesgo u otros para fundamentar la concesión o no de instituciones penitenciarias (permisos, régimen abierto, libertad condicional...) encaminadas a la integración social de las personas condenas a prisión, ha derivado en una peligrosa pendiente resbaladiza agravada con la llegada de la Inteligencia Artificial³⁰ –IA–, que pueden hacer quebrar nuestro sistema penitenciario de individualización científica, amén de la quiebra de las garantías del Estado de Derecho durante la ejecución penitenciaria y convertir en «voz populi» los derechos de las personas presas.

Las críticas realizadas a estos métodos de predicción del riesgo se agudizan con la posibilidad de incluir algoritmos «sesgados» y «erróneos» provenientes de la Inteligencia Artificial que «predeterminan» la conducta de una persona sin tener en cuenta que el ser humano puede cambiar si es capacitado. De ahí la imperante necesidad de que se elaboren de manera adecuada y con los medios humanos y materiales necesarios los denominados «Programas de Intervención Tratamental» sobre los que realmente valorar si una persona condenada ha superado los «condicionamientos» que le llevaron a delinquir y si se encuentra preparada para asumir la vida en libertad, respetando la ley, a los demás y a ella misma, de cara alcanzar la reeducación y reinserción, tal y como proclama nuestra Constitución.

«el ser humano trasciende a una ecuación matemática porque tiene la capacidad de cambiar: si se le motiva, se le capacita y se le da la oportunidad de hacerlo...»

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Validación y depuración de la Tabla de Variables de Riesgo en el disfrute de Permisos Penitenciarios de Salida*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias y Facultad de Psicología de la U.C.M., Madrid, 1995.

²⁸ En: <https://www.coe.int/es/web/portal/-/ai-in-prisons-and-probation-new-council-of-europe-recommendation-aims-to-ensure-respect-for-human-rights-and-dignity>.

²⁹ LACAL CUENCA y SOLAR CALVO, DLL, 2025.

³⁰ VICENTE y MATUTE, 2023, plantean como las recomendaciones de la IA pueden resultar erróneas y sesgadas. En <https://www.nature.com/articles/s41598-023-42384-8>.

- BENITO LÓPEZ, Raquel: *La relación jurídica penitenciaria*, Revista de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007, núm. 15, pp. 57-90.
- *La potestad sancionadora de la Administración penitenciaria y la doctrina del Tribunal Constitucional: límites y garantías*, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, Madrid, pp. 91-122.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario*, Cuadernos de Política Criminal, 2016, núm. 120, pp. 239-270.
- FÉREZ MANGAS, David y ANDRÉS PUEYO, Antonio A.: *Eficacia predictiva en la valoración del riesgo de quebrantamiento de permisos penitenciarios*, La Ley Penal, 2018, núm. 134.
- LACAL CUENCA, Pedro y SOLAR CALVO, María del Puerto: *Valoración del riesgo, uso de algoritmo y falsos positivos. El peligro de pasar de lo simple a lo complejo*, Diario La Ley, 2025, núm. 10669.
- LÓPEZ LORCA, Beatriz: *La digitalización de las prisiones y el uso de la inteligencia artificial. Marcadores de última generación para la normalización del entorno penitenciario y la redefinición del proceso de resocialización*, Revista de Internet, Derecho y Política, 2023, núm. 39, pp. 1-10.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía: *Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas*, Revista Española de Investigación Criminológica, 2016, núm. 14, pp. 1-31.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía y GARCÍA ORTIZ, Andrea: *Paradojas de los algoritmos predictivos utilizados en el sistema de justicia penal*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 2022, núm. 100, pp. 160-173.
- RACIONERO CARMONA, Francisco: *Derecho penitenciario y Privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Madrid, 1999, pp. 212-213.
- VICENTE, LUCÍA y MATUTE, Helena: *Humans inherit artificial intelligence biases*, Scientific Reports, núm. 13, 2023. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/s41598-023-42384-8>
- WEBSTER, Ch. D., DOUGLAS K. S., EAVES, D. y HART, S.: *HCR-20. Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos*, Barcelona, 2005.

3. EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: UN MODELO DE PERFIL BAJO Y NO DEFLATIVO*

JUAN DAMIÁN MORENO
Catedrático de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Madrid

I. EL DERECHO A ACUSAR. LA FASE INTERMEDIA COMO JUICIO PREVIO Y ANTICIPADO DE LA ACUSACIÓN

El principio acusatorio somete al proceso penal a una exigencia inexcusable; no hay juicio sin acusación; de ahí se extrae una de las notas esenciales de la noción de acción penal, concebida como derecho a acusar o derecho al proceso. Desde un punto de vista constitucional, este derecho se incardina en el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24 mediante el cual se le abre a su titular la posibilidad de que haga efectivo el *ius puniendi*, imponiendo al acusado, en caso de que proceda, la pena que corresponda al delito por el que se le haya acusado. De cómo se articule este derecho es una cuestión que corresponde decidirla a la ley.

Sin embargo, el ejercicio de la acción penal no da derecho a que cualquiera de ellos pueda sostener en juicio una acusación. Lo que caracteriza a nuestro sistema de justicia penal es el hecho de que, para que se abra el juicio oral, la acusación debe estar sólidamente fundamentada. Por lo tanto, el ejercicio del

* Decía Dilthey que la vida es una misteriosa trama de azar, destino y carácter. En los momentos más importantes de mi trayectoria académica, ya sea por azar, ya por razones del destino o ya sea por su carácter, afortunadamente siempre ha estado Enrique.

derecho a acusar viene condicionado por la existencia de una serie de circunstancias que prueben que el hecho está mínimamente acreditado. Se trata de una garantía que actúa como *condición de procedibilidad* y tiene por finalidad asegurar a los ciudadanos de acusaciones infundadas, preservando la presunción de inocencia y evitando los perjuicios que el mero hecho del enjuiciamiento puede provocar en la persona del acusado, evitando que el Estado pueda irrumpir en la vida de los individuos sin que haya un motivo justificado.

Su fundamento, enraizado en el derecho a la presunción de inocencia, no es técnico ni filosófico, sino de política legislativa, pues bien podría suceder que para abrir el juicio oral bastase con formalizar una acusación. Pero eso llevaría, entre otros inconvenientes, a convertir al proceso penal en una mera contienda entre partes desdibujando el papel del Estado en el proceso que, haciendo dejación de sus funciones, quedaría al margen de la cuestión controvertida y dejando que la apertura del juicio oral quede exclusivamente en manos de quien ejerce la acusación. Esta decisión debe quedar en manos de un tercero ajeno a las partes¹.

La inocencia o *la inculpabilidad es una situación jurídica que no necesita ser construida*². Por este motivo, la mayoría de los países en los que se respeta este derecho fundamental, disponen de medios para verificar la solidez de la acusación. Y no otra cosa es lo que por ejemplo trata de proteger la *V Enmienda* (EEUU) cuando, como derivación del derecho al debido proceso de ley, contempla a través del gran jurado una garantía similar, lo cual es especialmente relevante en sistemas como el que se trata de implantar en que lo que se pretende es que el peso de la investigación recaiga en el ministerio fiscal, que no solo actuaría como órgano de acusación, sino como órgano de persecución, actuando, como sucede en aquel país, como filtro para evitar acusaciones infundadas³.

Hay que tener en cuenta que el proceso penal no es solo un instrumento para la persecución, sino una garantía frente a ella; un instrumento dispuesto en beneficio del ciudadano y no en contra de él. Su objeto es determinar si el hecho investigado tiene encaje o se encuentra bajo los dominios del Código penal y, por lo tanto, la función del juez penal es verificar si, a la vista de una conducta dada, el hecho forma parte de alguna de las infracciones que vienen tipificadas en la ley penal de forma que para juzgar definitivamente es preciso someter al hecho y a su eventual responsable a una serie de juicios intermedios

¹ MONTERO AROCA, 2008, p. 111.

² VÉLEZ MARICONDE, 1969, p. 30.

³ ESPARZA LEIBAR/PÉREZ CEBADERA, 2013, p. 250.

de carácter provisional que van sucediéndose gradualmente en función del mayor o menor grado de certeza que se va adquiriendo a medida que se desarrollan las diferentes fases del proceso⁴.

Sin embargo, este devenir jurisdiccional no tiene que desembocar necesariamente en un juicio y en una sentencia. Como se verá, siendo la acción penal un derecho al proceso, es un derecho sometido a condición. El juez, en este caso, el juez de la audiencia preliminar debería en la fase intermedia comprobar en primer lugar si existe realmente el derecho de acusar ya que, de lo contrario, no podrá entrarse en el fondo de la cuestión penal⁵. Esta particularidad responde a la necesidad de buscar el equilibrio entre el interés del Estado en la persecución del delito y el respeto a la presunción de inocencia, evitando que la fase previa consuma la totalidad del proceso penal como en muchos casos viene sucediendo⁶.

En la actualidad sabemos que la conclusión de la instrucción cierra momentáneamente el paso a nuevas diligencias e imputaciones e impide la incorporación de hechos distintos de los que han sido objeto de investigación, dando paso a dos posibles decisiones: la formalización de la acusación o bien al sobreseimiento de la causa. Por eso, entre la conclusión de la instrucción y la eventual apertura del juicio oral existe una serie de actos encaminados a sofocar los excesos que el ímpetu acusador ha podido hacer nacer como consecuencia de la instrucción. Así pues, procesalmente la intermedia constituye un elemento de naturaleza transicional pensada para dar a las partes acusadoras la oportunidad de reflexionar sobre la conveniencia de mantener el ejercicio de la acción penal o, en su caso solicitar, la apertura del juicio oral, actuando de garantía frente a decisiones arbitrarias e infundadas.

En la práctica esta fase casi siempre presagiaba una decisión que conducía a la inminencia del drama que representa el juicio oral. No obstante, su finalidad sigue siendo la misma: verificar si concurren las condiciones para proseguir con el procedimiento y comprobar si existen pruebas suficientes para el enjuiciamiento⁷. En este sentido, una vez que se ha constatado que el juicio no es necesario, la fase intermedia desemboca en una decisión negativa sobre el derecho a acusar por falta de condiciones materiales relativas al delito que dio origen al proceso o porque quien sostuvo inicialmente la acción penal no reúne los requisitos para deducir en juicio su pretensión o porque la causa se extinga por otros motivos (conformidad, etc.).

⁴ CARNELUTTI, 1994, p. 139.

⁵ MUÑOZ ROJAS, 1965, *RDP*, p. 71.

⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1991, p. 156.

⁷ PASTOR LÓPEZ, 1965, *RDP*, p. 85.

Conforme a la jurisprudencia constitucional sabemos que no existe un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal. De conformidad con la clásica formulación enunciada por Gómez Orbaneja, para poder abrir el juicio oral y que se pueda entrar en la fase de enjuiciamiento no basta con que alguien lo pida sosteniendo la acción penal, *es necesario que el juez lo dé*. Dar el juicio no significa otra cosa que reconocer la existencia del derecho a deducir ante el tribunal una determinada pretensión, la pretensión punitiva, respecto de la existencia del delito que ha dado lugar al procedimiento y, en consecuencia, tener derecho a que se abra la fase de enjuiciamiento para poder acusar a alguien por el delito que ha sido objeto de la investigación⁸.

Esta decisión, debido a las repercusiones que ocasiona, reviste una enorme trascendencia, no solo para el acusado. No debe olvidarse que, una vez abierto el juicio oral, el proceso sólo puede terminar por sentencia. Y eso tiene una gran incidencia en el proceso debido al papel que juega la cosa juzgada penal. Por tanto, esta fase proyecta parte de su actividad en un doble sentido: por un lado, *retrospectivo*, en la medida en que con ella se echa la vista atrás a fin de examinar el resultado de la actividad instructora previa, pero, también *prospectivo*, encaminado a verificar si existen razones suficientes para acordar la apertura del juicio oral. En consecuencia, esta fase se erigiría en un verdadero *juicio* orientado a comprobar la solidez de los elementos incriminatorios que se tienen contra el acusado.

II. LA SUPUESTA FASE INTERMEDIA EN EL PROYECTO DE LECRIM 2025: SU INCIDENCIA EN LA ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. ¿ES LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN UN PROCEDIMIENTO SIN ACCIÓN?

Conforme a la ley actualmente en vigor, el juez instructor está autorizado a denegar solicitud de apertura del juicio en dos supuestos: cuando el hecho no sea constitutivo de delito o bien ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado. En ambos casos al juez se le permite acordar por propia iniciativa el sobreseimiento de la causa aun cuando las partes acusadoras hayan solicitado la apertura de juicio oral, actuando en esta fase como una auténtico «gatekeeper» respecto de quienes pretenden, sin fundamento alguno, que se abra el juicio oral. Desde esta perspectiva, el juez de instruc-

⁸ GÓMEZ ORBANEJA, 1951, p. 199.

ción, en un ejemplo típico de desdoblamiento de su personalidad, deja de ser ese juez que tiende a buscar elementos incriminatorios, para convertirse en lo que podría ser un *juez de garantías*, llamado a verificar la solidez de los elementos que se le atribuyen al inculpaado y protegerle, en su caso, frente acusaciones infundadas.

Y no cabe duda de que todas esas consideraciones tienen una incidencia especial en aquellos sistemas procesales en que la acusación queda, de manera más o menos hegemónica, en manos del ministerio fiscal como sucede en el modelo diseñado en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que se acaba de remitir al Congreso⁹. En este caso, la acción penal se ejercitaría mediante escrito de acusación dirigido al juez de la audiencia preliminar (art. 607). Así pues, la propuesta se sustentaría sobre dos principios esenciales: en primer lugar, por el carácter no jurisdiccional de la fase preparatoria, cuya dirección del procedimiento de investigación se atribuiría al fiscal encargado del caso (art. 524), y, en segundo lugar, por la consideración por tanto de que las actuaciones de la fase intermedia tendrían por finalidad determinar si, a la vista de la investigación llevada a cabo, procede o no abrir el juicio oral, que actuaría a modo de imputación judicial (art. 627).

Ello obedece a la forma en que se estructuraría el nuevo proceso penal si se encomendase la dirección de la investigación al ministerio fiscal por la que se opta, donde la fase propiamente jurisdiccional se iniciaría con la presentación del escrito de acusación (art. 607). A la vista de ello, no se aprecia que exista un acto de manifestación del ejercicio de acción durante el procedimiento de investigación, ni que su actividad se desarrolle como resultado del ejercicio de acción penal alguna. Lo mismo sucede con la previsión referida a la personación de las demás partes, actos con el que en puridad no se ejercitaría la acción penal, sino que, todo lo más, llegaría a ser un mero acto que anunciaría la voluntad de ejercitarla en el supuesto de que procediera (arts. 105 y 106).

Hasta ahora sabemos que la acción penal nace de la sospecha de la comisión de un delito (*notitia criminis*), que es lo que con mayor o menor fortuna trata de decirnos el artículo 100 de la vigente ley, que es lo que permite poner en marcha la actividad jurisdiccional con el fin de comprobar el hecho y la responsabilidad de sus posibles autores. Pero, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el proceso penal, sea cual sea el encargado del enjuiciamiento, el tribunal no conoce de la pretensión desde el mismo momento en que da comienzo el proceso sino en un momento posterior, tras la instrucción. Por

⁹ El texto es sustancialmente el mismo que el elaborado en el 2011 con algunas incorporaciones de la propuesta de 2013 y de 2020.

eso, esta actividad no se lleva a cabo de forma instantánea ni en una sola actuación procesal, sino que se va evidenciando a medida que avanza el procedimiento; su ejercicio se lleva a cabo, como se ha dicho con acierto, *escalonadamente*, de modo que solicitar que se abra el juicio oral no dejaría de ser un acto de mero impulso de la acción penal previamente ejercitada.

Con la acusación lo que se pide al juez es que haga uso del *ius puniendi* en relación con un hecho que a su entender presenta los caracteres del delito, deduciendo con ello una determinada pretensión, lo cual no puede llevarse a cabo si no es reconociendo a los titulares de la acción penal, como derivación del derecho a la tutela jurisdiccional, el «derecho a acusar». La acción penal es pues un derecho formal, un *derecho al proceso*, que da al órgano judicial la oportunidad de que se pronuncie sobre los hechos delictivos en cualquier momento del procedimiento; no necesariamente en la sentencia.

En consonancia con este planteamiento, la jurisprudencia constitucional, siguiendo a Gómez Orbaneja, ha venido señalando que la acción penal es un *ius ut procedatur* de modo que, si bien no existe un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, las partes sí tienen derecho a una decisión del juez sobre la calificación penal que le merezcan los hechos (STC 106/1996)¹⁰; es más, ha llegado a consagrar el derecho a que esta decisión se adopte previa la realización de una investigación lo suficientemente eficaz como para tratar de acreditar la existencia de los hechos que han dado origen al procedimiento, instaurando así un genérico deber procesal de instruir (STC 87/2020).

Hasta ahora, la doctrina había llegado a la conclusión de que si la fase preliminar tenía naturaleza jurisdiccional era porque la acción penal se ejercitaba desde el inicio de esta fase, de manera que la terminación del proceso mediante un auto de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada era la demostración de que con esta decisión lo que está haciendo es cerrar una fase previa de carácter jurisdiccional¹¹. Porque lo que no se puede negar es que desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución no existe, ante un hecho que aparentemente revista los caracteres de delito, un derecho que ofrezca a las partes una adecuada cobertura procesal para la realización de todo ese entramado de actos que se desarrollarían en ese periodo tan trascendental como es el querer convertirse en parte acusadora y con ello colaborar en la investigación¹².

¹⁰ GÓMEZ ORBANEJA, 1951, p. 188.

¹¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1975, p. 17.

¹² FENECH, 1962, p. 710.

Toda esta construcción parece que sufre algunas modificaciones a raíz del sistema que se pretende implantar, lo que supondría replantearse algunas características del concepto de acción penal tal como hoy lo entendemos y averiguar cuál sería entonces el fundamento procesal que, en su caso, daría lugar a todo ese conjunto de relaciones jurídicas que se llevan a cabo durante el periodo de investigación y, de esa manera, no tener que llegar a la conclusión de que esta fase está concebida como un procedimiento sin acción, una fórmula que permitiría asumir que aunque la formalización de la pretensión se lleve a cabo en el escrito de acusación, la acción, como señalara Gimeno Sendra, va conformándose a medida que avanza la investigación, que puede que comience con la querella, que es donde empieza a prepararse, y que culmina con los escritos de calificación¹³.

Así pues, a la luz de nuevo modelo, puede entonces que todo haya de pasar por tener que atribuirle a la acción penal un carácter meramente preparatorio, cuyo destino sea explorar las posibilidades respecto a su ejercicio y que se concretaría en la pretensión que eventualmente tenga que llegar, de manera que todas las actuaciones previas estarían preordenadas a tal fin, concebida así como un medio que otorga a su titular el derecho y, en su caso para el ministerio fiscal, la obligación, de promover las actuaciones necesarias que para el eventual ejercicio de la acción penal.

III. LA AUDIENCIA PRELIMINAR: NATURALEZA Y FUNCIONES. EL DERECHO A IMPUGNAR LA ACUSACIÓN: MOTIVOS

Es tal la importancia que le ley asigna al plenario y a lo que de él resulte que se ha considerado necesario que, antes del inicio de la apertura del juicio, se sucedan una serie de actuaciones llamadas a resolver cuestiones, tanto materiales como procesales, que puedan afectar decisivamente a esta fase final del proceso penal¹⁴. Con el fin de reforzar la posición procesal del acusado y de amparar a los ciudadanos frente a acusaciones inconsistentes, se confiere a la defensa la opción de presentar, junto con el escrito de defensa, un escrito independiente impugnando la acusación, promoviendo en tal caso lo que se venía conociendo como *el juicio de acusación* (art. 610)¹⁵. En este sentido, se trata de una carga de naturaleza procesal que compete a la defensa sin la cual el juez de la audiencia

¹³ GIMENO SENDRA, 1981, p. 138.

¹⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, 2023, p. 4.743.

¹⁵ CASTILLEJO MANZANARES, 2010, p. 86.

preliminar no podría pronunciarse salvo que por propia iniciativa decidiera apreciar de oficio alguna de las causas que dan lugar al sobreseimiento.

El juicio de acusación se erige así en la fórmula elegida para verificar si se dan las condiciones para abrir el juicio oral y con ello concretar judicialmente la imputación. Se trataría de un acto procesal de enorme relevancia ya que constituye la antesala de la decisión sobre el destino de la acción penal ejercitada y que, como se ha indicado, se ha de llevar a cabo en una supuesta pero no siempre bien catalogada, fase intermedia¹⁶. Siguiendo un modelo similar al que hoy rige para las causas ante el tribunal del jurado, se ha querido que la decisión sobre la acusación esté precedida de un trámite que permita a las partes someter a contradicción la hipótesis acusatoria, con la única particularidad de que no siempre sería necesario que deba tener lugar en una comparecencia; por lo tanto, podría ser con vista o sin vista, a criterio del juez (art. 620).

La impugnación de la acusación solo podrá fundarse en el carácter ilícito de la prueba o por la existencia de causas que den lugar al sobreseimiento. A igual que ahora, y salvo en los supuestos en que el sobreseimiento sea apreciado de oficio, tiene la consideración de un acto rogado (art. 619); es un acto de desistimiento de la acción penal, por lo que la intervención del juez respecto de la decisión de apertura del juicio oral queda condicionada a la petición que en este sentido formulen las partes acusadoras (art. 623). En consecuencia, a menos que el juez aprecie que no hay indicios racionales de criminalidad o que el hecho no sea constitutivo de delito, el sobreseimiento no es algo que procesalmente el acusado tenga derecho a exigir ni que el juez venga obligado a acordar¹⁷. De ahí que, si bien no existe un derecho del imputado al sobreseimiento, sí puede hablarse de un derecho a impugnar la acusación si lo que se pretende con esta especie de «antejuicio» es que el juez tome una decisión sobre la admisibilidad de la acción ejercitada y, en consecuencia, sobre el sobreseimiento (art. 612).

Por eso, a tenor de la propuesta prelegislativa, impugnar la acusación no es simplemente oponerse a ella. La defensa podría oponerse a la pretensión calificando el hecho de otra manera, aunque puede no impugnarla, en cuyo caso la audiencia no tendría por qué celebrarse. La defensa pueda limitarse a presentar la calificación provisional y la proposición de prueba, sin necesidad de formular impugnación alguna. La posibilidad de renunciar a las posibilidades que da la audiencia se explica solo en beneficio de la defensa, que tendría a su disposición la posibilidad de saltarse ese trámite y pasar directamente al

¹⁶ ORTEGO PÉREZ, 2007, p. 140.

¹⁷ GÓMEZ COLOMER, 2025, p. 362.

juicio oral, pero siendo consciente de que debería asumir las consecuencias de su decisión de manera que no podría renovar en éste las alegaciones que pudo esgrimir en la audiencia y no hizo; es más, probablemente impediría al tribunal sentenciador apreciar la nulidad de una prueba habiendo sido previa consentida su licitud pues como puso de relieve un sector de la doctrina, uno de los motivos de crisis de esta audiencia radica, tal como sucede en los países anglosajones, en que hay abogados que prefieren asegurarse el *factor sorpresa* y reservarse todas sus cartas para el juicio oral¹⁸.

Los motivos de impugnación se encuentran tasados, lo cual es lógico porque no es un juicio sobre la culpabilidad del acusado, algo que solo corresponde al tribunal sentenciador. En caso contrario, se entiende que el acusado renuncia a impugnar la acusación, de modo que salvo que el juez advierta la concurrencia de algunas causas de sobreseimiento libre, deberá acordar sin más trámites la apertura del juicio oral (art. 618).

En algunos casos el juez de la audiencia preliminar asume en esta fase la función de juez de garantías ante el cual se podrían solicitar aquellas diligencias que hubiera denegado el ministerio fiscal durante la fase de investigación (art. 619), dando así a una segunda oportunidad para su práctica; aunque exista el riesgo de convertir al juez de la audiencia preliminar en supervisor de la instrucción (art. 565), al tratarse de un *mecanismo de impugnación concentrado*, evita los recursos que con este motivo se puedan ir interponiendo a lo largo del procedimiento de investigación ya que difiere todas las impugnaciones a un único momento procesal.

IV. DEPURACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA. APUESTA POR LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN (*EXCLUSIONARY RULE*)

El primero de los motivos de impugnación de los que podría hacer uso el acusado afecta al examen de la licitud de la prueba propuesta por la acusación, especialmente si la impugnada por la defensa es *constitucionalmente válida atendiendo a la forma en que ha sido obtenida* (art. 621). Su objeto, en el caso de que proceda, es el de excluir todo vestigio de aquellos medios obtenidos de forma ilícita o con infracción de los derechos fundamentales, lo cual traería como consecuencia la expulsión automática del acervo probatorio de la prueba afectada por la nulidad, de manera que las pruebas que sean

¹⁸ PISAPIA, 1992, p. 13.

declaradas ilícitas no podrían ser utilizadas por las acusaciones en el juicio oral (*exclusionary rule*).

En relación con esta materia parece que el texto se ha inclinado por el criterio sustentado por un sector doctrinal que apostaba por la aplicación de la regla automática de la exclusión y no una mera prohibición de valoración¹⁹. Esto obligaría por ejemplo al fiscal a solicitar el sobreseimiento cuando la intervención obtenida con infracción del precepto constitucional sea la única prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia o lo sean las restantes que deriven de ella en conexión directa de antijuridicidad (art. 18). Por ese motivo, se considera que esta cuestión debe ser tratada con carácter previo al juicio (art. 619) y, en consecuencia, solo se podría acordar la apertura del juicio oral si la acusación contase con otros elementos de prueba, además de la excluida o declarada nula, siempre que no guarden relación con ella o hayan sido obtenidos a raíz de ella (STC 145/2014); de ahí que la decisión de excluir un determinado medio de prueba debe ser definitivo por lo que habrá que esperar, en caso de que se haya recurrido en apelación, a que la resolución sea firme, ya que este tiene efectos suspensivos (arts. 622 y 719).

En definitiva, con esta doctrina lo que se persigue realmente no es solo que los actos de investigación limitativos de derechos fundamentales se lleven a cabo conforme a las reglas de la buena fe, evitando que, a través de artificiosos atajos o maniobras tramposas o furtivas, se trate de obtener información vulnerando un derecho fundamental garantizado constitucionalmente (*principe de loyauté dans la recherche des preuves*), sino que la convicción del juzgador no quede ni tan siquiera psicológicamente mediatiza por la práctica de una prueba inidónea para ser tenida en cuenta como prueba de cargo²⁰.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN: ¿CABE UN EXAMEN PROSPECTIVO DE LA ACUSACIÓN?

Como ya hemos indicado, para sostener una acusación es preciso que existan razones lo suficientemente relevantes como para que aquella prospere. La decisión de acusar no es un acto neutro. Por eso, aunque la verdadera novedad de este sistema reside en que el *carácter depurativo* que con tanta insistencia se le asigna a la fase intermedia y que se materializa en la facultad que se le atribuiría al juez de la audiencia preliminar para acordar el sobreseimiento,

¹⁹ ASENSIO MELLADO, LL, 2013, p. 3.

²⁰ PLANCHADELL GARGALLO, 2020, p. 1.652.

sin embargo, a pesar de las referencias retóricas que en ese sentido se llevan a cabo en la Exposición de Motivos, no es por tanto un juicio de acusación pleno; se le veda la posibilidad de llevar a cabo un examen sobre si la acusación está o no suficientemente fundada²¹. Se han eliminado las causas que figuraban en el Anteproyecto de 2011 y que permitía el sobreseimiento en el caso de que se entendiera que la acción fuera manifiestamente improsperable; igualmente se han suprimido los motivos que permitirían llevar a cabo un control de la acusación en función de las pruebas que hubiera en contra el acusado y que venían a establecer unos umbrales de *prueba mínima* que anticiparían constitucionalmente una sentencia absolutoria, algo a lo que la Fiscalía General del Estado se había mostrado especialmente en contra²².

Así pues, solo procedería el sobreseimiento cuando la defensa o, en su caso, el juez de la audiencia preliminar, entendiera que los hechos carezcan manifiestamente de relevancia penal; que no existan indicios racionales de la comisión del hecho o hechos que hayan sido objeto de acusación; que aparezcan exentas de responsabilidad criminal las personas acusadas, salvo que deba imponerse una medida de seguridad, en cuyo caso continuará el juicio a estos solos efectos; que de la investigación resulte que la persona contra la que se dirige la acusación no ha tenido participación en el hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento; que la infracción penal haya prescrito; o que haya recaído una resolución con efectos de cosa juzgada (art. 623).

El sobreseimiento operaría como una suerte de preclusión, impidiendo la continuación del procedimiento. Se le atribuyen los efectos de cosa juzgada ya que excluye la posibilidad de un nuevo proceso sobre el mismo hecho y respecto del mismo sujeto (arts. 19 y 626). En consecuencia, la cuestión que surge inmediatamente sería la de determinar cuáles serían los criterios que el intérprete debería utilizar para tomar esa decisión; en otras palabras, ¿cómo debería actuar el juez de la audiencia preliminar ante la impugnación de la acusación?

Frente a la tesis de que, en caso de duda, ésta, en aplicación del principio *in dubio pro societate*, necesariamente debería ser despejada en el juicio oral²³, no sabemos si la propuesta muestra una clara opción de política criminal y se inclina por aplicar el principio «in dubio pro reo» también en este momento procesal,

²¹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *RAPDP*, 2021, p. 149.

²² También se ha suprimido el sobreseimiento cuando el fiscal se hubiera retrasado de manera injustificada la primera comparecencia para el traslado de cargos que, en la nueva versión, solo daría lugar a la nulidad de los actos de investigación realizados (art. 562).

²³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *RDP*, 1966, p. 105.

lo que daría lugar a la terminación anticipada del proceso²⁴. De ser así, las consecuencias tendrían de una enorme trascendencia ya que, como sabemos, cuando el juez acuerda un sobreseimiento en esta fase sólo se estaría pronunciando sobre la existencia de la acción y no sobre la culpabilidad de acusado y, por lo tanto, lo que habría que decidir es si constitucionalmente es admisible permitirle a la acusación confirmar en el juicio la hipótesis acusatoria para que, tal como han sostenido algunos autores, sea en el plenario donde se decida definitivamente la cuestión sobre la culpabilidad o no del acusado²⁵.

La acusación no deja de ser una hipótesis que requiere de una verificación posterior por parte del tribunal sentenciador. Para que se convierta en realidad ha de ser contrastada y acreditada en el juicio oral. Mientras tanto, el proceso se encuentra ante una etapa que se sitúa a medio camino entre la probabilidad o la verosimilitud y la certeza, sin que sea la certeza misma. La certeza solo se logrará tras la actividad probatoria que se practique en el juicio²⁶. Y es pues el tribunal quien, una vez que la acción penal ha sido afirmada como existente, debe imponer la pena en caso de que una vez practicada la prueba y probada la culpabilidad, más allá de cualquier duda razonable, considere que hay elementos para dictar una sentencia condenatoria (art. 691).

Dado el componente de reprobación social que se proyecta sobre el acusado, quizás hubiera sido más lógico que se hubiera considerado que para abrir el juicio oral fuera preciso que la acusación estuviese suficientemente fundada, concediendo a la defensa la oportunidad de impugnar la acusación si considera que la acción penal fuera *manifiestamente improsperable*, algo que el prelegislador no ha contemplado. La decisión sobre la prosperabilidad o no de la acción supondría, por su trascendencia, un auténtico desafío intelectual, profesional y ético, tanto para las partes acusadoras como para el propio juez de la audiencia preliminar, ya que sería necesario llevar a cabo un juicio prospectivo y negativo sobre la acción penal para evaluar si existen o no elementos de prueba suficientes para obtener una sentencia de condena atendida la prueba declarada hábil²⁷.

La consecuencia es que en estos casos el juez de la audiencia preliminar no tendría la potestad de negarle al tribunal sentenciador la facultad de cumplir con algo que, en nuestra su opinión, parecería consustancial a su cometido esencial. En este sentido, a diferencia de otros sistemas, la audiencia preliminar en el Proyecto de Ley se aleja de esa función *deflactiva* que indirectamente le atribuía la doctrina cuyo fin no era otro que el de aliviar la sobrecarga de

²⁴ ROMERO PRADAS, 2002, p. 86.

²⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1975, p. 93.

²⁶ HIRSCHBERG, 1969, p. 113.

²⁷ DAMIÁN MORENO, 2014, p. 45.

asuntos de la mayoría de nuestros tribunales, dotándole por este motivo de más celeridad en cuanto a la respuesta judicial, lo cual no significa que su principal finalidad sea ésta ²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: Proceso, autocomposición y autodefensa, México, 1991.
- ASENCIO MELLADO, José María: *La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*, La Ley, núm. 8009, 2013.
- CARNELUTTI, Francesco: *Observaciones sobre la imputación penal*, en Cuestiones sobre el proceso penal, Buenos Aires, 1994.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: *Hacia un nuevo proceso penal*, Madrid, 2010.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975.
- DAMIÁN MORENO, Juan: *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Madrid, 2014.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki y PÉREZ CEBADERA, María Ángeles: *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Valencia, 2013.
- FENECH, Miguel: *Puntos de vista sobre el proceso penal español*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1962.
- GIMENO SENDRA, José Vicente: *Fundamentos del Derecho procesal*, Madrid, 1981.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Proceso penal*, Valencia, 2025.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, Barcelona, 1951.
- GROSSO, Darío: *L'udienza preliminare*, Milán, 1991.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *El principio pro reo en el Derecho y en el proceso penal*, Revista de Derecho Procesal, 1966.
- HIRSCHBERG, Max: *La sentencia errónea en el proceso penal*, Buenos Aires, 1969.
- MONTERO AROCA, Juan: *Proceso penal y libertad*, Madrid, 2008.
- MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Acerca de las condiciones del proceso penal y de la pena*, Revista de Derecho Procesal, 1965.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *La fase intermedia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, núm. 4, 2021.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: *El juicio de acusación*, Barcelona, 2007.
- PASTOR LÓPEZ, Miguel: *El sumario: su función y naturaleza jurídica*, Revista de Derecho Procesal, 1965.

²⁸ GROSSO, 1991, p. 281.

PISAPIA, Giovanni: L'udienza preliminare, Milán, 1992.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: *El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia*, en Derecho probatorio y otros estudios procesales, Madrid, 2020.

ROMERO PRADAS, María Isabel: El sobreseimiento, Valencia, 2002.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *El juicio oral*, en Obra procesal, Barcelona, 2023.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: Derecho procesal penal, tomo II, Buenos Aires, 1969.

4. ESTRUCTURA Y ESPECIALIDADES DEL PROCESO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

BEATRIZ FERNÁNDEZ OGALLAR
Abogada. Doctora en Derecho

I. ANTECEDENTES

Es para mí un placer participar en este merecido homenaje al Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos, de quien tuve la suerte de ser alumna, contribuyendo a tal fin con este modesto trabajo¹.

Tras la Segunda Guerra Mundial, en 1945, surge la idea de crear un tribunal con competencias internacionales a los efectos de castigar los crímenes en general y el genocidio en particular perpetrados por la Alemania nacional-socialista. La particularidad que presenta este proceso radica en que efectivamente se trataba de enjuiciar por parte de los aliados que se habían erigido con la victoria en el conflicto bélico, delitos e individuos que quedaban extra-muros de sus territorios y de sus jurisdicciones nacionales, creándose así el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, como antecedente de la Corte Penal Internacional.

Posteriormente, para reprender los distintos ilícitos cometidos en el marco de los conflictos armados correspondientes, se crean otros tres Tribunales

¹ Esta colaboración es una versión muy reducida del Trabajo de Fin de *Master*, inédito, que me permitió obtener, becada por la UNESCO, la Maestría Internacional en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Justicia Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario. Aprovecho para agradecer igualmente en el contexto de esa formación el apoyo que me fue brindado por la Asociación Española de Veteranos de las Brigadas de Tropas de Socorro.

de similares características: el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente o Tribunal de Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda². Repárese en que todos los Tribunales hasta ahora citados tienen carácter *ad hoc*, es decir, se configuran *ex profeso* para enjuiciar una serie de delitos concretos y específicos. Se aprecia, en consecuencia, la falta de un tribunal con competencias en el plano internacional para perseguir y castigar los crímenes de mayor gravedad y que atenten de forma directa contra el reconocimiento de los derechos humanos, que tuviera carácter permanente.

Así, todo este proceso acaba por cristalizar en la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), que se rige por el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, durante la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional³.

II. COMPETENCIA

1. Competencia territorial

La sede de la Corte Penal Internacional se encuentra en la Haya, Países Bajos, que se constituye por lo tanto en el Estado anfitrión, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 de su Estatuto. El artículo 4, dedicado a la «Condición jurídica y atribuciones de la Corte», señala que «la Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado»⁴.

Lo antes expuesto se traduce en que la CPI estará privada de jurisdicción y facultades en aquellos territorios en los que no exista una adscripción previa o una prerrogativa *ad hoc*.

Los Estados adscritos a la CPI son un total de 125, entre los cuales se incluye España, pudiendo no obstante apreciarse importantes ausencias como las de China, Rusia o Estados Unidos.

En cuanto a las ocasiones en las que la CPI ha intervenido en países no incluidos en su ámbito competencial, es preciso señalar que no está facultada para hacerlo de oficio, sino que es necesario que, o bien los países en cuestión

² GARCÉS LLOREDA/IBÁÑEZ GUZMÁN, REDM, 2001, pp. 129 y 130.

³ GALLEGO ARRIBAS, RECP, 2023, p. 2.

⁴ GALLEGO ARRIBAS, RECP, 2023, p. 12; y GARCÉS LLOREDA/IBÁÑEZ GUZMÁN, REDM, 2001, p. 132.

se sometan voluntariamente a su jurisdicción –destacando el caso de Ucrania que así lo ha solicitado en el marco del actual conflicto bélico iniciado por Rusia–, o bien que el Consejo de Seguridad de la ONU inste su intervención –como en los supuestos de Sudán y Libia–.

2. Competencia material

El artículo 5, que lleva por rúbrica «Crímenes de la competencia de la Corte», dispone que se circunscribe al «crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión».

Comenzando por el genocidio, incluye conductas tales como la matanza de personas, la lesión grave a su integridad física o mental, el sometimiento a condiciones de existencia que puedan acarrear su final, la adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos o el traslado por la fuerza de niños cuando sean perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Los crímenes de lesa humanidad abarcan el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, la privación grave de la libertad física en contravención de normas fundamentales de Derecho internacional, las torturas, la violación, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, la desaparición forzada de personas, el «apartheid» y, en definitiva, cualesquiera actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, en tanto en cuanto se perpetren como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Los crímenes de guerra tipifican cualquier homicidio o menoscabo de la integridad física o de los bienes en el marco de un conflicto armado que no encuentren amparo en las normas internacionales sobre la materia, incluyendo el uso de armas biológicas, así como la toma de rehenes y los ataques indiscriminados contra la población civil y el forzar a los prisioneros de guerra a servir en las fuerzas de una potencia enemiga o privarles de su legítimo derecho a ser juzgados de forma imparcial.

Por último, el crimen de agresión se define como la ofensiva consistente en invasiones, envío de fuerzas militares o cualesquiera acciones bélicas similares, siempre y cuando el sujeto activo tenga la potestad de controlar la acción política o militar de un Estado.

3. Competencia temporal

Deben distinguirse dos supuestos. En primer lugar, en cuanto a los Estados que se adhirieron al Estatuto de Roma desde el inicio, la Corte Penal Internacional sólo puede conocer de aquellos crímenes que se hayan perpetrado tras su entrada en vigor.

En segundo lugar, en lo tocante a los Estados que se han hecho parte con posterioridad, la CPI verá limitada su competencia a los crímenes cometidos tras la adhesión de la que se trate.

4. Principio de complementariedad

En último lugar, las competencias de la CPI se enmarcan en el principio de complementariedad, regulado en el artículo 17 del Estatuto de Roma, que implica que únicamente podrá actuar en aquellos supuestos en los que el Estado que ostente competencias para el enjuiciamiento de los hechos y de los sujetos penalmente responsables no pueda llevar a cabo tal labor o existan indicios fundados de que no tiene intención de hacerlo⁵.

III. LEGITIMACIÓN

La legitimación corresponde al Fiscal, según el artículo 15 del Estatuto, si bien de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del mismo texto legal los Estados Parte podrán solicitar del mismo que inicie un procedimiento.

Así, observamos cómo el monopolio de la acción reside en el órgano citado, teniendo los Estados Parte una mera posibilidad de propuesta indirecta y diluida por la decisión que en su caso adopte el Fiscal. Como colofón, los individuos quedan totalmente excluidos de toda suerte de legitimación.

IV. DERECHO APLICABLE

El Derecho aplicable se encuentra contenido en el artículo 21 del Estatuto de Roma, que establece que se aplicará i) el Estatuto, ii) los tratados y los princi-

⁵ AMBOS, RDPC, 2000, p. 137; GARCÉS LLOREDA/IBÁÑEZ GUZMÁN, REDM, 2001, p.132; y PÉREZ ARIAS, AD, 2010, p. 92.

pios y normas de Derecho internacional, incluidos los aplicables para supuestos de conflictos armados, iii) los principios generales del Derecho, entendiendo por tales los que se deriven de los sistemas jurídicos del mundo, con un cierto protagonismo del Derecho interno de los Estados a los que en teoría pudiera corresponderles la competencia para conocer de los hechos de los que se trate, salvo que sea incompatible con el Estatuto de Roma o con el Derecho internacional.

En este punto, especial mención merecen los principios generales del Derecho penal, a los que el Estatuto de Roma dedica los artículos 20 a 33, y que coinciden en muchos aspectos con los propios de los Estados Parte, de los que beben.

En primer lugar, el artículo 20 recoge el principio *ne bis in idem*, que en este escenario entronca con el principio de complementariedad al que está sujeta la competencia de la CPI. Ello se traduce en que la CPI no podrá enjuiciar a un sujeto cuando exista un proceso en curso ante la misma Corte u otro tribunal por una misma conducta, ni tampoco cuando dicho proceso ya se halle finalizado, con independencia de que el fallo que hubiera recaído fuera absolutorio o condenatorio. Asimismo, tampoco podrán procesar otros tribunales a quien ya haya sido procesado o lo esté siendo por la CPI por idénticos hechos.

El artículo 22 consagra el principio *nullum crimen sine lege*, de tal manera que el procesado sólo podrá ser condenado por hechos que en el momento de su perpetración estén tipificados como punibles según el Estatuto (*lex scripta*), tras su entrada en vigor (*lex praevia*), descritos de forma inequívoca (*lex certa*) y con expresa prohibición de ser ampliados por la vía de la analogía (*lex stricta*).

Además, deberá aplicarse en todo caso la interpretación normativa que resulte más favorable para la parte pasiva del proceso, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera haber modificaciones legislativas desde la incoación del procedimiento y hasta el momento de dictarse sentencia⁶.

Por su parte el artículo 23 del Estatuto recoge el principio *nulla poena sine lege*, obviamente referido a las penas contempladas en el propio Estatuto de Roma, que se detallarán en el apartado correspondiente.

El artículo 24 del Estatuto está referido a la irretroactividad de las normas penales desfavorables al reo, de forma pareja respecto de lo regulado en el ordenamiento jurídico interno español.

Seguidamente, el artículo 25 del Estatuto está dedicado a la «Responsabilidad penal individual», señalando que la competencia de la CPI se limita a enjuiciar a personas naturales, si bien el artículo 27 permite que dichos sujetos puedan ostentar un cargo oficial, haciendo especial mención a los Jefes de Estado o de Gobierno, los miembros de un gobierno o parlamento, los repre-

⁶ AMBOS, RDPC, 2000, p. 140.

sentantes elegidos públicamente y los funcionarios, lo que es de agradecer, teniendo en cuenta que en no pocas ocasiones son los propios miembros de los gobiernos de los Estados los que perpetran los crímenes que nos ocupan.

No obstante, los Estados en sí mismos considerados quedan exentos de ser enjuiciados como tal y lo mismo acontece con otro tipo de actores colectivos, como organizaciones criminales o grupos terroristas, que en numerosos supuestos resultan ser los artífices de los delitos cuya competencia viene atribuida a la Corte.

En último lugar, es de reseñar que el artículo 29 consagre que los crímenes de los que conoce la CPI sean imprescriptibles⁷, toda vez que las dificultades para perseguir delitos en este escenario harían que, de contemplar un plazo de prescripción, quedasen impunes con inusitada frecuencia. A ello se suma que, por la máxima gravedad que revisten, no estaría justificado el decaimiento de la sanción penal por el mero transcurso del tiempo.

En la misma línea, el Código Penal español, que castiga los delitos de genocidio en su artículo 607, los de lesa humanidad en su artículo 607 bis y los cometidos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en sus artículos 608 y siguientes, dispone en su artículo 131.3 que «los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614⁸, no prescribirán en ningún caso».

V. COMPOSICIÓN

Según lo establecido en el artículo 34, la Corte estará compuesta por la Presidencia, una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares, la Fiscalía y la Secretaría.

Concretamente, la CPI está compuesta por 18 magistrados, elegidos «entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países», debiendo conocer al menos un idioma de los de trabajo de la CPI, según su artículo 36. Tal y como establece este artículo 36 del

⁷ GARCÉS LLOREDA/IBÁÑEZ GUZMÁN, REDM, 2001, p. 134.

⁸ El artículo 614 del Código Penal español tipifica: «el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Estatuto de Roma, los candidatos serán elegidos mediante propuesta de los Estados Parte y seguidamente mediante votación secreta en la Asamblea de dichos Estados convocada a tal fin. Como limitación, no podrá haber dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado. Los magistrados serán elegidos por un periodo de nueve años que, no obstante, podrá prorrogarse en aquellos procesos en los que uno de ellos haya comenzado a conocer de un juicio o de una apelación a fin de concluir los mismos de forma conveniente. Como garantías de imparcialidad: i) los magistrados desempeñarán su cargo en régimen de dedicación exclusiva y ii) serán independientes, de tal manera que durante el ejercicio de su función no realizarán ninguna otra actividad profesional⁹.

En relación con la Fiscalía, se constituye como un órgano separado de la CPI que, en consecuencia, actuará de forma independiente. Los fiscales reunirán requisitos similares a los de los magistrados, siendo también elegidos por un procedimiento análogo.

Por último, la Secretaría estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios, de acuerdo con el artículo 43.

VI. IDIOMAS

En cuanto a los idiomas empleados, el artículo 50 del Estatuto de Roma distingue entre los idiomas oficiales, siendo estos el árabe, el chino, el español, el francés, el inglés y el ruso, y los idiomas de trabajo, que serán el inglés y el francés.

Sin perjuicio de lo anterior, se podrá autorizar a las partes o a los Estados que intervengan en el procedimiento, previa solicitud del interesado, a utilizar un idioma de trabajo distinto de los anteriormente apuntados, siempre que sea una medida justificada y necesaria para evitar un posible escenario de indefensión.

VII. INVESTIGACIÓN

La investigación de los hechos se puede iniciar, a tenor del artículo 13, mediante la remisión de un Estado Parte a la Corte de una situación particular, la solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de oficio por el fiscal de la Corte.

⁹ AMBOS, RDPC, 2000, p. 131.

En esta primera fase investigadora el fiscal podrá recabar pruebas de estados o de organizaciones intergubernamentales por medio de la cooperación. También podrá realizar investigaciones sobre el territorio del estado afectado, pero únicamente de ciñéndose a las disposiciones sobre cooperación o con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares ¹⁰.

Seguidamente, si el fiscal considera oportuno dar curso a la acción penal presentará los antecedentes que sea menester ante la Sala de Cuestiones Preliminares, que examinará la conveniencia de dar trámite a la acusación ¹¹.

Asimismo, dicha Sala tendrá facultades para ordenar la detención o la comparecencia de un sospechoso, según lo dispuesto en el artículo 58 ¹².

Concluida la investigación, de considerar la Sala de Cuestiones Preliminares que existen indicios fundados de la comisión de un ilícito penal competencia de la CPI, se pasará a la fase de juicio.

VIII. ENJUICIAMIENTO

El juicio se celebrará por regla general en la sede de la Corte, en concreto ante la Sala de Primera Instancia ¹³.

El juicio será público, salvo que se decrete su celebración a puerta cerrada para garantizar la protección de testigos o por riesgo de que quede revelada información confidencial, según el artículo 64.

En el caso de que el acusado reconozca los cargos se seguirá el procedimiento especial de declaración de culpabilidad, procediéndose a dictar sentencia de forma inmediata, siempre que el Magistrado Presidente compruebe que dicho acusado conoce el alcance y la naturaleza de los cargos que se le imputan así como las consecuencias de la confesión, que haya tenido la oportunidad de ser asesorado con anterioridad a prestarla por un abogado defensor y que su contenido venga corroborado por los hechos que obren en la causa de conformidad con los cargos presentados por el fiscal y por las pruebas que hayan sido aportadas por cualquiera de las partes.

Para el supuesto de que no exista tal reconocimiento, el juicio comenzará por una lectura de cargos a la que seguirá la práctica de la prueba.

A lo largo de todo el desarrollo del proceso se dará cumplida observancia a la presunción de inocencia que el artículo 66 consagra con el siguiente tenor:

¹⁰ AMBOS, RDPC, 2000, p. 151.

¹¹ PÉREZ ARIAS, AD, 2010, p. 100.

¹² AMBOS, RDPC, 2000, p. 152.

¹³ GARCÉS LLOREDA/IBÁÑEZ GUZMÁN, REDM, 2001, p. 132.

«Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. Incumbirá al fiscal probar la culpabilidad del acusado. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable».

Además, el artículo 67 enumera los derechos del acusado, comenzando por recalcar que deberá ser informado de los cargos que se le imputen en un idioma que comprenda a la perfección; sin perjuicio del derecho de ser asistido gratuitamente por un intérprete y de obtener las traducciones necesarias para su defensa.

En cuanto a la articulación de la defensa, se consagra el derecho a asumir su propia representación o ser asistido por un abogado de su libre elección, que se le procurará de oficio si no dispusiera de medios económicos bastantes para sufragarlo, garantizándose en todo caso la confidencialidad de las comunicaciones.

En el desarrollo del procedimiento se reconocen los derechos a guardar silencio, no declarar contra sí mismo ni declararse culpable, declarar de palabra o por escrito sin prestar juramento, ser juzgado sin dilaciones indebidas, participar en interrogatorios de los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los de cargo, oponer excepciones y presentar cualquier prueba que sea admisible de conformidad con el Estatuto¹⁴.

Centrándonos ahora en la práctica de las pruebas, su regulación se contiene el artículo 69.

En primer lugar, en cuanto a los sujetos legitimados para aportar pruebas al proceso se indica que las partes podrán presentar todas aquellas que resulten pertinentes. A este respecto, la Corte habrá de pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas atendiendo a «su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo».

También podrán ser solicitadas de oficio por la CPI, sin que más limitación que ser consideradas necesarias para determinar la veracidad de los hechos.

La prueba testifical se desarrollará bajo la obligación del testigo de decir verdad, sin que se detallen mayores requisitos o normas de procedimiento en cuanto a la aportación del testigo, la citación, la posibilidad de que consulte o no documentos en el acto del juicio o similares. Está no obstante permitida la lectura de declaraciones o la reproducción de grabaciones cuando nos encontremos ante testigos protegidos.

¹⁴ AMBOS, RDPC, 2000, pp. 158 y 159.

En relación a los hechos notorios o de dominio público, podrán ser tenidos en cuenta en el proceso sin necesidad de que hayan sido probados por la parte que los alegue.

Cuando se trate de la prueba documental, existe un importante escollo en el caso de que pueda contener información confidencial de un Estado. Si se trata de un Estado Parte puede tramitarse un procedimiento de cooperación a los efectos de lograr la entrega voluntaria, e incluso si el intento fracasa la CPI puede ordenar la divulgación obligatoria. Cuando la prueba documental deba recabarse de terceros, entendiendo como tales tanto a los Estados que no sean parte como a las organizaciones no gubernamentales u otros entes de similar naturaleza, la CPI solicitará la entrega voluntaria del tercero, pero si éste no consintiera no podrá ordenar la divulgación forzosa.

En cuanto a la prueba pericial, encontramos una importante laguna en el Estatuto de Roma toda vez que se omite cualquier mención a la misma¹⁵.

Como norma de cierre, se declara que serán inadmisibles aquellas pruebas que hayan sido obtenidas como resultado de una violación del Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

Finalmente, tanto en la fase investigadora como en la de enjuiciamiento puede decretarse la suspensión de la causa si así los solicita el Consejo de Seguridad, al amparo del artículo 16 del Estatuto.

IX. SENTENCIA

En relación con el fallo, el artículo 74 dispone que «los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, éste será adoptado por mayoría».

Se prevé específicamente la reparación a las víctimas, en el artículo 75. En concreto se establecen como medidas a adoptar la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

A tal fin, la CPI determinará la gravedad de los daños, pérdidas o perjuicios causados, de forma motivada y a instancia de parte o, en circunstancias excepcionales, de oficio.

Las medidas citadas podrán ser otorgadas no sólo a las víctimas sino también a sus causahabientes cuando proceda.

En este sentido, el artículo 79 prevé la creación de un fondo fiduciario en favor de los perjudicados, que se nutrirá del dinero procedente de multas y decomisos.

¹⁵ PÉREZ ARIAS, AD, 2010, p. 106.

X. PENAS

En relación con las penas aplicables, el artículo 77 dispone se podrán imponer la siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30.
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.
- c) Multa.
- d) Decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

En el caso de imponerse penas de prisión deberá descontarse el tiempo de detención o de prisión preventiva si las hubiera habido.

Especial consideración merece la pena de cadena perpetua, puesto que es susceptible de colisionar con algunos de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Parte, cuando contemplen la prohibición de tal medida, de forma más o menos taxativa. A este respecto, podemos distinguir entre los siguientes escenarios:

- a) Prohibición expresa de la cadena perpetua contenida en la Constitución: Brasil, Portugal, Costa Rica y El Salvador.
- b) Prohibición de que las penas excedan de una duración limitada designada en la Constitución: Honduras y Nicaragua.
- c) Constitución que contempla la rehabilitación del condenado como fin de la pena: Ecuador, Uruguay y España.

No obstante, la cadena perpetua ha acabado por aceptarse por estos Estados, toda vez que el artículo 110 del Estatuto permite la revisión de la pena una vez cumplidos 25 años de internamiento. Incluso de no concederse en esta primera revisión puede haber sucesivas revisiones periódicas a tal efecto.

De hecho, el caso de España es reseñable, puesto que nuestro ordenamiento prevé desde la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la denominada «prisión permanente revisable» (artículo 33.2.a) del Código Penal español), señalando el artículo 92 del Código Penal que el tribunal acordará la suspensión de la ejecución cuando se den determinados requisitos (cumplimiento de veinticinco años de condena, etc.). Por parte de sus defensores se aduce que esta «prisión permanente revisable» no entraña una auténtica cadena

perpetua, entre otros argumentos, por permitir la revisión de la pena en los términos expuestos, cuando lo cierto es que dicha revisión es harto similar a la que se contempla para la cadena perpetua en el Estatuto de Roma, en el cual recibe tal denominación sin complejos. Me permito traer aquí a colación una acertada reflexión del homenajeado, al reseñar que las anteriores penas permanentes que existieron en el ordenamiento español, bajo la vigencia del Código Penal de 1870, tenían ya materialmente el carácter de penas revisables, dado que estaban sujetas a una regla de concesión de indulto transcurridos treinta años de cumplimiento¹⁶. Y nuestro Legislador de 1870, como el Estatuto de Roma, llamaba a esta pena revisable por su nombre («cadena perpetua»).

Por último, y nuevamente en orden a facilitar el cumplimiento de la cadena perpetua, el Estatuto prevé en su artículo 103 que ningún Estado estará obligado a ejecutar tal medida en su territorio.

Finalmente, llama poderosamente la atención lo dispuesto en el artículo 80, cuyo tenor literal señala que «nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte».

Esta disposición puede resultar confusa, ya que autoriza expresamente una concurrencia de penas entre las previstas en el Estatuto de Roma y que serían impuestas por la CPI y aquellas adicionales que puedan añadir los Estados interesados. Ello se debe a la demanda por diversos Estados Parte de sanciones más graves de las contempladas en el Estatuto, en particular la pena de muerte.

XI. APELACIÓN

La sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia podrá ser recurrida en apelación, tanto por el fiscal como por el condenado, ante la Sala de Apelaciones, según lo establecido en los artículos 81 y siguientes.

En concreto, el recurso deberá fundarse en tres motivos tasados, a saber: vicio del procedimiento, en referencia al eventual incumplimiento de sus normas esenciales y de sus garantías formales, error de hecho o error de derecho.

Mientras se sustancia el recurso de apelación el encausado deberá permanecer privado de libertad, salvo que el tiempo de la detención ya hubiese superado al de la condena que en su caso hubiera recaído en primera instancia. Pero tanto en este caso como incluso cuando hubiese recaído en primera instancia sentencia

¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, 2023, pp. 553-554.

absolutoria que hubiese sido apelada por el fiscal, podría decretarse la privación de libertad o el mantenimiento de la misma, atendiendo a la gravedad del delito y a la previsión fundada de que la sentencia de apelación sea condenatoria¹⁷.

La sentencia de apelación deberá dictarse por mayoría de los miembros de la Sala de Apelaciones¹⁸. En lo relativo al contenido del fallo en la fase de apelación, la Sala de Apelaciones puede modificar la sentencia de instancia u ordenar que se celebre un nuevo juicio ante una Sala de Primera Instancia¹⁹.

XII. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

El artículo 86 consagra la obligación general de los Estados Parte de cooperar con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

Además, el artículo 101 reconoce el principio de la especialidad, que consiste en que quien haya sido entregado a la Corte no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que ésta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado. Es decir que, de darse solicitudes concurrentes entre la orden de detención de la CPI y una orden de extradición de un Estado, tiene prioridad la de la Corte²⁰.

En general, la forma más relevante de cooperación es la entrega por los Estados Parte de un sujeto que haya sido requerido por la CPI, lo que puede articularse i) procediendo de forma directa a ejecutar dicha entrega o ii) facilitando el tránsito a través de su territorio a tal fin, en aplicación del artículo 89.

Ello no obsta para que también se den otras formas de cooperación a las que los Estados Parte sólo podrán negarse cuando contravengan normas fundamentales de su ordenamiento jurídico interno (en cuyo caso la CPI puede modificar su solicitud para procurar su adaptación) o cuando suponga una puesta en peligro de su seguridad nacional²¹.

XIII. EJECUCIÓN DE LA PENA

La pena se puede ejecutar tanto en el país sede del Tribunal como en otro de los Estados Parte, de conformidad con los convenios que se establezcan al respecto.

¹⁷ PÉREZ ARIAS, AD, 2010, p. 111.

¹⁸ AMBOS, RDPC, 2000, p. 160; y PÉREZ ARIAS, AD, 2010, p. 110.

¹⁹ AMBOS, RDPC, 2000, p. 160.

²⁰ AMBOS, RDPC, 2000, pp. 162 y 163.

²¹ AMBOS, RDPC, 2000, pp. 163 y 164.

En principio, el cumplimiento tiene lugar en el territorio de los Estados Parte, para lo cual se configurará un listado de aquellos que se presenten de forma voluntaria. En concreto, para seleccionar al Estado encargado de la ejecución se atenderá principalmente a la distribución equitativa de ejecuciones entre Estados, al nivel de cumplimiento de los estándares internacionales establecidos a tal fin y a la nacionalidad y a la voluntad que al respecto exprese el sujeto que haya de padecer la pena impuesta.

En el supuesto de que efectivamente el Estado acepte que la pena se cumpla en su territorio, si prevé adoptar medidas específicas en cuanto a la ejecución deberá informar del contenido y alcance de las mismas a la CPI con al menos 45 días de antelación; otorgándose en este caso la posibilidad al condenado de solicitar el traslado a otro Estado.

No obstante, queda siempre al arbitrio del Estado seleccionado para llevar a cabo la ejecución el rehusar tal labor si en el caso concreto pudiera generarse un perjuicio reseñable para el mismo.

Finalmente, si por el motivo del que se trate no resultase viable ejecutar la pena en alguno de los Estados voluntarios, se ejecutaría en el Estado anfitrión de la CPI.

XIV. CONCLUSIÓN

Sin ánimo de minusvalorar los avances en el plano internacional en materia de protección de los derechos humanos tras la creación y el afianzamiento de la Corte Penal Internacional, se aprecian múltiples y graves carencias y limitaciones que dificultan seriamente la posibilidad de materializar dicha protección a nivel global y dentro de los estándares que deberían ser exigibles.

Debemos comenzar por aludir a la limitación competencial de la CPI a los Estados Parte o a aquellos para los que en su caso se establezca un tratado especial, así como a la exclusión de los individuos particulares en la legitimación para iniciar un proceso penal y a la exclusión de la responsabilidad de los Estados o de otros grupos.

Convendría en consecuencia establecer un sistema más amplio y eficaz para la protección efectiva de los derechos humanos mediante la ampliación de las competencias de la CPI incluyendo i) la posibilidad de formular denuncias individuales de forma directa y ii) la responsabilidad de Estados y grupos concertados, a los efectos de imponer las sanciones adecuadas, sean económicas o de otra índole, como la disolución de las organizaciones criminales.

Además, incluso en los casos en los que la CPI está facultada para juzgar los hechos de los que se trate encontramos una notable confusión en cuanto a las normas de aplicación, ya que si bien el Estatuto de Roma resulta razonablemente completo en cuanto al Derecho aplicable y al procedimiento, la remisión a los tratados y al Derecho internacional, junto con los principios generales del derecho de cualesquiera países a nivel mundial, da como resultado un excesivo aperturismo, por lo que sería preciso completar el propio Estatuto con aquellos instrumentos o principios que ciertamente tengan una virtualidad práctica relevante para el funcionamiento de la Corte y la efectividad de sus sentencias.

De hecho, se aprecian importantes lagunas en cuanto a la regulación de la admisión y práctica de las pruebas ante la CPI, sobre todo en el caso de la prueba pericial, que carece por completo de una regulación específica, así como las dificultades para incorporar al proceso documentos eventualmente confidenciales.

En último lugar, la posibilidad de que se impongan no solamente las penas previstas en el Estatuto de Roma sino también y de forma cumulativa las contempladas en los Estados Parte que intervengan en el proceso puede resultar contraria a la debida proporcionalidad de la respuesta punitiva y al principio *nulla poena sine lege*, sobre todo cuando estamos ante una disposición específicamente enfocada a la eventual imposición de la pena de muerte, por todo lo cual se antoja necesario una toma de postura clara de la CPI al respecto y, desde luego, la supresión de la disposición que nos ocupa a los efectos de que el listado de penas previstas en el Estatuto se configure como un *numerus clausus*.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a época, número 5, 2000, pp. 127-169.
- GALLEGO ARRIBAS, David: *Amnistías, indultos, penas atenuadas y la Corte Penal Internacional. Posibles enseñanzas a inferir del proceso transicional colombiano*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2023, pp. 1-44.
- GARCÉS LLOREDÁ, María Teresa e IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J.: *La Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma (Algunas reflexiones sobre su ratificación)*, Revista Española de Derecho Militar, número 78, julio-diciembre, 2001, pp. 129-141.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Prisión permanente revisable, merecimiento, proporcionalidad y legitimidad de las penas*, en *Liber amicorum: Estudios en homenaje a Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Madrid, 2023, pp. 549-570.
- PÉREZ ARIAS, Jacinto: *El proceso ante la Corte Penal Internacional (Instancia, apelación y facultad revisora)*, Anales de Derecho, número 28, 2010, pp. 77-120.

5. NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS DE CIENCIAS PENALES¹

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad de Alcalá

I

Con la presente, será la tercera vez que escribo en un Libro-Homenaje de esta forma. Los textos dedicados a los profesores Germán Small Arana (Ideas Solución, 2016) y Javier De Vicente Remesal (BOE, 2024) fueron los antecedentes. Mi mirada, esta vez, sobre libros y otros trabajos menores, en total cinco, todos llenos de interés, componen esta aportación que viene a ser una detenida recensión, a modo de evaluación, de los mismos y que tratan de informar así a los colegas y al atento lector de las novedades editoriales, tal y como he efectuado, con disciplinada asiduidad, en las respectivas secciones bibliográficas del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales², en La ley Penal³ o en otras publicaciones científicas⁴. Parto de la base de que son textos y escritos relevantes, tanto de Derecho Penitenciario, cuanto de Cri-

¹ Con toda mi amistad y reconocimiento en este Libro-Homenaje al querido colega, el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos, catedrático de Derecho Penal de la UAM, en su jubilación académica.

² Hasta el cese arbitrario de mi maestro, el Prof. Enrique Gimbernat Ordeig, como Director del mismo, en 2025, después de más de cuatro décadas de dedicación ejemplar; a partir de ese injusto momento, ni mi cargo de Consejero ni mi pluma, por ética y estética, pueden figurar en sus páginas.

³ Hasta que se tomó la torpe decisión por la casa editorial, no por su competente director, mi discípulo el Prof. Esteban Mestre Delgado, de incluir únicamente recensiones de libros de su firma, reduciéndose así considerablemente la sección «Rincón de Lectura».

⁴ Como, por ejemplo, el *Anuario de la Facultad de Derecho*, UAH, en el que escribo últimamente con reiteración.

minología y Penología, y que merecen la noticia que ahora realizo, en ocasiones no muy divulgados, incluso alguno inédito, pues pienso que el conocimiento especializado o del público en general son menores que el que se advierte en otras disciplinas jurídicas como, por ejemplo, en el propio Derecho Penal. Precisamente, como me ocupo de tales monografías e investigaciones, entiendo por ello que mi modesta contribución puede poseer cierto interés para la comunidad estudiosa.

Voy a tratar de llevar a cabo lo puesto ahora de relieve de manera cronológica, partiendo siempre de los últimos años, y por el orden en que conocí lo ahora recensionado o me han ido llegando, para asegurar su actualidad, siempre original, como merece la aportación a un Libro-Homenaje.

II

Encabezados por la profa. Montserrat López Melero (UEMC), acreditada doble doctora en Derecho y Ciencias Forenses y dedicada últimamente a publicar y conferenciar sobre el terrorismo yihadista, otros dos especialistas, han elaborado un interesante texto referido al campo carcelario femenino⁵. Sobre lo mismo acaba de escribir el profesor de la UNED, Sergio Cámara, con autoridad y conocimientos, en su segunda tesis doctoral⁶ y más recientemente, de forma muy completa, Carlos Mir Puig⁷.

Los autores restantes del artículo son técnico especialista en servicios penitenciarios (Caballero), y doctorando en ciencias de la salud de la UAH (López Melero, Daniel), es decir investigadores universitarios o profesionales dedicados a la práctica. Por ello, el artículo tiene enjundia y se me antoja verdaderamente relevante, además de figurar entre los escasos, como advierten los propios autores al inicio del mismo, dedicados a esta importante temática, a salvo la importante investigación histórica, que fue su tesis doctoral, de la profa. Titular de Derecho Penal CEU, Gema Martínez Galindo⁸.

Para paliar el abandono mencionado, que nos consta fehacientemente, este trabajo es oportuno y, dentro de lo que puede pedirse a este género literario breve, muy completo. Partiendo del análisis de la conducta y comportamiento regimental de las internas en los centros penitenciarios de Cataluña, el estudio trasciende de este localismo para adentrarse en una temá-

⁵ LÓPEZ MELERO/CABELLO CASAS/LÓPEZ MELERO, 2025.

⁶ CÁMARA ARROYO, 2022.

⁷ MIR PUIG, 2026.

⁸ MARTÍNEZ GALINDO, 2001.

tica más extensa y valiosa. Y así se pasa del ejemplo concreto al modelo más general.

En efecto, comienza el texto por un breve, pero imprescindible, repaso histórico de los centros de detención de mujeres, las galeras, su fundación y funcionamiento, eminentemente religioso para desembocar, en las que denominé hace tiempo, sus respectivas y siguientes etapas judicial y penitenciaria. La bibliografía y legislación que se aporta es convincente. No puedo ocultar que esta parte siempre me satisface pues pienso que sin conocer la historia, las instituciones actuales pierden su fundamento y esencia. La cita bibliográfica global, muy aceptable, se amplía al final del artículo.

A continuación el trabajo se centra en entender a las mujeres reclusas como un grupo menor respecto a los hombres y diferenciado, debido a su exclusión social a lo largo del devenir carcelario. Las estadísticas por sexo y por nacionalidad de las internas se recogen después. Los actos de indisciplina grave vienen a continuación, siempre referidos a las prisiones en las que tiene competencia la Generalitat, también acompañada de la precisa referencia con cuadros estadísticos. Las características psicológicas de las reas, procuradas por la prisonización, se concretan en dos aspectos: la dependencia de las decisiones de otros y la devaluación de la propia imagen y baja autoestima. Los trastornos del estado de ánimo y las reacciones que conllevan, que pueden darse en los centros de internamiento, pueden desembocar, en supuestos extremos, en las autolesiones o el suicidio, tema espinoso pero que no se obvia en la investigación.

No quiero cerrar esta reseña sin dejar de mencionar una experiencia personal cuando empezaba a desempeñar, en el año 1978, el cargo de Director General de Instituciones Penitenciarias.

Ningún funcionario masculino, subdirector o administrador, quería asumir, pese al evidente ascenso que suponía, el cargo de director de una prisión de mujeres. Me explicaban, compungidos, que por la violencia que presidía la convivencia en las mismas y la relativa imposibilidad de imponer medidas disciplinarias adecuadas a las faltas y, además, desde la perspectiva estrictamente penitenciaria, poco me convencía que mandaran estos centros, pues pensé que era lo correcto que fueran funcionarias, del cuerpo técnico o del especial, quienes se hicieran cargo de la máxima responsabilidad de los mismos. En efecto, designé las correspondientes directoras de Yserías (Madrid), Trinitat (Barcelona) —donde sustituí a las religiosas, las Cruzadas Evangélicas, por personal penitenciario— y Valencia y todo fue un éxito, decisión que nunca ha sido modificada después, pues esa normalidad que impuse y que entonces no existía, se convirtió en razonable regla penitenciaria.

III

Como tesis doctoral publicada, el ilustre jurista costarricense, Fernando Cruz Castro, firma su investigación del año 1982 y ahora, por su valor intrínseco y la autoridad del autor, ve la luz en su país⁹. Yo tuve el honor de dirigirla, durante mis años de profesor encargado de curso y adjunto de Derecho Penal de las Universidades de Madrid y Alcalá, habiendo ya cumplido mi tiempo de Director General de Instituciones Penitenciarias. La temática era pues coincidente con los objetivos marcados en la Constitución española (art. 25.2) y en la propia Ley Orgánica General Penitenciaria (arts. 1 y 59.1) y en ellos hallará el autor los orígenes de la materia a desarrollar. Se presentó dicha tesis en la UCM y fue mi primera dirección académica. Como reconocimiento y respeto a Fernando Cruz, la comparación entre nuestra legislación y la de su país estuvo presente en su escrito científico. Su brillante destino profesional ya se intuía. Alcanzó las máximas cotas de la Fiscalía y la Judicatura en Costa Rica, siendo, posiblemente, la autoridad más destacada en Derecho Constitucional y en Penal, Procesal y Penitenciario. El reciente libro publicado en su Homenaje lo atestigua, dando el fuste merecido a toda su vida y obra¹⁰.

Dividido en cinco capítulos, el planteamiento es clásico. En aquella época y, como ya he dicho, bajo mi dirección, las investigaciones tenían, y mantuvieron siempre, en cuenta los valiosos precedentes históricos del sistema penitenciario, tanto el genérico y universal como el específicamente español¹¹. Era la línea marcada por Eugenio Cuello Calón¹², Elías Neuman¹³ o Juan Carlos García Basalo¹⁴. Muy posteriormente, mi discípulo Enrique Sanz Delgado hizo lo mismo en los primeros capítulos de su extraordinaria tesis doctoral¹⁵ y en no menor trabajo referido a nuestro humanitarismo penitenciario histórico¹⁶. Por eso, los primeros apartados de la monografía de Fernando Cruz hablan de los autores que elaboraron la materia, lo que denomina «antecedentes mediatos» y de la variedad de los regímenes penitenciarios.

Y será en las iniciales y extensas páginas donde encuentre Fernando Cruz Castro los principios del criterio resocializador. Cesare Beccaria y su exposición sobre los delitos y las penas, Jeremy Bentham y la invención carcelaria de su

⁹ CRUZ CASTRO, 2023.

¹⁰ VV. AA., 2023.

¹¹ Vid. GARCÍA VALDÉS, *Cuadernos para el Diálogo*, 1974 y GARCÍA VALDÉS, 1975.

¹² CUELLO CALÓN, 1958.

¹³ NEUMAN, 1962.

¹⁴ GARCÍA BASALO, 2024.

¹⁵ SANZ DELGADO, 2000.

¹⁶ SANZ DELGADO, 2003.

Panóptico, Manuel de Lardizábal y su necesaria reforma de las leyes, Manuel Montesinos y su sistema progresivo de cumplimiento, acortando las condenas y, en fin, Concepción Arenal con su espíritu pietista y humanitario en la ejecución de la prisión, sientan las bases de cualquier investigación que se precie al respecto. Los últimos, grandes españoles –pues México era también España– que dejaron para siempre su impronta transformadora. Son las presentes páginas excelentes y adecuadas a lo que el autor se propone: dar cuenta de quienes, ejerciendo su autoridad y exhibiendo su máximo ejemplo, diseñaron un nuevo Derecho penal y penitenciario. Todo ello se encuentra recogido en esta introducción que, sin duda, da luz a los orígenes más valiosos de la doctrina especializada.

Los sistemas penitenciarios se tratan a continuación, bien los primeros cuanto los más avanzados. Son los más conocidos y bien estudiados doctrinalmente y elementos necesarios del desarrollo de las prisiones, de su régimen, adaptado al mismo a su concreta arquitectura. El filadélfico, pensilvánico o celular; el auburniano y el progresivo y «su predominio», merecen unos apartados llenos de información, en su caso de críticas y sugerencias en el texto de Fernando Cruz. De inmediato la crisis de la prisión aparece en su obra. La prisonización y la subcultura carcelaria se dan cita. Su sistema social, «relativamente cerrado», como dice el autor, parece imponerse, y allí es en donde aparecen fenómenos tales como el argot o los Códigos de los reclusos, tan característicos del medio. También se toca el problema sexual en los centros y la modalidad de las denominadas «prisiones mixtas», por las que se inclina con prudencia Fernando Cruz. Es la misma orientación de nuestra vigente Ley Penitenciaria (art. 16 a. LOGP).

En los «modernos enfoques de la resocialización», como los denomina el autor, aparece un amplio estudio, entre otras materias, de las llamadas Escuelas Penales, bien trazado y de investigación muy completa. La Positiva, con sus representantes, Cesare Lombroso, Raffaele Garófalo y Enrico Ferri, inicia el capítulo de referencia, así como el catedrático de Salamanca, Pedro Dorado Montero, y sus teorías correccionalistas, que merece un epígrafe aparte. Las ideas sociológicas de Emile Durkheim o de la «nueva defensa social» concluyen lo ahora escrito.

El objetivo resocializador, defendido sin ambages por Fernando Cruz, cierra su monografía y lo hace comparando los ordenamientos español y costarricense, uno como el ya asentado y el otro, como el deseado. Es el presente apartado el último del libro. Los precedentes han servido para situar en la historia y el inmediato presente la base de la tesis, es decir la actualidad de los criterios legales que se exponen en las normas concretas, en España en nuestra Constitución de 1978 y en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 y en Costa Rica, en su entonces vigente Código penal de 1970. La retribución y la preven-

ción general se encuentran lejos de lo plasmado en estas legislaciones nacionales, prevaleciendo la prevención especial «limitada», dice el autor. El tratamiento ha de ser el medio para obtener la reinserción y la unificación de las penas privativas de libertad, de diversa nomenclatura hasta el momento, en una única denominada como pena de prisión, es otro acierto de las reflexiones contenidas en esta obra. Como también lo es, máxime en la situación actual en nuestro país (LO 1/2015), el rechazo a las sanciones perpetuas, revisables o no, de disparatada extensión temporal, siendo los 20 años de cumplimiento ininterrumpido los más aceptados comparadamente y adaptados a la realidad resinsertadora.

Un listado bibliográfico completísimo culmina el libro, referencias de trabajos, todos leídos, que se han esparcido convenientemente en las cuantiosas notas a pié de página en cada capítulo.

La obra de Fernando Cruz Castro es un ejemplo de investigación doctoral. Cualquier jurista que se precie, debe de conocer el pasado legislativo y doctrinal de la ciencia penal y penitenciaria. Yo lo aprendí de mi maestro, el prof. Enrique Gimbernat Ordeig, cuando me hizo el regalo de los tres tomos de los Comentarios de Joaquín Francisco Pacheco, y lo inculco a mis discípulos desde entonces. Es cierto que la mención de los antecedentes es limitada, en el sentido de no existir gran referencia a los antecedentes legales, Ordenanzas, Leyes y Reales Decretos, base de la historia en España de nuestro ordenamiento, al igual que la referencia a penitenciaros y penitenciaristas insignes, como Rafael Salillas o Fernando Cadalso, que tampoco se contemplan. Los años de elaboración de la tesis se centraron más en los destacados penalistas, con una excepción, que crearon el sistema penal, asunto relevante sin duda y no necesitado de anexionarle otras referencias científicas. En todo caso, el director de su valioso trabajo –quien esto escribe– tuvo la responsabilidad, en aquel momento, de aquellas ausencias.

Ello no disminuye el valor de la monografía comentada. De hecho, el que la Universidad de Costa Rica la publique ahora, cuarenta y uno años después, sin tocar el original, demuestra la validez de lo escrito y defendido en su día, su vigencia como estudio todavía imprescindible en la actualidad. Y es que lo bueno es siempre bueno –e incluso con el tiempo se hace mejor– y merece por ello el don de la permanencia.

IV

1. Gwen Adshead y Eileen Horne acaban de publicar un libro francamente estremecedor desde el punto de vista de la criminalidad y su tratamien-

to¹⁷. La doctora Adshead, auténtica autora de la monografía, pues Horne ha actuado de ayuda, como documentalista y también recopiladora de las historias del trabajo, es psiquiatra forense y ha estudiado a doce internos/pacientes, asesinos violentos o en serie, pederastas, acosadores y autores o personas en riesgo de cometer otros graves delitos, que componen los capítulos del libro. Del total mencionado, siete fueron hombres y cinco mujeres. Los seleccionados han sido los más significativos de su carrera, pacientes reconocidos como enfermos mentales y como tal sentenciados, pues no hay que olvidar, como dice la autora en el libro, que aproximadamente el 70% de los presos tienen problemas de salud mental (pág. 17), evidentemente no tratados.

Las entrevistas profesionales realizadas a los sujetos recogidos en el texto tienen lugar, en cinco veces, en el hospital psiquiátrico penitenciario, de máxima seguridad, de Broadmoor¹⁸, a ochenta km. de Londres (pág. cit.), en estancias acondicionadas, donde estuvo destinada treinta años, hasta 2013 (pág. 264), al que volvió a tiempo parcial en 2016 (pág. 289), pues la autora pasó su vida laboral en el Servicio Nacional de Salud británico. Derivados de centros carcelarios ordinarios, en el citado establecimiento cumplían un promedio de 5 años (págs. 18 y 63), siendo remitidos después, para cumplir el resto de su condena, pero ya tratados y técnicamente rehabilitados de sus traumas, a sus prisiones de origen. En menor medida y en ciertas ocasiones, las charlas se llevaban a cabo en prisiones comunes en las celdas de los presos o en las unidades psiquiátricas, de muy escasas dimensiones, como por ejemplo en el caso de delincuentes en máxima seguridad –terapia imposible por la agresividad del reo, décadas después recuperada en Broadmoor– o de unas delincuentes femeninas, en pisos de liberados condicionales, en locales proporcionados a los técnicos de los juzgados de familia o, en fin, en el gabinete de su consulta privada, en el supuesto de un pedófilo.

Cada presentación de los casos se fundamenta en una reflexión acerca de las diversas psicopatías advertidas en los internos, acompañada de muy buenas notas a pie de página sobre la literatura, en lengua inglesa, procedente. La bibliografía final recoge ordenada la bibliografía manejada y recomendada (pp. 385 y sigs.). Algunas de las citas son trabajos de la propia autora, como se ha dicho destacada especialista al respecto.

¹⁷ ASDHEAD/HORNE, 2024.

¹⁸ Los dos centros psiquiátricos penitenciarios de España son Fontcalent (Alicante), inaugurado en 1983 y Sevilla, en funcionamiento desde 1990, establecimientos clasificados como especiales en el artículo 11 b) de la LOGP (MESTRE DELGADO/GARCÍA VALDÉS, 2025, pp. 42 ss. y 50), que vinieron a reemplazar al Psiquiátrico del complejo penitenciario de Carabanchel (Madrid), en 1990 y al de Psicópatas de Huesca, en 1983, ya prácticamente inutilizados. Acerca del tratamiento de la enfermedad mental, *vid.* recientemente, GARCÍA-BRAVO CORONADO, *REP*, 2023, pp. 159 ss.

2. La obra narra con detalle el «encuentro», como titula la edición original, de la especialista con sus pacientes. Su aceptación del caso, su preparación del mismo, las fundamentales entrevistas llevadas a cabo en muchas sesiones y los resultados obtenidos. El conocimiento del entorno familiar es también determinante. La disparidad de comportamientos se impone, dependiendo también de los crímenes cometidos, su confesión (último eslabón de «el candado de bicicleta»), su intensidad y número. Las sesiones periódicas, de una hora de duración, consiguen, con inteligencia y dedicación, que el interno se abra a la psiquiatra, mérito sin duda de la forma de interrogar y de entregarse de Gwen Asdhead. Es en la obra donde nos describe el contenido de las charlas, sus cambios de aptitud, según la adoptada por los entrevistados, sus errores que producían rechazo, cerrazón o agresividad en los mismos, el recomponerse luego y continuar con la terapia, sin desistir nunca de la misma, vista su eficacia. La labor de los supervisores médicos y de enfermeros, que tratan con los pacientes, se ensalza o se tiene muy en cuenta. El subtítulo de la traducción española del libro, efectuada por Violeta Radovich, habla de «mirada compasiva» del especialista, es decir de centrarse en la responsabilidad criminal de los entrevistados para entenderla, interpretarla y buscar soluciones, en escuchar sus acciones violentas y el sufrimiento propio u ocasionado, sin juzgar ni opinar sobre los delitos cometidos y ya juzgados o de actitudes peligrosas y de riesgo para la sociedad. El acercamiento por encima de todo es clave para lograr la apertura de los sujetos y su confianza, en mayor o menor medida, en el especialista.

La labor interrogativa varía según los delitos cometidos por los entrevistados, mas la técnica de Gwen Asdhead es similar: penetrar en el alma del sujeto, darle confianza y tratar de hacerle comprender que es una profesional que puede ayudarle. Ese es su objetivo y conseguirlo, el premio a la nada fácil tarea. Es de esta manera como el esfuerzo tiene la recompensa de la apertura del interno a la psiquiatra y, en consecuencia, la autocomprensión de su conducta. Pero las charlas, aun teniendo una táctica pareja, no tienen idéntica metodología. En unos casos la aproximación al autor, la penetración en su mente, o el relato de los actos cometidos, es más lenta que en otros; de hecho, en algunos supuestos la descripción y el reconocimiento de los delitos surge pronto, en las primeras charlas y en otras, más adelante, cuándo no mezcladas con tendencias ególatras o suicidas, algunas de estas últimas consumadas tiempo después de obtener la libertad (p. 233).

El tratamiento ha de conducir a la aceptación de la culpa, a un aceptable arrepentimiento, a recibir el alta hospitalaria y, en su caso, a retornar al establecimiento penitenciario ordinario. En otro caso, también el fracaso de la

evaluación condujo a la repetición de la conducta delictiva de la mujer acosadora, con coacciones y amenazas a la misma víctima por la que fue condenada (p. 261). La extrema dificultad de las intervenciones deriva, en ocasiones, en la falta de éxito de las mismas y Gwen Adshead no oculta el problema, lo cual valida sus actuaciones y su intento meritorio de aproximarse a los culpables o a las personas de riesgo sometidas a su encargo profesional.

No cabe duda de que la experiencia de la autora del libro se pone de manifiesto en el mismo. Treinta años de ejercicio de psicoterapia dan, efectivamente, para mucho y lo mejor ha sido, sin duda, el contarlos, con respeto a los pacientes y la exposición de la forma científica de aproximarse a estos, ejemplo de cuándo y cómo debe abordarse el contenido de su ejercicio profesional, modelo para todos los que traten con esta clase de condenados. Esto es, ni más ni menos, en esencia, la obra de la Dra. Adshead. Una aportación fundamental para el conocimiento del método más correcto de actuación psiquiátrica en este campo que, si ya es difícil en la vida normalizada, más se complica en el mundo penitenciario.

De entre las importantes conclusiones que se enseñan en el libro, dos me parecen interesantes sobremanera: la que se refiere a la crítica de la supresión de los manicomios y establecimientos psiquiátricos civiles, movimiento temerario y errático comenzado en la década de los años setenta en todo el mundo, y la consiguiente relegación de los pacientes perturbados a la comunidad, es decir a sus familias (p. 302); y la relativa al choque entre la confidencialidad del especialista o su secreto profesional *versus* el riesgo que detenta el paciente, finalizando el límite de este equilibrio donde comienza el peligro para los demás (p. 306). El sentido común y la larga práctica de la Dra. Adshead le hace claramente inclinarse por esta extrema solución, con la que me muestro claramente de acuerdo.

Ese «demonio» del que habla en el título de su gran libro es el que poseen de manera intrínseca, en un principio, todos los delincuentes entrevistados por la autora. Intervenir contra los mismos y tratar de apaciguarlos ha sido el objetivo de su vida profesional, prácticamente logrado al final del extenso y metódico tiempo dedicado a cada terapia, alcanzando a reconducir su conducta violenta y antisocial. Creo firmemente que la obra de Gwen Adshead es una aportación excepcional en este campo. Culta, piadosa y sabia, nos transmite su dura labor de aproximación a las mentes humanas más conflictivas, las criminales. Su logro es explicar su sistema cuasi docente al respecto, su capacidad para solventar las dificultades de los encuentros terapéuticos tan bien llevados, y narrarlos para todos en esta monografía, validados por su larga y beneficiosa experiencia.

V

Jordi Wild acaba de publicar una obra llena de interés para la historia criminal¹⁹. Este manresano, youtuber y licenciado en Psicología, nos ofrece en este libro, cuya reimpresión se produce en el mismo mes de su primera edición, un fresco inaudito de graves hechos delictivos, de asesinatos, en ocasiones, en serie, de autores reconocidos en diferentes épocas y países, crímenes a cada cual más cruel y disparatado, que ocuparon su lugar destacado en los medios de su correspondiente época. Incluso, alguno tuvo su conocida obra teatral o literaria, así como su película de éxito.

La psicopatía más extrema inunda las personalidades de los autores y se viene a desarrollar en múltiples y dispares facetas, las mismas que se narran en el libro, aunque todas presididas por la enfermedad o alteración mental más álgida, así como los brotes psicóticos. Y si esta circunstancia define a los sujetos activos, también se suman los malos tratos y abandono infantil, sin perjuicio de casos en los que la adolescencia tuvo otras características, como la prepotencia, el autoritarismo, el rencor y el desprecio hacia los inferiores. Todo ello bien estudiado y definido en cada asunto por el autor. Un lenguaje sencillo y accesible para el gran público acompaña a la investigación de Jordi Wild.

Los 8 relatos se corresponden con los principales apartados del texto. Todos tienen un orden cronológico, desde 1933 a 2018, y se centran en diferentes lugares o países –uno de los supuestos recopilados, en España (págs. 119 ss.)– siendo el común denominador el sadismo, la violencia exacerbada, el odio, el encierro o la muerte.

Todas las exposiciones están presentadas de manera similar y, para el lector, con gran claridad. Los hechos criminales, los antecedentes de los protagonistas, las consecuencias del caso; un análisis completo del mismo, psicológico y social de las personas involucradas y unas conclusiones; todo ello aparece ordenado sistemáticamente. En estos epígrafes se demuestran los déficits de conducta y negativo comportamiento de los criminales, su nula empatía y las condenas impuestas, una de las mismas a pena de muerte o, en algún supuesto, su suicidio.

Las víctimas no son uniformes ni en número, motivos o métodos ejecutivos. En dos de los casos recogidos, los sujetos pasivos asesinados son uno («¿Quién puede matar a un niño?» o «Las brujas de San Fernando»), dos («Las hermanas Papin» o «La más espantosa de las torturas») o varios («La masacre de Dnipro», «El diablo de Akihabara» y «La masacre de Isla Vista») y, entre estos últimos, los

¹⁹ WILD, 2024.

secuestrados en vida y maltratados, únicos supervivientes, que también son todos los miembros menores de una familia («La casa de los horrores»). Bien mediante agresiones corporales violentísimas, ensañamiento y tormentos habituales, o bien empleando disparos y apuñalamientos o atropellados por un camión, los sujetos pasivos sufren la muerte dolosa (voluntaria) de una u otra forma.

Lo recopilado constituye el contenido del actual libro que nos enseña la maldad enfermiza y, que como indica el mismo autor (p. 301), parece que va a tener una pronta continuación. Este museo de los horrores se verá así ampliado sustancialmente. Esta enciclopedia del mal interesa a los penalistas, criminólogos y criminalistas. Es la realidad del Derecho, sus verdaderos casos prácticos. Los relatos de sucesos, como los traídos a colación en este libro, se unen al material técnico de los hechos probados de las sentencias que conforman la jurisprudencia y componen un fresco inevitable de los crímenes más relevantes conocidos, investigados y sancionados por nuestro sistema punitivo.

VI

Un libro muy reciente y verdaderamente original, del catedrático de Instituto (Cartagena) de Lengua y Literatura, Salvador García Jiménez²⁰, se centra en un ejecutor de la justicia, el verdugo, titular de la plaza durante muchos años (1877-1908) de la Audiencia de Barcelona, Nicomedes Méndez López, que previamente había detentado la de Valladolid. El autor no desconocía este tema pues ya se había dedicado a escribir del mismo, en general, con anterioridad²¹. Igualmente, Daniel Suerio, en obra escrita²², y Basilio Martín Patiño, en el cine²³, hace tiempo, se habían ocupado del tema tan escasamente manido y estudiado y sus aportaciones nos abrieron la visión a un campo prácticamente desconocido en nuestras artes y letras. Siempre ha existido en determinados textos o reportajes la mención de determinados verdugos, como Casimiro Municio –Madrid), Gregorio Mayoral (Burgos) o Cándido Cartón (Sevilla y Madrid)–, al socaire de ejecuciones de penas de muerte de reos famosos (Angiolillo, El Empecinado, Mariana Pineda, Salvador, Jarabo...), pero nunca una recopilación literaria o en pantalla, como las que acabo de mencionar, principalmente de los actantes en aquellos momentos, últimos en activo en España: Antonio López Guerra (Madrid), Vicente López Copete (Barcelona) y Bernar-

²⁰ GARCÍA JIMÉNEZ, 2024.

²¹ GARCÍA JIMÉNEZ, 2010.

²² SUEIRO, 1971.

²³ MARTÍN PATIÑO, 1973.

do Sánchez (Sevilla). Hoy, mucho más reciente, el gran libro de Isabel Castro Latorre y Juan Eslava Galán²⁴ se muestra continuador de aquella importante saga. La monografía actual vuelve a nuestro pasado en este aspecto.

Treinta y un capítulos componen el texto, biografía personal y judicial del protagonista elegido. Unas fotografías, en el lugar central del libro, acompañan al escrito. Las vicisitudes vitales –alguna tan trágica como el suicidio de su hija por el abandono de su novio al conocer la dedicación de su padre, con su revólver (pp. 148, 149 y 450)– y profesionales de Nicomedes Méndez, como nombramientos, actuaciones y cese, se narran con detalle y precisión. Se trata de una obra de fácil escritura, con pasajes literarios, apta para todos los públicos, lo cual es muy de agradecer en asunto de tanta importancia. Sin notas a pie de página ni bibliografía final, el libro se lee con sumo interés y, después de visto, nos añade un buen conocimiento de la profesión de verdugo, concretamente el largo hacer del protagonista.

En 1865 es nombrado verdugo de Valladolid, con veintitrés años, con jurisdicción además en León, Palencia, Salamanca y Zamora. Sustituye a Félix de Gracia, «que presumía de haber ejecutado a ciento dos reos» (p. 45). Nicomedes se acostumbra a los viajes acompañado por la pareja de la Guardia Civil, a dormir en la cárcel la noche anterior al ajusticiamiento y a ocultar su nuevo cometido a sus paisanos y vecinos. No obstante, Méndez se sentía orgulloso y necesario con su cometido que abarcaba el cumplimiento de la pena capital y la de argolla. Sufrió cuando la nefasta Primera República suprimió su cargo y su sueldo, después restablecido. Rechazaba el crimen y nunca tuvo piedad respecto a los ajusticiados, aunque efectuaba limpiamente y con preseteza su oficio. En aquella España el número de asesinatos anuales se elevaba, «por término medio, a mil doscientos», nos dice García Jiménez (p. 90).

El procedimiento de aplicación de la pena capital se recogía en los Códigos penales vigentes durante el ejercicio profesional de Nicomedes, el de 1848 y de 1870. En sus preceptos correspondientes se especifican las circunstancias de los ajusticiamientos, la estancia en capilla, el traslado de los condenados, el patíbulo en lugares públicos y la misión previa (recoger los instrumentos, vestir con un hábito negro y pedir perdón al reo) y posterior (entregar sus restos a las asociaciones piadosas) del verdugo. Sera en 1900 (Ley Pulido) cuando las ejecuciones se trasladen al interior de los centros penitenciarios. El método utilizado, desde el Real Decreto de 24 de abril de 1828, es el garrote, que viene a sustituir a la horca. En los tiempos finales de su profesión, la legislación que regulaba la forma en que habían de prestar sus servicios profesionales los eje-

²⁴ CASTRO LATORRE/ESLAVA GALÁN, 2023; en García Valdés, *ADPCP*, 2023 llevé a cabo la recensión de este libro.

cutores de la justicia es la Real Orden de 16 de diciembre de 1896, derogada en 1948²⁵. Al no tener sucesor en el empleo, como en tantas generaciones de verdugos en otros diferentes lugares de España, como los Carnero en A Coruña, Pérez-Sastre en Madrid y Toledo, González en Zaragoza y Osuna en Sevilla, lo más aproximado en su vida a la herencia en el puesto, fue la dedicación de su hijo, que falleció a los veintinueve años, de oficio carpintero, a erigir los cadalsos donde se dedicaba Nicomedes a su profesión (pp. 172 y 222).

En octubre de 1877 se produce la vacante, por fallecimiento de José Vives y Solá, de la plaza de verdugo de Barcelona, cargo al que le recomienda presentarse su Presidente, y que obtiene Nicomedes Méndez, designado entre quinientos aspirantes que firman la convocatoria (p. 114). Ha servido en la Audiencia de Valladolid doce años y ejecutado a 15 condenados (pp. 441 y 442)²⁶. Y la Ciudad Condal, es decir el nuevo destino le parece, con razón, otro mundo. Del lugar provinciano pasa a la gran urbe donde vivirá, trabajará y muere en 1912. Había nacido en Haro (La Rioja) 1852. El libro de García Jiménez continúa narrándonos sus peripecias vitales y encargos legales, elevándose considerablemente el número de ejecuciones, cosa lógica al tratarse de una gran capital y de una Audiencia con más competencia territorial, donde se producían muchos más crímenes. Reinaba, además, en aquella época, el anarquismo, lo que tuvo consecuencias en su dedicación. Al jubilarse, la cifra en que aplicó de la pena capital se eleva a 44 reos (pp. 442 y sigs.)²⁷ a lo largo de sus treinta y un años de actividad²⁸. En la mayoría de sus actuaciones utilizó su invención del llamado «garrote catalán», con una puntilla en el interior de la argolla que se clavaba en la nuca del ajusticiado, provocándole la muerte en el acto (p. 128). Gregorio Mayoral, el ejecutor de Burgos, siempre le disputó su creación.

La narración de Salvador García Jiménez se centra, principalmente, en las ejecuciones llevadas a cabo por su biografiado. Todas cuantas realizó, en distintas ciudades, se recogen con exactitud y en todas ellas destaca la rapidez, prontitud en lograr la muerte del reo y eficacia de Nicomedes, no haciendo así

²⁵ GARCÍA VALDÉS, *Cuadernos para el Diálogo*, 1975, pp. 72 y 73 y GARCÍA VALDÉS, 2013, pp. 251 y 252.

²⁶ Las provincias donde Nicomedes Méndez llevó a cabo las ejecuciones, que abarcaban el territorio de la Audiencia, fueron, además de la propia de Valladolid, Palencia, León, Salamanca y Zamora y ello, en la capital y en diversos pueblos.

²⁷ Esta cifra y la anterior de ejecuciones como verdugo de Valladolid de Nicomedes Méndez, la he sacado del anexo del presente libro de GARCÍA JIMÉNEZ, 2024, pp. 441-448).

²⁸ Como ejecutor de la justicia de la Audiencia territorial de Barcelona y encargado desde 1896 de la territorial de Valencia, actuó nuestro protagonista, además de en la primera capital mencionada, en las provincias de Tarragona, Girona, Palma de Mallorca, Zaragoza (donde ejercía uno de los González), Lérida, Teruel, Huesca, Valencia y Castellón; de igual manera, la localidad barcelonesa y pueblos de la amplia zona se mezclan en su dedicación profesional, bien como titular o como ayudante.

sufrir en demasía a los condenados. Cuando fue llamado a practicar su oficio para ayudar a otros verdugos, como González (Zaragoza) o Ten Molina (Luceña del Cid, Castellón), coadyuvando en las ejecuciones o aplicando el garrote él mismo, bien por la incapacidad del primero por su avanzada edad o por la bisoñez del segundo, destacó también por su extremada y práctica pericia. Su convencimiento de lo adecuado de su oficio se demuestra en su idea de montar un «Palacio de las Ejecuciones» en Barcelona, permiso que le fue denegado, dando charlas al respecto en un local, la tasca de Can Ramón, con exhibición de los instrumentos y recuerdos de la pena capital que tenía en su poder.

Contrastan las ejecuciones públicas, con los alrededores del patíbulo lleno de gente, que acude desde distintos lugares, con el desprecio de la ciudadana a la profesión de verdugo. Ello lo sufrió Nicomedes Méndez a lo largo de su vida y en soledad, pues perdió a toda su familia, mantuvo en relativo secreto su profesión, aunque en ocasiones era reconocido. En Barcelona compró una vivienda digna y se culturizó asistiendo a espectáculos teatrales, como ópera en el Liceo, entrando y saliendo de las butacas antes y después del comienzo y el final de las funciones para no ser reconocido. También encontró una nueva compañera. Sobre el mismo, escribió Vicente Blasco Ibáñez, a quien visitó en la cárcel, preso por protestar contra la guerra de Cuba, a pedido del ilustre escritor, un relato breve (pp. 301 y sigs.), de 16 páginas, titulado definitivamente «Un funcionario» (1900).

Fallecido el día 27 de octubre de 1912, su puesto en Barcelona lo ocupó Rogelio Pérez Vicario, de corta y trágica trayectoria.

BIBLIOGRAFÍA

- ADSHEAD, Gwen y HORNE, Eileen: El demonio que hay en ti. Una mirada compasiva a la crueldad humana desde la psiquiatría forense, Madrid, 2024.
- CÁMARA ARROYO, Sergio: Criminalidad juvenil femenina y perspectiva de género. Historia, teoría y factores de riesgo, prevención y tratamiento, Madrid, 2022.
- CASTRO LATORRE, Isabel y ESLAVA GALÁN, Juan: A garrote vil. Verdugos, ejecuciones y torturas en España y otros países, Madrid, 2023.
- CRUZ CASTRO, Fernando: La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad, San José de Costa Rica, 2023.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: La moderna penología, Barcelona, 1958.
- GARCÍA BASALO, Juan Carlos: «¿A dónde va la prisión?», en Juan Carlos García Basalo (1917-2006). Antología penológica e historiográfica, Tucumán, 2024, pp. 183 ss.
- GARCÍA-BRAVO CORONADO, Elena: *Salud mental en el ámbito penitenciario. Un cambio de perspectiva: la importancia del contexto*, Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 265, 2023, pp. 159 ss.

- GARCÍA JIMÉNEZ, Salvador: No matarás. Célebres verdugos españoles, Santa Cruz de Tenerife, 2010.
- Nicomedes Méndez, el verdugo de Barcelona, Barcelona, 2024.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Hombres y cárceles. Historia y crisis de la privación de libertad*, Cuadernos para el Diálogo, 1974.
- *No a la pena de muerte*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1975.
- Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática, Madrid, 1975.
- *La pena de muerte en España*, en Clásicos españoles sobre la pena de muerte, Ciudad Real, 2013.
- *Recensión de «A garrote vil»*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2023, pp. 731 ss.
- LÓPEZ MELERO, Montserrat; CABELLO CASAS, Joan Ramón y LÓPEZ MELERO, Daniel: Análisis del perfil y trastornos de la mujer reclusa en centros penitenciarios, Madrid, 2025 (inédito).
- MARTÍN PATIÑO, Basilio: Queridísimos verdugos, Madrid, 1973.
- MARTÍNEZ GALINDO, Gema: Galerianas, corrigendas y presas. Las cárceles de mujeres hasta finales del siglo XIX en España, Madrid, 2001.
- MESTRE DELGADO, Esteban y GARCÍA VALDÉS, Carlos: Legislación penitenciaria, Madrid, 2025.
- MIR PUIG, Carlos: La mujer y la prisión (ayer, hoy y mañana), Barcelona, 2026 (en prensa).
- NEUMAN, Elías: Prisión abierta, Buenos Aires, 1962.
- SANZ DELGADO, Enrique: Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria, Madrid, 2000.
- El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX, Madrid, 2003.
- SUEIRO, Daniel: Los verdugos españoles. Historia y actualidad del garrote vil, Barcelona, 1971.
- VV.AA.: Libro-Homenaje a Fernando Cruz Castro, San José de Costa Rica, 2023.
- WILD, Jordi: Anatomía del mal. Ocho crímenes que te harán perder la fe en la humanidad, Barcelona, 2024.

6. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2025. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL

BRENDA MERINO DA SILVA
Fiscal

Asesora de Planta de la Secretaría de Estado de Justicia

FERNANDO DE LA FUENTE HONRUBIA
Magistrado, Asesor de Planta de la Secretaría de Estado de Justicia
Prof. Dr. Derecho Penal y Criminología UDIMA

I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el pasado 11 de noviembre de 2025, tras su aprobación en el Consejo de Ministros el día 28 de octubre de ese mismo año, encontrándose actualmente en tramitación parlamentaria.

Su eventual aprobación va a suponer la culminación de un viejo anhelo de los operadores jurídicos: un nuevo marco procesal penal que sustituya a una ley con más de 140 años de antigüedad, innumerables veces reformada, y que culmine en el ámbito procesal penal una ambiciosa senda legislativa que supondrá la modernización de la organización judicial y configurará un nuevo proceso penal adaptado a la realidad social, criminológica y tecnológica del siglo XXI.

Desde el inicio de la democracia, ha sido recurrente poner de relieve la necesidad político criminal de abordar un nuevo proceso penal.

Así el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 2001 estableció como objetivo fundamental la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamien-

to Criminal, y en el año 2011 se elaboró el primer Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que ya vislumbraba la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de investigación.

En 2013 se formuló una propuesta de Código Procesal Penal que abundaba en dar una mayor autonomía al Ministerio Fiscal y que motivó en parte la importante reforma que se produjo en 2015 en materia de investigación tecnológica y la aprobación del Estatuto de la Víctima.

En 2020, el nuevo equipo ministerial dirigido por el ministro de Justicia, Juan Carlos Campo, retomó el proyecto de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal con la encomienda de confeccionar un texto que, partiendo de la propuesta de 2011, integrara las mejoras técnicas y garantías que introdujo la propuesta de Código Procesal de 2013. El resultado de dichos trabajos dio lugar a la aprobación del Anteproyecto el 24 de noviembre de 2020 por el Consejo de Ministros iniciándose la fase de informes preceptivos y no preceptivos, especialmente los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial.

En septiembre de 2024, el nuevo equipo ministerial dirigido por el ministro de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Félix Bolaños, impulsó los trabajos mediante la creación de un equipo de trabajo bajo las directrices del secretario de Estado de Justicia, Manuel Olmedo. En los trabajos de revisión y adaptación del texto ha participado la Fiscalía General del Estado y más de quince asesores de planta (fiscales, magistrados y letrados de la Administración de Justicia) y se han incorporado numerosísimas sugerencias y aportaciones tanto del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal, del Consejo de Estado y de otros organismos e instituciones relevantes. La adaptación del texto a la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha supuesto también un reto para cerrar el círculo de la organización judicial.

El proyecto definitivo incorpora una reforma muy relevante del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para aumentar su autonomía de actuación y adaptar su intervención al nuevo rol que el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal le confiere.

II. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La reforma del modelo procesal penal que acomete el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento criminal responde a exigencias de orden constitu-

cional y a la voluntad política de mejorar y modernizar el sistema de administración de justicia, con el objetivo de implantar una justicia penal más propia de una sociedad democrática avanzada y, por tanto, más ágil, más eficaz y garantista con los derechos de los ciudadanos. Además, el nuevo paradigma procesal es coherente con nuestra inserción en el espacio normativo y de justicia europeo, donde la implantación de la Fiscalía Europea ¹ ha supuesto el impulso definitivo de la reforma procesal.

Se incorporan importantes novedades que se han ido perfilando a lo largo de las dos últimas décadas en diferentes propuestas normativas.

Los ejes principales de la reforma son la nueva distribución de roles entre la judicatura y el Ministerio Fiscal, una organización judicial basada en los Tribunales de Instancia, avanzando en la nueva configuración de los órganos judiciales que introduce la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, y la modernización del sistema de justicia penal, mediante el fortalecimiento de las garantías procesales de la persona encausada, de las víctimas y de las personas con discapacidad, una novedosa y avanzada regulación de instrumentos de investigación y prueba y la simplificación de los procesos penales. Además, la reforma asume otros retos importantes, como la delimitación del ejercicio de la acusación popular.

1. El fiscal en el nuevo modelo del proceso penal

Quizá la novedad más destacada y la más cuestionada del proyecto consiste en la nueva función que se encomienda al Ministerio Público, en cuanto está llamado a asumir la dirección de la fase de investigación del proceso penal.

Las distintas propuestas legislativas que anteceden al Proyecto de Ley Orgánica de 2025 coincidieron en la conveniencia de atribuir a este órgano constitucional la dirección de la investigación, desterrando cualquier nota inquisitiva del actual proceso penal y haciéndolo más acorde a las exigencias de nuestra Constitución.

En este sentido conviene recordar algunas disposiciones de la Constitución española de 1978 con repercusión directa en los procesos penales.

¹ Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, cuya aplicación en España se desarrolla en la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio.

Destaca, por ejemplo, el artículo 24.2 que proclama los derechos fundamentales vertebradores de cada trámite del proceso penal, como el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia letrada, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Junto a este importante elenco de garantías procesales, la Carta Magna atribuye en exclusiva a los jueces y magistrados la potestad jurisdiccional, que consiste en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, además de otras funciones que vengan encomendadas por la ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4). Por otra parte, la Constitución confiere al Ministerio Fiscal la titularidad de la acción pública, como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1).

Este ambicioso sistema de garantías procesales establecido en 1978 solo puede hacerse realidad si el juez se coloca en una posición de real y efectiva imparcialidad, totalmente ajeno al interés deducido en el procedimiento, asumiendo la tutela de los distintos intereses en juego, velando por las garantías procesales y los derechos fundamentales durante la fase de investigación, y encomendando la dirección de esa fase al Ministerio Fiscal, en cuanto promotor de la acción de la justicia.

El modelo acusatorio formal de la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal, si bien introduce algunas correcciones al principio inquisitivo, mantiene algunos déficits en la protección de los derechos de los investigados que se pretenden superar con la proyectada Ley Orgánica.

La concentración en el actual Juez de Instrucción de la función de dirigir la investigación y, al mismo tiempo, velar por las garantías procesales de las partes, no asegura plenamente su imparcialidad y objetividad, pues el mismo órgano está llamado, por un lado, a recabar los elementos de cargo frente al investigado y, por otro, a decidir sobre su situación personal y sobre las medidas restrictivas de sus derechos fundamentales.

Además, el carácter judicial de la fase de instrucción produce un indeseable debilitamiento del derecho a la presunción de inocencia, por dos motivos principales: la intervención judicial en la práctica de las diligencias sumariales acentúa su valor «probatorio» y devalúa el de las practicadas en el plenario y, por otro lado, el carácter judicial de la formulación provisional de los cargos, la denominada «imputación judicial», genera un efecto estigmatizante que compromete la presunción de inocencia del investigado.

Finalmente, la actual instrucción judicial se ha revelado poco ágil y eficaz, por la existencia de un complejo sistema de recursos frente a las resoluciones interlocutorias que dilatan de forma excesiva la fase de investigación. Para combatir esos retrasos en la administración de justicia se han arbitrado varias fórmulas durante los últimos años, que van desde la regulación de procedimientos de tramitación urgente, hasta la fijación de plazos máximos de instrucción.

Por consiguiente, la reforma se marca como principal objetivo restaurar al juez en la posición de garantía que constitucionalmente le corresponde, atribuyendo al llamado «Juez de Garantías» la misión de controlar el curso de las actuaciones en la fase de investigación en cuanto lo exija la tutela de los derechos fundamentales y las garantías procesales.

Se instaura, así, un procedimiento de investigación más ágil y flexible, a cargo del Ministerio Público y bajo el control judicial de las garantías constitucionales, armonizando nuestro sistema procesal penal con el de los países de nuestro entorno.

La fase de investigación se configura como una fase preparatoria de carácter extrajurisdiccional, donde la Policía Judicial desarrolla su actividad investigadora bajo la dependencia estrictamente funcional de la Fiscalía, sujetándose a las instrucciones generales y particulares que esta dicte.

El sistema proyectado contribuye al fortalecimiento de las garantías procesales de las partes y del derecho de defensa en una doble vertiente:

1.º Por un lado, la separación de roles entre el Ministerio Fiscal, en cuanto director de la fase de investigación encaminada a esclarecer los hechos denunciados, y el Juez de Garantías, que asume una función de control de esa fase, contribuye a preservar la imparcialidad objetiva del órgano judicial, en tanto se sitúa al margen del interés deducido en el proceso y se coloca en una posición neutral de garante de los derechos fundamentales de las partes y de control jurisdiccional de ciertos aspectos procesales relevantes.

Así pues, las funciones del Juez de Garantías no se agotan en la autorización de aquellas diligencias de investigación que supongan injerencia en los derechos fundamentales o en la adopción de medidas cautelares que le sean solicitadas, sino que se extiende a otras igualmente importantes como el control de la dilación indebida del procedimiento y del secreto de las actuaciones, la práctica de diligencias esenciales que hayan sido indebidamente denegadas y el aseguramiento de fuentes de prueba que estén en riesgo.

De esta forma, es incuestionable que se fortalecen las garantías procesales, pues los sujetos del proceso penal podrán dirigirse a una autoridad distinta de la encargada de impulsar la investigación, a fin de hacer valer sus derechos.

2.º Por otra parte, al eliminarse la presencia judicial en los actos de investigación, el derecho de defensa se afianza, pues las diligencias practicadas por el fiscal no reúnen valor probatorio y no accederán al juicio oral, sino conforme a un estricto sistema de testimonios. Además, la comunicación provisional de cargos, la denominada «primera comparecencia», deja de tener carácter judicial, para constituirse en un acto de parte en el que el fiscal traslada al investigado de forma anticipada su tesis acusatoria, lo que refuerza el derecho a la presunción de inocencia.

Finalmente, hay que destacar que la norma proyectada contribuye a garantizar la celeridad de la investigación toda vez que las decisiones del fiscal solo serán susceptibles de impugnación ante el Juez de Garantías en los casos expresamente previstos en la ley y las resoluciones de ese juez solo podrán recurrirse cuando así lo disponga la ley.

Otro aspecto que contribuye a agilizar la fase de investigación y que es congruente con la naturaleza estrictamente preparatoria de esta fase, es la facultad que se atribuye al fiscal de practicar solo aquellas diligencias que considere imprescindibles para resolver sobre la procedencia de ejercitar la acción penal. La decisión del fiscal denegando la práctica de las diligencias propuestas por las acusaciones y la defensa del investigado, no será susceptible de impugnación, sin perjuicio del derecho de este último a reproducir la solicitud en la fase intermedia, cuando entienda que ha sido indebidamente denegada la diligencia.

Las principales objeciones al nuevo papel del Ministerio Fiscal como director de la investigación penal se dirigen a cuestionar que este órgano constitucional ostente la independencia necesaria frente al Poder Ejecutivo para garantizar que el ejercicio de esa misión se desarrolle libre de injerencias o presiones políticas. Así, el Consejo General del Poder Judicial² ha señalado la necesidad de reforzar la independencia del Ministerio Fiscal tanto en su dimensión externa, de modo que no esté sujeto a órdenes ni instrucciones de ningún tipo impartidas por terceros y quede protegido de injerencias externas, como en su dimensión interna, estableciendo contrapesos a los principios orgánicos de jerarquía y unidad de actuación.

Desde varias instancias europeas también se ha hecho hincapié en la necesidad de reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal. Así, el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos, dentro del Consejo de Europa, o la propia Comisión

² El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fue aprobado el 18 de diciembre de 2024, por acuerdo unánime de sus miembros.

Europea en sus informes anuales sobre el Estado de Derecho relativos a España³, respondiendo a las inquietudes de Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), insisten en la necesaria independencia del Ministerio Público como elemento nuclear del Estado de Derecho. En particular, sugieren reconsiderar el método de elección y mandato del Fiscal General, para desvincularlo del mandato del Gobierno. Asimismo, se ha puesto de relieve la necesidad de establecer por ley requisitos y procedimientos claros para incrementar la transparencia en la comunicación del Fiscal General del Estado y el Gobierno y dotar al Ministerio Fiscal de mayor autonomía.

Con este objetivo se aborda, en la disposición final segunda del proyecto de Ley Orgánica, una ambiciosa reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, donde las principales novedades en orden a reforzar su independencia frente al ejecutivo consisten en ampliar el mandato del Fiscal General a cinco años, de forma que deje de coincidir con el del Gobierno y suprimir como causa de cese del Fiscal General del Estado el cese del Gobierno que lo hubiese propuesto.

Por otra parte, con el fin de evitar injerencias externas, se prohíbe expresamente al Gobierno dirigir órdenes, instrucciones o indicaciones al Fiscal General del Estado y que pueda interesar del Ministerio Público alguna actuación en relación con un procedimiento concreto.

Además, se mejora la transparencia en las relaciones entre Gobierno y Ministerio Fiscal, mediante la exigencia de que las comunicaciones entre ambos se hagan por escrito y que sean publicadas y registradas en la forma que reglamentariamente se determine, y se elimina la posibilidad de que el Fiscal General del Estado sea llamado a informar al Gobierno de procedimientos concretos en los que intervenga el Ministerio Público.

La reforma incluye, también, algunos contrapesos al principio de dependencia jerárquica, reforzando el papel de la Junta de Fiscales de Sala en caso de discrepancia con las instrucciones del Fiscal General del Estado, y otras novedades relativas a la organización de la Fiscalía tendentes a garantizar la coherencia del Estatuto Orgánico con la reforma procesal y la nueva función que está llamado a desempeñar el Ministerio Público como director de la investigación penal.

³ En el último informe sobre el Estado de Derecho relativo a España, de 29 de octubre de 2025, la Comisión Europea reitera la siguiente recomendación: «Seguir reforzando el estatuto del fiscal general, en particular en lo que respecta a la disociación temporal de los mandatos del fiscal general del Estado y del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre independencia y autonomía del Ministerio Fiscal».

2. La organización judicial en el orden penal tras la reforma

La estructura judicial que se articula en el Proyecto de Ley Orgánica no supone una ruptura con el sistema anterior, sino una evolución lógica de la nueva configuración de los órganos judiciales introducida por la Ley de eficiencia del Servicio Público de Justicia, donde se sustituyen los juzgados unipersonales por los Tribunales de Instancia colegiados en cada partido judicial.

Dentro de este nuevo modelo organizativo, caracterizado por la colegialidad, la reforma procesal penal organiza los Tribunales de instancia, en atención a la distribución de funciones, en secciones de investigación (con Jueces de Garantías), secciones de reforma (para resolver los recursos contra las decisiones del Juez de Garantías y de ejecución), secciones de enjuiciamiento (donde también se integran los Jueces de la Audiencia Preliminar, que intervienen en la fase intermedia) y secciones de ejecución, además de las especializaciones en materia de violencia sobre la mujer y en delitos contra la infancia y la adolescencia.

El aspecto realmente novedoso consiste en la superación de la escisión del enjuiciamiento en instancia, entre Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, y la unificación de las funciones de enjuiciamiento en el Tribunal de Instancia, que actuará como órgano unipersonal o colegiado, en atención a la gravedad del delito cometido. Con la unificación del enjuiciamiento penal en un solo nivel de planta judicial se simplifica el sistema de recursos, concentrando la competencia para la apelación penal en los Tribunales Superiores de Justicia. La revisión, en segunda instancia, de lo decidido por la sección de enjuiciamiento de los Tribunales de Instancia se asegura con la generalización de la apelación, lo que permite a la casación cumplir exclusivamente su función de unificación doctrinal, siempre que exista un interés casacional.

Por último, la configuración de la nueva oficina judicial que diseña la Ley de eficiencia, centralizando los servicios comunes, procesales y administrativos, para que jueces y magistrados puedan desempeñar su actividad jurisdiccional, así como la apuesta definitiva por el expediente digital en la gestión documental, son elementos clave para la optimización de recursos y la mayor eficacia y agilidad de la administración de justicia.

3. Régimen de los derechos y garantías procesales

Constitución española de 1978 y los derechos fundamentales que consagra obligan a configurar un modelo de proceso penal que gire en torno a

la protección efectiva de estos derechos. Este modelo supone la recepción de un modelo acusatorio no meramente formal, en el que el juez no representa el interés público en la persecución del delito sino la garantía de los derechos de los ciudadanos, situándose en una posición totalmente ajena al interés deducido en el proceso, mientras que la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal y la formulación de la tesis acusatoria se encomienda a otra autoridad pública distinta, revestida de las suficientes garantías institucionales.

El texto de la reforma dedica una exhaustiva regulación a los derechos de los sujetos que intervienen en el proceso penal, con especial atención a los que corresponden a la persona encausada.

a) El título preliminar incluye una regulación, en clave constitucional, de los principios rectores del proceso penal. Tras enunciar los de legalidad y jurisdiccional, dedica una regulación sistemática a los derechos fundamentales en el proceso, especialmente el derecho a la presunción de inocencia, pieza esencial del nuevo modelo acusatorio, recogiendo la doctrina constitucional sobre la suficiencia probatoria «más allá de toda duda razonable» como fundamento de la condena, la carga de la prueba sobre la acusación y la obligación de absolver cuando, siendo suficientes los medios de prueba practicados para probar la culpabilidad del acusado y valorada la verosimilitud de la versión de la defensa, persista una duda razonable sobre la culpabilidad.

Se regulan los derechos constitucionales de la persona encausada en el proceso como expresión del derecho de defensa, que comprende el derecho de designación de abogado, de comunicación y confidencialidad en las comunicaciones, derecho de acceso a las actuaciones y a la participación y el derecho a guardar silencio, aclarando que esta opción no podrá perjudicar a la persona encausada, más allá de la pérdida de la posibilidad de ofrecer una versión alternativa.

El título se cierra con las garantías del proceso como expresión de aquellas reglas que caracterizan un proceso justo y equitativo, donde destaca la consagración de la imparcialidad objetiva del juez, que proscribe que el órgano judicial pueda asumir funciones de parte, coherente con el nuevo modelo acusatorio.

La regulación de los derechos de la persona encausada se completa en el título dedicado a los sujetos del proceso, desarrollando el contenido del derecho de defensa proclamado en el título preliminar y que condiciona toda la fisonomía del proceso. Se dirige un llamamiento especial al Ministerio Fiscal para velar por el derecho de defensa, en tanto órgano constitucional que tiene

por misión la defensa de la legalidad. Al mismo tiempo la actuación del Ministerio Fiscal vendrá controlada por el Juez de Garantías a fin de prevenir cualquier vulneración de los derechos que asisten al investigado. Se recogen las facultades defensivas que competen a la persona encausada, de acuerdo con los estándares constitucionales y las exigencias de la normativa europea y la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, con especial atención al derecho a la traducción e interpretación.

b) Una de las novedades más significativas del proyecto es la introducción de una regulación integral de los derechos de la persona encausada con discapacidad, a la que se garantiza que pueda participar eficazmente en el proceso y tomar sus propias decisiones, haciendo los ajustes que sean necesarios y contando, en su caso, con los medios de apoyo que requiera. De esta forma, se incorpora el régimen normativo de la institución de apoyo, como complemento procesal de la capacidad.

Se contemplan medidas de apoyo provisionales para atender cautelarmente las necesidades derivadas de la situación de discapacidad, desde el primer contacto con autoridades o funcionarios, y se regula el incidente para su adopción ante el órgano judicial.

Se introducen reglas especiales para la adopción de medidas cautelares frente a la persona encausada con discapacidad, entre las que destaca la posibilidad de acordar el internamiento cautelar en establecimiento especial y el control judicial y periódico de esta medida. Asimismo, se prevé la posibilidad de sustituir la prisión provisional en régimen ordinario por el internamiento cautelar cuando sobrevengan motivos para entender que será aplicable una eximente completa.

Se establecen algunas especialidades procesales en los casos de falta de capacidad procesal, de forma que, si la persona encausada no entiende el significado y alcance del proceso, podrá decretarse el archivo de las actuaciones hasta que recobre la capacidad o bien acordar su continuación para la imposición de una medida de seguridad, ejercitando la acción penal exclusivamente el Ministerio Fiscal.

c) En cuanto a los derechos y garantías de las víctimas en el proceso penal, el texto normativo se remite a lo previsto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, aunque se ocupa de algunos aspectos esenciales, como el concepto de ofendido y perjudicado, el concepto de víctima y los derechos que se le reconocen, tales como el de derecho de información, el de personación en las actuaciones sin requisitos adicionales de postulación, a ser oída antes de la conformidad, a la notificación de las resoluciones que pongan fin al proceso, con posibilidad de impugnarlas, y el

derecho a constituirse como parte en la ejecución aunque no lo hubiese hecho antes, entre otros.

Se mantiene un sistema ágil de personación, mediante un escrito sencillo en el que se manifieste la voluntad de mostrarse parte mediante la designación de abogado y, en su caso, procurador. En el caso de delito privado, cuya fase de investigación se desarrolla exclusivamente con el Juez de Garantías, sin intervención del Ministerio Fiscal, se mantiene la exigencia de querrela, como auténtica demanda criminal frente al querrellado.

d) Por otro lado, el proyecto establece cautelas y garantías especiales cuando se trata de practicar diligencias o actuaciones procesales donde intervienen personas menores de edad, personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad, estableciendo ajustes y adaptando su práctica a las especiales condiciones o circunstancias concurrentes, con posibilidad de intervención de expertos en las declaraciones que presten los menores o personas con discapacidad, de utilizar medios tecnológicos de comunicación para evitar la confrontación visual con el encausado, todo ello, sin perjuicio, de acudir, de resultar necesario, al incidente de aseguramiento de prueba.

4. La novedosa regulación de los medios de investigación

Uno de los objetivos que se propone la reforma procesal consiste en incorporar nuevas herramientas en la lucha contra la criminalidad, superando la obsoleta y deficitaria regulación actual y sustituyéndola por otra más útil, moderna, eficaz y acorde con las nuevas formas de delincuencia. A pesar de que las últimas reformas legislativas han tratado de suplir esas carencias regulatorias, siendo el principal exponente la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, en lo concerniente a los medios de investigación tecnológica, la mayor parte de diligencias de investigación no cuentan con el desarrollo legal suficiente.

Además, el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal es especialmente cuidadoso con la protección de los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la actividad investigadora, introduciendo un régimen jurídico más exigente en aquellas diligencias que suponen un mayor grado de injerencia en la esfera de derechos del investigado.

a) En lo concerniente a los medios de investigación relativos a la persona investigada, destaca la regulación de la diligencia de reconocimiento en rueda, reforzando las garantías que faciliten un mayor grado de fiabilidad del resultado y eviten los elevados márgenes de error que encierra la identificación visual.

Entre esas cautelas, la norma exige que el funcionario que dirige la práctica de la rueda no conozca la identidad del sospechoso, se opta por la práctica secuencial de la diligencia y se permite a la persona investigada aportar individuos de rasgos similares para que intervengan en la misma.

b) Se introduce una regulación integral de la utilización de marcadores de ADN, consistente en comparar el perfil genético que se obtenga de una muestra tomada en el curso de una investigación con el de la persona investigada. A tal efecto, se regula con detalle la recogida y obtención de muestras biológicas, y la toma de muestras de la persona investigada, previo consentimiento de la misma o, en su defecto, autorización judicial. En caso de delito grave y cuando la investigación esté bajo secreto, podrá acordarse la obtención de la muestra sin conocimiento de la persona investigada o la utilización de muestras obtenidas con fines terapéuticos. Se regula la obtención de muestras de personas no investigadas y se detalla el contenido del consentimiento informado.

La norma clarifica la relación entre la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN y la investigación penal, así como los requisitos y las condiciones para la inscripción del perfil genético del investigado en la base de datos policial y normas sobre la cancelación de la inscripción y conservación de muestras.

Por último, se incluyen técnicas avanzadas de investigación genética que ya se emplean en el esclarecimiento de delitos graves, como el análisis de ADN para la obtención de rasgos fenotípicos y de origen biogeográfico, investigaciones de ADN en serie y uso de bases de datos genealógicos.

c) Con el fin de determinar si la persona investigada está afectada por alguna causa de inimputabilidad y si tiene capacidad para ser sometida al proceso penal, se incluye una nueva diligencia inspirada en el Código Procesal Penal alemán, consistente en la observación psiquiátrica que, para el caso de requerir de un internamiento en centro adecuado, exige autorización judicial y su duración máxima no podrá exceder de treinta días.

d) La regulación de los medios tecnológicos de investigación, reproduce en lo esencial las contribuciones de la reforma de 2015, con los ajustes necesarios en atención a la nueva distribución de roles entre el Juez de Garantías y el Ministerio Fiscal en la investigación penal. Asimismo, se introducen novedades consecuentes con los últimos avances en inteligencia artificial y entornos digitales, dedicando un capítulo a los medios de investigación basados en datos protegidos, como la búsqueda de datos en canales abiertos o acceso a los datos contenidos en ficheros de titularidad pública o privada, y otras medidas que, por suponer un acceso indiscriminado a datos de carácter personal de múltiples sujetos, se somete a un régimen jurídico más exigente, como es el

cruce automatizado o inteligente de datos, con el fin de interrelacionar la información disponible sobre la persona investigada con datos obrantes en archivos distintos a los policiales o a los constituidos en la administración de justicia, o las búsquedas selectivas en archivos no policiales a través de criterios distintivos de la persona sospechosa o del hecho delictivo.

Por último, se introduce una previsión específica de la diligencia de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público, respetando los términos y los requisitos que recoge el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo.

e) La prueba pericial científica es objeto de un especial desarrollo normativo, superando la insuficiente regulación de la actual Ley de Enjuiciamiento criminal. Se recogen las especialidades del informe pericial científico que, por aportar conclusiones de especial rigor y valor probatorio en el proceso, debe incorporar datos adicionales que aseguren ese alto grado de fiabilidad, como la capacitación del perito, el nivel de cumplimiento del laboratorio de la normativa de calidad, el sometimiento a controles periódicos o la metodología aplicada y su grado de aceptación por parte de la comunidad científica.

Asimismo, se introducen reglas concretas para determinadas pericias que son especialmente relevantes en la práctica forense actual, como los instrumentos de valoración de riesgo de reincidencia, la pericial sobre credibilidad del testimonio de menores de edad o sobre los ajustes necesarios para recibir declaración a personas con discapacidad.

5.

Otra novedad destacable es la simplificación de los procedimientos judiciales, abandonando la tradicional división entre procedimiento ordinario y abreviado, y regulando un único procedimiento con varias fases diferenciadas: la fase de investigación, como fase preparatoria extrajurisdiccional, desarrollada bajo la dirección del fiscal y con el control del Juez de Garantías, en la que se practicarán las diligencias tendentes a resolver sobre el ejercicio de la acción penal

Una vez ejercitada la acción penal, el proceso continúa en varias fases que tienen pleno carácter jurisdiccional:

— La fase intermedia que se desarrolla ante un magistrado de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, el Juez de la Audiencia Preliminar,

que tiene por objeto el examen del procedimiento de investigación, concretamente de los cargos formulados por la acusación y de la licitud de los elementos que los sustentan. Tras el juicio de acusación, decidirá la apertura del juicio oral o, en su caso, el sobreseimiento de las actuaciones, e impedirá que accedan al juicio oral aquellas pruebas que hayan sido obtenidas ilícitamente.

— La fase de enjuiciamiento, ante un magistrado o magistrados distintos de los que han intervenido en fases anteriores, que no tendrá que resolver cuestiones previas que habrán sido ya depuradas, sino centrarse en su genuina función jurisdiccional. La regulación proyectada asegura la imparcialidad objetiva del órgano sentenciador, al exigir que lleguen al juicio oral exclusivamente aquellos elementos que sean imprescindibles para la celebración de la vista, incorporados al llamado «expediente para el juicio oral», similar a los testimonios que actualmente regula la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Junto a este procedimiento ordinario, la reforma procesal regula varios procedimientos especiales, como el procedimiento de enjuiciamiento rápido, el procedimiento por delito privado, las especialidades del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, el procedimiento contra personas aforadas y el juicio por delitos leves.

6. La delimitación del ejercicio de la acusación popular

Otro aspecto novedoso en la nueva regulación procesal consiste en la delimitación del instituto de la acusación popular. Partiendo del reconocimiento constitucional de la participación ciudadana en la administración de justicia, el proyecto normativo asume el reto de establecer determinados límites a su ejercicio, evitando que se haga un uso distorsionado de este derecho que persiga intereses ajenos a los fines del proceso.

Para delimitar el alcance del ejercicio de la acción popular, se introducen tres condicionamientos:

a) Se limitan los sujetos que pueden ejercitar este derecho, excluyendo, en particular, a las personas jurídico-públicas, los partidos políticos y los sindicatos.

b) Por otra parte, se enumeran de forma taxativa aquellos delitos en los que podrá utilizarse la acción popular, caracterizados, en general, por afectar a intereses difusos o colectivos, con repercusión social, donde la intervención ciudadana puede resultar especialmente idónea.

c) Finalmente, se exige acreditar un vínculo legítimo con el interés público tutelado en el proceso penal. Este requisito debe verificarse a lo largo del proceso pues, de lo contrario, la acusación popular podrá ser expulsada, a instancia de la defensa o del Ministerio Fiscal.

7. INDEPENDENCIA JUDICIAL VS. NEGATIVA A ACATAR Y APLICAR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: UN EJEMPLO EN LA PRÁCTICA DEL *HABEAS CORPUS*

SABELA OUBIÑA BARBOLLA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. Arpegio laudatorio

Querido Enrique, tus discípulos nos han reunido en esta obra a muchos de aquellos con quienes has trabajado de una forma más y menos estrecha en la Universidad, en la Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, en la Comisión de codificación y, también en la praxis, para rendirte homenaje con motivo de tu «jubilación». Una palabra que clásicamente proviene de la evolución del término hebreo *yobel* del Antiguo Testamento que se utilizaba para la celebración de los hombres que alcanzaban la edad de 49, reflexionando y volviendo a la esencia de la vida y valorando lo conseguido, algo que había que disfrutar con júbilo. De ahí, pues, que la *iubilatio* tenía un carácter festivo y alegre. Ojalá que efectivamente lo sea la tuya y, por supuesto, *ad multos annos*.

Antes de entrar en el núcleo de esta humilde contribución, me gustaría agradecerte que, hace una década, tendieses amablemente tu mano a esta (entonces) forastera cuando daba mis primeros pasos en la UAM. Desde entonces he sido testigo, unas veces directo y otras de referencia, de que eres un jurista y un profesor de firmes principios y convicciones que ha demostrado siempre un comportamiento íntegro e impecable (que no implacable) en sus decisio-

nes. Tus discípulos (Juan Alberto Díaz, Puerto Solar, Leopoldo Puente, Marta Pantaleón y Rut Lopera) son un magnífico ejemplo de ello; advertiste sus grandes virtudes, has respetado sus ritmos vitales y, les has apoyado a cada uno en lo que necesitaba. Luego..., como suele coloquialmente decirse (para bien), cada uno te ha salido «de su padre y de su madre», pero ten por seguro que los cinco están muy orgullosos de decir con quien se han formado.

2. Presentación y justificación del objeto de análisis

Esta breve aportación quiere revelar que detrás del procedimiento del *habeas corpus* se encuentra un ejemplo frecuente del que poco se habla y, menos aún, se escribe sobre el mal funcionamiento de la Administración de Justicia. Un problema, como casi todos, multifactorial en el que se entremezcla: la elevada carga de trabajo en las guardias, la escasez de recursos personales, pero también la deficiente interpretación que los jueces y fiscales mantienen en el proceso de *habeas corpus*; especialmente aquellos que actúan en los Juzgados de instrucción o sus equivalentes¹.

Una actuación que, escudándose en la independencia del juez en la aplicación de la ley al caso concreto, bien podría ser calificada a nuestro juicio de una rebelde y testaruda negativa a acatar y aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional (TC). Una afirmación que a algunos puede sorprender o tachar de excesiva, pero el TC ya lo denunció hace algunos años cansado de la situación.

La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»² (en adelante LOHC) cumplió hace un par de años su 40.º Aniversario. Constituye una garantía reforzada del derecho a la libertad personal (art. 17.4 de la CE) y de la defensa de los restantes derechos sustantivos del artículo 17 de la CE³ que tiene una enorme proyección teórica, pero sobre todo práctica. El *habeas corpus* busca permitir el control judicial a posteriori de la legalidad de las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y de las condiciones en que aquellas se desarrollan mediante la puesta a disposición judicial de la persona que se considera privada de libertad ilegalmente.

¹ Véanse, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción (conocidos como «mixtos»). Juzgados que tras la reforma de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia se han convertido en secciones del Tribunal de Instancia, a las que también habría que añadir, las nuevas secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia del Tribunal de Instancia.

² GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, 1996, pp. 81-148. GONZÁLEZ-MALABIA, Actualidad penal, 2001, pp. 263-304.

³ GIMENO SENDRA, 1996. MARTÍN OSTOS, 2009, pp. 757-773. DE DIEGO DÍEZ, 2011. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 2021, pp. 49-59.

Sin embargo, como trataremos de exponer a continuación, desgraciadamente⁴ en bastantes ocasiones, este amparo ordinario no parece estar funcionando correctamente. El *habeas corpus* ha generado una importante y sólida jurisprudencia constitucional. Incluso, después de la reforma del trámite de admisión del de amparo en 2007⁵, el *habeas corpus* sigue teniendo la trascendencia constitucional necesaria que exige un pronunciamiento del TC sobre el fondo; amparos que, además de superar el filtro de la admisión, son mayoritariamente estimados al concluir que efectivamente se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la libertad personal. Ahora bien, en la mayoría de esas sentencias el TC no concluye nada nuevo, sino que se ve obligado a reiterar una vez más su doctrina. Al TC le incomoda tener que insistir y machacar una y otra vez lo mismo, pero además le preocupa bastante (también a nosotros) que los órganos judiciales desobedezcan abiertamente su acervo doctrinal.

Confiamos en que este trabajo ayude a reflexionar sobre un problema que presenta en la práctica el *habeas corpus* que como garantía de tutela del derecho fundamental a la libertad personal y, por tanto, del control judicial posterior de la privación de libertad de una persona cuando aquella no fue acordada previamente por el Juez

No obstante, esta sucinta introducción, el núcleo del trabajo se concentra en el siguiente epígrafe donde ofrecemos una panorámica y diagnóstico sobre el problema que presenta en la práctica el procedimiento de *habeas corpus* desde su entrada en vigor hasta la fecha. Teniendo en cuenta ese retrato, concluiremos esbozando algunas sencillas reflexiones sobre algunas de las medidas que podrían implementarse.

II. ¿QUÉ NOS ENSEÑAN Y DESCUBREN LAS SSTC SOBRE EL *HABEAS CORPUS*?

Estas páginas tienen su punto de partida cuando hace poco más de un año tuve la oportunidad de releer la STC 73/2021, de 18 de marzo⁶; una sentencia que había leído en su momento, al poco de dictarse y, que resuelve un recurso de amparo constitucional interpuesto contra el auto de un Juzgado de instrucción que inadmitió a trámite la solicitud de *habeas corpus*. El Tribunal de garantías declaró que se habían vulnerado distintas dimensiones del

⁴ La inoperancia del *habeas corpus* fue denunciada en un aniversario previo, CAMPANER MUÑOZ, 2013.

⁵ OUBIÑA BARBOLLA, 2012, pp. 495-508.

⁶ En los que insistió poco tiempo después en el FJ 3 de la STC 103/2022, de 12 de septiembre.

derecho fundamental a la libertad personal; por un lado, el derecho al control judicial de la detención (art. 17.1 y 4 CE) y, por otro lado, también el derecho a la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales (art. 17.1 y 3 de la CE).

Todo procesalista que se precie debe estar atento a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, así nos ha ocurrido siempre. Lo que despertó, sin embargo, nuestra curiosidad no estaba tanto en el fondo del asunto o quizá sí. Me explico: no se trataba de la fundación jurídica en sentido estricto, sino de una «pullita» muy seria que el TC lanza entre líneas del FJ 4 a los jueces y fiscales de la jurisdicción ordinaria. Dejo a continuación, una parte del fragmento, donde hemos destacado en cursiva lo que ahora interesa:

«[...] la importancia que, desde la perspectiva del derecho reconocido en el artículo 17 CE, reviste el control judicial de las privaciones de libertad y de lo censurable que resulta el extendido incumplimiento de la doctrina establecida por este tribunal: “se hace necesario reiterar una vez más que [...] *el procedimiento de habeas corpus no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal* [...]”. Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de *habeas corpus* controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; *que en esa función están vinculados por la CE; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos* (art. 5.1 de la LOPJ). El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional, que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo [...], es motivo de muy alta preocupación para el TC en una materia que suscita especial sensibilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales y que constituye uno de los fundamentos elementales del Estado de Derecho desde el punto de vista histórico e institucional. No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este tribunal sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* [...]».

1. Amparo constitucional y *habeas corpus*

Teniendo en cuenta lo anterior, decidimos diseñar y realizar un trabajo de campo que engloba una muestra representativa de las SSTC dictadas en mate-

ria de *habeas corpus* entre 1985-2024; en concreto 109 sentencias de las que se han extraído y codificado más de treinta variables⁷, muy heterogéneas tanto del recurso de amparo constitucional como del procedimiento de *habeas corpus* del que traen causa. Por elementales razones de espacio, al objeto de este balance sólo utilizaremos algunos datos, dejando el resto para futuras publicaciones. Para empezar, más de 2/3 de las SSTC dictadas en materia de *habeas corpus* han sido estimatorias.

Tabla 1. Amparo constitucional y *habeas corpus*

Sentido de la STC		N.º	%	
Desestima.		29	26,61	26,62
Estima.	Total.	74	67,89	70,64
	Parcial.	3	2,75	
Inadmite.		3	2,75	2,75
Muestra, total.		109	100	100

Dado que el periodo objeto de la muestra es de más de 40 años, resulta también interesante comprobar la evolución de esta variable en el tiempo. Desde esa perspectiva, las SSTC revelan que los *habeas corpus* han preocupado más al Tribunal en este s. *xxi*, que en el pasado. Pero, es que, además, se aprecia un patente cambio en el sentido del fallo de los amparos. Y es que desde el año 2000, la mayoría de las sentencias del TC en esta materia son estimatorias; en concreto más del 79 % o lo que es lo mismo casi 8 de cada 10 sentencias.

Tabla 2. Ayer y hoy en el sentido del fallo de las SSTC sobre *habeas corpus*

Sentido de la STC	Siglo <i>xx</i>		Siglo <i>xxi</i>	
Desestima.	14	60,87 %	15	17,44 %
Estima.	9	39,13 %	68	79,07 %
Inadmite.		0,00 %	3	3,49 %
Muestra, total.	23	100 %	86	100 %

Un patrón que se repite si desglosamos las cifras por décadas, como muestra la tabla *infra*.

⁷ Puede consultarse la ficha de codificación en el Anexo.

Tabla 3. Evolución de las SSTC sobre habeas corpus en las últimas décadas

Sentido STC	1985-1994		1995-2004		2005-2014		2015-2024	
<i>Desestima.</i>	8	80,00 %	9	34,62 %	9	16,67 %	3	16,67 %
<i>Estima.</i>	2	20,00 %	18	69,23 %	44	81,48 %	13	72,22 %
<i>Inadmite.</i>					1	1,85 %	2	11,11 %
Muestra, total.	10	100 %	27	104 %	54	100 %	18	100 %

No queremos dejar pasar la ocasión de observar el tiempo de respuesta del TC en estos amparos sobre *habeas corpus*. La duración de estos amparos constitucionales es fluctuante, pero la diferencia entre media y mediana no es excesiva pues apenas se alejan mes y medio. El tiempo promedio de resolución es de 860,66 días, es decir, casi dos años y medio después de su interposición. Llegando la sentencia de la muestra que más se ha demorado a superar los 6 años (2.235 días).

Con todo, justo es señalar también que la muestra comprende sentencias dictadas en periodos muy distintos en los que la congestión y dilación en el TC eran significativamente mayores. Precisamente, una de las finalidades que perseguía la reforma de la LOTC en 2007 era la agilización del trámite de admisión de los amparos para que el TC pudiese concentrar la mayor parte de sus esfuerzos en la resolución sobre el fondo de los recursos de amparo que sí tienen trascendencia constitucional. Por eso, decidimos extraer también los estadísticos del subgrupo de las SSTC sobre habeas corpus dictadas desde la entrada en vigor de la reforma; y, afortunadamente, como era de esperar, los datos mejoran sensiblemente. Las sentencias se dictaron por término medio en 591,52 días (más de año y 7 meses y medio); la mediana se incrementa en poco más de un mes (626 días). Ahora bien, un 25 % de las SSTC sobre habeas corpus en ese tramo han requerido más de 2 años y 2 meses.

2. El foco del problema: la inadmisión a trámite de la petición de *habeas corpus* por razones de fondo

Instado el procedimiento⁸ de *habeas corpus* por alguno de los legitimados (art. 3 LOHC), el juez debe examinar si concurren el presupuesto y los requisitos para su tramitación; para ese control de admisibilidad recaba infor-

⁸ PESTANA PÉREZ, 2008, pp. 181-220. Sobre las fases del habeas corpus y la finalidad de la decisión sobre la admisibilidad, consultar las SSTC 66/1996, de 16 de abril; 94/2003, de 19 de mayo; 303/2005, de 24 de noviembre.

me del Ministerio Fiscal; dictamen que no es vinculante. A continuación, el juez decidirá mediante auto incoar el procedimiento o denegar su inicio.

El estudio de campo realizado alerta de que es en este trámite preliminar⁹ de admisión donde se concentra el problema constitucional del procedimiento de *habeas corpus*. Casi el 90% de las sentencias de amparo sobre *habeas corpus* tienen su origen en solicitudes de incoación del procedimiento que se inadmiten a trámite por motivos de fondo. En el estudio jurisprudencial sobre las SSTC en materia de *habeas corpus* también es constante¹⁰ que el TC haga este reproche a la decisión del Juez instructor respecto de la incoación. De hecho, la *especial trascendencia constitucional*¹¹ que se exige a las demandas de amparo constitucional desde el 2007 adopta sistemáticamente una forma muy clara: la doctrina del TC sobre el derecho fundamental que se alega está siendo incumplida de modo reiterado por la jurisdicción ordinaria; podría, incluso, calificarse de una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC.

El problema, a nuestro juicio, está en lo que puede y debe ser «objeto» de examen en ese momento. El juicio de admisibilidad se refiere al inicio del procedimiento, pero no puede confundirse y tampoco convertirse en una resolución anticipada sobre el fondo del *habeas corpus*. Por tanto, el control debe reducirse al presupuesto y los requisitos formales. A estos parámetros debe limitarse, primero, el informe del Ministerio Fiscal; y, por supuesto, el auto que el Juez adopte en este trámite. En la función que a cada uno de los dos operadores corresponde y los principios a que se sujeta su actuación, ninguno debería exceder esos puntos de referencia en este trámite preliminar. Y es que hacerlo no sólo distorsiona el orden con que el legislador ha pautado el desenvolvimiento de este procedimiento, sino que también constituye una vulneración de la libertad personal (art. 17 CE) y del derecho a la tutela judicial

⁹ REIFARTH MUÑOZ, 2009, pp.1647-1668. DEL MORAL GARCÍA, 2021, pp. 259-268.

¹⁰ Entre otras, las SSTC 147/2008 de 10 de noviembre, FJ 2; 37/2008 de 25 de febrero, FJ 3; 204/2015 de 5 de octubre, FJ 2.

¹¹ El FJ 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio explicó que la lesión de un derecho fundamental o libertad pública tiene esa especial trascendencia constitucional cuando: a) No existe doctrina constitucional; b) Dé la oportunidad al TC para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes [...], o de otros órganos jurisdiccionales supranacionales; c) Ha sido causada inmediatamente por una ley u otra disposición de carácter general; d) Tenga origen en la interpretación jurisprudencial de la ley; e) Provenza del incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [...]; f) Tenga origen en la negativa manifiesta de un órgano judicial del deber de acatamiento de la doctrina constitucional (art. 5 LOPJ); g) Trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante repercusión social o económica, políticas [...]. GONZÁLEZ RIVAS, Revista de derecho procesal, 2009, pp. 593-603; BELADÍEZ ROJO, RGDC, 2017.

efectiva si indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al proceso, en tanto el *habeas corpus* se erige como amparo ordinario de tutela preferente y sumaria del derecho fundamental a la libertad personal. Adelantar a este trámite de admisión una decisión sobre el fondo desfigura por completo la garantía que representa y a que se debe el *habeas corpus*. Rechazar *a limine*¹² el fondo del *habeas corpus* en el trámite previo de admisión no es constitucionalmente legítimo ya que la garantía exige que cumplidos el presupuesto y los requisitos formales se ponga al sujeto privado de libertad inmediatamente a disposición del Juez o, en su caso, que el Juez se constituya también sin demora en el lugar donde el detenido se encuentre. Por eso, salvo que la solicitud no reúna el presupuesto o los requisitos formales, el Juez de instrucción está obligado a comprobar personalmente la situación de la persona que pide el control judicial de su privación de libertad. La STC 86/1996 de 21 de mayo, explicaba muy gráficamente que «haber el cuerpo» de quien se encuentra detenido exige ofrecerle la oportunidad de hacerse oír, y presentar alegaciones y pruebas (FJ 12).

La decisión¹³ de fondo del *habeas corpus* sobre la licitud¹⁴ de la privación de libertad exige respetar el derecho de contradicción. Por eso, el Juez está obligado a escuchar¹⁵ a la persona privada de libertad y a su Abogado, si lo hubiera designado, así como de nuevo al Ministerio Fiscal y a la autoridad bajo custodia se encuentre¹⁶.

A la vista de estas declaraciones y, en su caso, las pruebas propuestas y admitidas para su práctica en el acto, entonces ya sí el Juez resolverá sobre el fondo mediante auto. En este escenario, desestimaré el *habeas corpus* si considera que la privación de libertad y las circunstancias en que se ha realizado han sido ajustada a Derecho. O, a la inversa, el Juez estimará el *habeas corpus* cuando entienda que la persona está ilegalmente detenida¹⁷. En este

¹² El TC también ha rechazado la incoación fundada en que no se den los supuestos del artículo 1 de la LOHC por ser una respuesta genérica y estereotipada. Véanse, las SSTC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9; 21/1996, de 12 de febrero, FJ 2.

¹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, pp. 493-509.

¹⁴ SSTC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 147/2007, de 10 de noviembre, FJ 2.

¹⁵ SSTC 37/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6.

¹⁶ También a la autoridad, agente, funcionario público representante de la institución que hubiere ordenado o practicado la detención o el internamiento.

¹⁷ A los efectos de la LOHC considera que una persona está ilegalmente detenida cuando: lo fue por una autoridad, agente, funcionario público o particular, sin que concurra supuesto legal, o sin cumplir las formalidades y requisitos legales; esté ilícitamente internadas en establecimiento o lugar; la que lo está por plazo superior al señalado en la ley o si transcurrido no ha sido puesto en libertad o entregada al Juez más próximo; si no se le respetan los derechos que CE y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

último caso, adoptará en la misma resolución alguna de las siguientes medidas: i) la inmediata puesta en libertad, tanto si la persona fue ilegalmente privada de libertad, como si la privación de libertad fue legítima, pero ha transcurrido el plazo legalmente establecido; ii) que la privación de libertad continúe de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso concreto, pero si fuese necesario en un establecimiento distinto; o bajo la custodia de personas distintas, etc.

Los datos de la muestra de SSTC en esta materia arrojan resultados muy interesantes sobre la posición del Ministerio Fiscal en el trámite preliminar. Así, sabemos que el Ministerio Fiscal se opuso en más del 86 % a la incoación de los *habeas corpus* de los que traen causa las sentencias de amparo constitucional. En ese control de admisibilidad, el Juez de instrucción coincidió en más del 87 % de los casos con el informe del Ministerio Fiscal, denegando así el inicio del procedimiento. La disparidad de pareceres entre el Ministerio Fiscal y el Juez en el examen de admisión es menor.

Tabla 4. Posición del Ministerio Fiscal vs. Juez sobre la incoación

Informe Ministerio Fiscal	Auto judicial			
	Admisión	Inadmisión	Admisión	Inadmisión
<i>A favor total o parcial.</i>	2	8	20 %	80 %
<i>Contra.</i>	8	56	12,50 %	87,50 %
Muestra.	74			

El retrato cambia significativamente cuando nos trasladamos al escenario de los amparos constitucionales que, en materia de *habeas corpus*, se resuelven en sentencia. Las demandas de amparo se interponen contra el auto que deniega la incoación del procedimiento o, excepcionalmente, en los procedimientos admitidos a trámite contra el auto que desestima el *habeas corpus*. Y es que, la Fiscalía ante el TC refleja en su informe una opinión muy distinta a la que emitieron sus compañeros en el procedimiento de *habeas corpus*; así, en más del 60 % de las sentencias objeto de la muestra defiende la estimación del amparo al entender que hubo vulneración del derecho fundamental. De hecho, algunas de las sentencias en esta materia, la demanda de amparo constitucional se ha interpuesto por el Ministerio Fiscal; recursos que, por si hubiera duda, fueron estimados¹⁸.

¹⁸ Véanse las SSTC 42/2015, de 2 de marzo; 21/2014, de 10 de febrero; 12/2014, de 27 de enero.

Tabla 5. Opinión de la Fiscalía ante el TC sobre el amparo

Informe Fiscalía ante el TC	SSTC habeas corpus (1985-2024)		
Desestimar.	41		37,61 %
Estimar.	<i>Total.</i>	60	60,55 %
	<i>Parcial.</i>	6	
Inadmitir.	2		1,83 %
Total, muestra.	109		100,00 %

La Fiscalía del TC ha jugado incluso un papel muy importante en la admisión a trámite de alguno de estos recursos de amparo. Por ejemplo, así ocurrió en las demandas de amparo que resolvieron las SSTC 204/2015, de 5 de octubre y 195/2014, de 1 de diciembre que fueron inicialmente inadmitidas mediante providencia y que, gracias al recurso de súplica del Ministerio Fiscal, se admitieron a continuación a trámite y resolviéndose estimatoriamente por lesión del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 y 4 CE).

En general, en las sentencias de amparo sobre *habeas corpus*, el TC se alinea en más 85 % de los casos con el sentido del dictamen de la Fiscalía del TC cualquiera que sea su sentido (negativo, favorable, o de inadmisión). Pero, el TC es más fino en la tutela del derecho fundamental ya que estima más amparos de *habeas corpus* que los que defiende la Fiscalía; por eso, las sentencias estimatorias de la muestra es superior (más del 71,5 %).

Tabla 6: Perspectiva de la Fiscalía ante el TC vs. el sentido de la STC

Informe Fiscalía ante el TC	SSTC <i>habeas corpus</i> (1985-2024)		
	Desestima	Estima	Inadmite
<i>Negativa.</i>	24	16	1
<i>Favorable.</i>	4	61	1
<i>Inadmisión.</i>		1	1

Antes de concluir, también queremos enseñar algunos de los datos que las SSTC de amparo retratan acerca de los hechos que están detrás de la privación de libertad no acordada judicialmente que da lugar a la solicitud de *habeas corpus*. La casuística por supuesto es infinita, pero a los efectos de estas líneas, lo que nos parecía interesante era evitar criminalizar una vez más a los inmigrantes.

Tabla 7. Origen de la solicitud de habeas corpus

Hechos que desencadenan la solicitud de <i>habeas corpus</i>	N.º	%
<i>Ilícito penal.</i>	38	36,54
<i>Extranjería.</i>	47	45,19
<i>Sanción disciplinaria.</i>	18	17,31
<i>Internamiento psiquiátrico.</i>	1	0,96
<i>No determinado.</i>	5	
Muestra, total.	109	100,00

Y es que si bien es cierto que un volumen importante de los recursos de amparo sobre *habeas corpus* que el TC resuelve en sentencia se refieren a privaciones de libertad no acordadas judicialmente en materia de extranjería (45 %), existen también otros muchos en los que la detención se ha producido por la presunta comisión de un delito (36,5 %); así como por sanciones disciplinarias en el caso de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Policía, Guardia Civil) o militares. A mayor abundamiento, tampoco puede decirse que son los extranjeros quienes están detrás de los ilícitos penales de las solicitudes de *habeas corpus* que terminan en amparo constitucional porque como otra de las variables del estudio fue el origen del detenido/a también sabemos que las cifras son muy similares; de hecho, las SSTC sobre *habeas corpus* se refieren en casi el 51 % de los casos a privaciones de libertad de españoles.

III. REFLEXIONES FINALES

La estimación de los recursos de amparo constitucional en materia de *habeas corpus* apenas tiene eficacia. Por un lado, en cuanto a la dimensión subjetiva de protección individual, el fallo de la sentencia se limita a declarar con carácter general la vulneración del derecho fundamental del demandante a la libertad personal (art. 17.1 de la CE), determinando en su caso la faceta concreta¹⁹ lesionada. Más allá de esa declaración, el restablecimiento en la integridad de su derecho simplemente pasa por la declaración de nulidad del auto/s que se hubieran dictado en el procedimiento de *habeas corpus*. Pero es que, además, el estudio empírico y jurisprudencial tampoco permite ser muy

¹⁹ Véase: el derecho al control judicial de la detención no acordada judicialmente (art. 17.4 de la CE); la asistencia letrada en las diligencias policiales y/o el derecho a ser informado de sus derechos (ambos recogidos en el artículo 17.3 de la CE); a que la detención no se prolongue más del tiempo estrictamente necesario y, en todo caso, el máximo de 72 hs.

optimista con los resultados de la dimensión objetiva; aquella que, más allá del caso concreto persigue defender el orden constitucional, los valores y principios que la integran. Las SSTC no parecen tener repercusión en mejorar la tutela del derecho fundamental a la libertad personal de otros ciudadanos que se encuentren en situaciones similares.

El procedimiento de *habeas corpus* puede haberse convertido en un proceso meramente simbólico²⁰ que, desgraciadamente, conlleva un grave menoscabo a la eficacia del derecho fundamental a la libertad personal. Y es que a pesar de la constante y reiterada doctrina constitucional sobre la finalidad y el objeto de control en el trámite de incoación o iniciación del procedimiento de *habeas corpus*, los recursos de amparo revelan que bastante jueces y fiscales de la jurisdicción ordinaria rechazan *a limine* muchas solicitudes de *habeas corpus* con base en motivos de fondo. De hecho, creemos que llegan menos recursos de amparo de los que exige la tutela del derecho fundamental a la libertad personal; pero muchos de los afectados y, sus letrados, se aquietan con la lesión por distintas razones; p.ej. la próxima celebración de la vistilla para resolver sobre la situación personal del detenido una vez que es puesto a disposición judicial. Sea como fuere, el TC sigue reconociendo que los recursos de amparo interpuestos en esas circunstancias tienen trascendencia constitucional, pero quizá un día se cansen de hacerlo.

Todos sabemos que en Derecho no existen soluciones mágicas y menos aún instantáneas. A continuación, dejamos esbozadas algunas de las vías que podrían explorarse para mitigar el problema, algunas al alcance de los operadores jurídicos implicados (fiscales y jueces) y otras que requieren la intervención del legislador.

Al Ministerio Fiscal le corresponde, entre otros, promover la acción de la Justicia para la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 de la CE). El Ministerio Fiscal se organiza conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y en su funcionamiento se debe al principio de legalidad e imparcialidad. En lo que ahora importa, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal es un cuerpo único y que debe promover la misma interpretación y aplicación de las normas y que para ello están previstas las circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado. Quizá la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional podría sugerir a los órganos competentes de la Fiscalía General del Estado²¹ que aborde esta problemática en algunos de esos documentos. Pensando especialmente en los fiscales que desarrollan funciones en las secciones de instrucción de los Tribunales de Instancia.

²⁰ SSTC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 25/2006, de 24 de julio, FJ 2.

²¹ No en vano, la actual Fiscal General del Estado tiene alguna publicación sobre buenas prácticas en esta materia, PERAMATO MARTÍN, 2009, pp. 695-715.

Por supuesto, existen ya algunas circulares en ámbitos específicos como el de extranjería que abordan parcialmente el tema del *habeas corpus* y recogen la doctrina constitucional aplicable. Véase, por ejemplo, la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Recordemos que el Juez de instrucción recaba informe del Ministerio Fiscal en dos momentos del procedimiento de *habeas corpus*: antes del juicio de admisibilidad y, en caso de ser admitido, de nuevo en el juicio de fondo sobre la solicitud. El análisis de datos ha confirmado que casi el 90 % de las SSTC de amparo en este ámbito se interponen frente a autos que inadmiten a trámite el procedimiento por razones de fondo y que el juez coincide casi siempre con el criterio de inadmisión del Ministerio Fiscal. Por eso, creemos que su posición en el trámite de admisión, aunque no es vinculante, sí juega un papel relevante.

La independencia judicial no impide que también puedan barajarse algunos instrumentos. Y es que los Jueces son independientes, pero están sometidos al imperio de la Ley; en este punto, el artículo 5 de la LOPJ recuerda que la CE es la norma suprema y que vincula a todos los jueces, que deben interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación efectuada en las SSTC. Teniendo en cuenta lo anterior, quizá los jueces que pertenezcan a la sección de instrucción de un Tribunal de Instancia puedan reunirse en Junta de Sección del Tribunal de Instancia (art. 170 de la LOPJ) para unificar criterios, prácticas y tratar asuntos comunes en lo relativo al procedimiento de *habeas corpus*; poniendo especial énfasis en el trámite preliminar de incoación del procedimiento en el que se decide sobre la admisión o inadmisión a trámite de la solicitud.

Las vías señaladas anteriormente no significan desconocer la situación de colapso, falta de medios y recursos personales que aqueja la Administración de Justicia y, agobia en particular a los operadores que trabajan en las secciones de instrucción de los Tribunales de Instancia. Por eso, las medidas que incrementen y refuercen estos también ayudarán.

Una alternativa de mayor calado pasa por una reforma legal que prevea la posibilidad de recurrir en apelación el auto que ponga fin al procedimiento de *habeas corpus*, ya sea el que lo haga anticipadamente denegando la incoación del procedimiento o, el que desestime el *habeas corpus*. La competencia para resolver la apelación correspondería a la sección penal de la Audiencia Provincial y, su resolución debería tener carácter preferente siguiendo *mutatis mutandis* el esquema de la apelación frente al auto que acuerda, prorroga o deniega la prisión provisional que debe resolverse en el plazo máximo de 30 días (art. 507.1 de la LECrim); podría valorarse, incluso, fijar un plazo inferior para esa nueva apelación frente al auto que resuelve el procedimiento de *habeas corpus*.

BIBLIOGRAFÍA

- BELADÍEZ ROJO, Margarita: *El recurso de amparo y la especial transcendencia constitucional*, Revista general de derecho constitucional, núm. 25, 2017.
- CAMPANER MUÑOZ, Jaime: *Hacia el 30.º aniversario de la trivialización de las detenciones ilegales: o de la inoperancia del procedimiento de Habeas Corpus*, Diario La Ley, núm. 8141, 2013.
- DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: *El habeas corpus* frente a detenciones ilegales, Barcelona, 2011.
- DEL MORAL GARCÍA, Alfonso: *El habeas corpus. Praxis judicial errónea y recurrente en la fase de incoación del procedimiento*, Anuario Jurídico Secciones del ICAM, 2021, pp. 259-268.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *Doctrina constitucional sobre la detención y sus garantías*, en Una perspectiva global del Derecho Penal, Barcelona, 2021, pp. 49-59.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma: *Reflexiones en torno a la LO 6/1984 de Habeas Corpus*, Anales de derecho, núm. 14, 1996, pp. 81-148.
- GIMENO SENDRA, Vicente: *El procedimiento de habeas corpus*, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ MALABIA, Sergio: *Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus*, Actualidad penal, núm. 1, 2001, pp. 263-304.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *Especial transcendencia constitucional en la STC pleno 155/2009, de 25 de junio: algunas consideraciones jurisprudenciales sobre la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, del Tribunal Constitucional*, Revista de derecho procesal, núm. 1, 2009, pp. 593-603.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Artículo 17.4: Habeas corpus y prisión provisional*, en Comentarios a la Constitución española, Madrid, 2018, pp. 493-509.
- MARTÍN OSTOS, José: *Habeas corpus* en España, en Realismo jurídico y experiencia procesal: Manuel Serra Domínguez (Liber amicorum), Barcelona, 2009, pp. 757-773.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: *Detención y «habeas corpus»: supuestos no penales*, Manuales de formación continuada (Ejemplar dedicado a: Detención policial y habeas corpus), núm. 48, 2008, pp. 105-140.
- OUBIÑA BARBOLLA, Sabella: *Tribunal Constitucional: pasado, presente y futuro*, Valencia, 2008.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David: *La especial transcendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado: De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio*, Teoría y realidad constitucional, núm. 25, 2010, pp. 497-513.
- PESTANA PÉREZ, Mario: *El procedimiento de «habeas corpus»*, Manuales de formación continuada (ejemplar dedicado a: Detención policial y habeas corpus), núm. 48, 2008, pp. 181-220.

- PERAMATO MARTÍN, Teresa: *Habeas corpus*, en Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial, Madrid, 2009, pp. 695-715.
- REIFARTH MUÑOZ, Walter: *La admisión de la solicitud de habeas corpus*, en La administración de justicia en España y América: José Martín Ostos (Liber amicorum), Sevilla, 2021, pp. 1647-1668.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma: *Habeas corpus e internamiento de extranjeros*, en Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solè Tura, vol. 2, Madrid, 2008, pp. 1381-1369.

JURISPRUDENCIA

- STC 86/1996 de 21 de mayo.
STC 21/1996, de 12 de febrero.
STC 174/1999, de 27 de septiembre.
STC 263/2000, de 30 de octubre.
STC 37/2005, de 28 de febrero.
STC 25/2006, de 24 de julio.
STC 93/2006, de 27 de marzo.
STC 147/2007, de 10 de noviembre.
STC 35/2008, de 25 de febrero.
STC 12/2014, de 27 de enero.
STC 21/2014, de 10 de febrero.
STC 42/2015, de 2 de marzo.
STC 73/2021, de 18 de marzo.
STC 103/2022, de 12 de septiembre.

LEGISLACIÓN

- Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978.
Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».
Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica a LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.
Real Decreto 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ANEXO

Ficha de codificación			
Recurso amparo	Núm. STC	Código	XX/AAAA
	Fecha STC	Fecha	DD/MM/AAAA
	Sala/ Pleno	Sala 1.ª/Sala 2.ª/Pleno	1/2/Pleno
	Ponente	Apellidos	Variable
	Demandante	Detenido/condenado/MF	Tasado
	Género detenid@	Hombre/Mujer	
	Origen	Español/Extranjero	
	Fecha demanda	Fecha	DD/MM/AAAA
	Fecha admisión	Fecha	DD/MM/AAAA
	Trascendencia CE	Letra de la STC 155/2009	a), b), c), etc.
	DDFF presuntamente vulnerados	17.1, 17.2, 17.3, 17.4, 24.1, 24.2, ...	
	Informe MF	Estimar/Denegar	
	Sentido STC	Estima/Desestima/ Estima Parcialmente	
	En caso estima, vulnera cuál/es	17.1, 17.2, 17.3, 17.4, 24.1, 24.2, ...	
	Efectos	Nulidad, Etc./No Procede	
	Detalle	Variable-Curiosidad	
	Voto particular	Si/No	
	Sentido voto	Concurrente/Discrepante	

Ficha de codificación			
Habeas corpus	Resolución impugnada	Auto	
	Fecha resolución impugnada	Fecha	DD/MM/AAAA
	Órgano judicial	J/JCI/JMixto	
	Partido judicial	Partido Judicial	
	Sentido resolución impugnada	Inadmite/Deniega	
	Fecha detención	Fecha	DD/MM/AAAA
	Hechos	Variable	
	Fecha Sol. HC	Fecha	DD/MM/AAAA
	Solicitante	Detenido/Familiar/ Abogado/MF/Defensor Pueblo/Otros	
	Informe MF	A Favor/Contra	
	Admisión/ inadmisión	Admisión/Inadmisión/ No Deter	
	Fecha Admisión/ inadmisión	Fecha	DD/MM/AAAA
	Estima/ Deniega	Estima/Deniega/No Procede	
	Fecha Estima/ Deniega	Fecha	DD/MM/AAAA
	Incidente nulidad	Si/No	

8. LA RESPONSABILIDAD POR EL RIESGO PROCESAL COMO RAZÓN LEGITIMADORA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

I. PROPÓSITO Y FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

En el proceso penal las medidas cautelares personales cumplen la función de garantizar que, durante el tiempo necesario para la investigación y enjuiciamiento de un presunto delito, no se frustre el objetivo de lograr un correcto esclarecimiento de la *notitia criminis*, ni tampoco el propósito de que, en caso de condena, la ejecución de la correspondiente sanción penal y la reparación a la víctima puedan hacerse efectivas. Todas estas finalidades se ven frustradas si, por ejemplo, el procesado huye a un lugar donde no puede ser detenido, si se destruyen las principales pruebas de su culpabilidad, o si la persona denunciante (víctima) fallece a manos del acusado antes de celebrarse el juicio¹.

¹ Como se ha justificado ya en otro lugar (RAGUÉS I VALLÈS, 2023, p. 125 ss., con las referencias correspondientes), la prevención genérica de futuros delitos por parte del sujeto investigado no entraña ningún riesgo para el procedimiento en el que se está desarrollando la investigación y, por tanto, no puede afirmarse que en tales casos se imponga una genuina medida cautelar, por más que numerosos ordenamientos –entre ellos el español– regulen conjuntamente tales figuras. Se trata, más bien, de una medida de seguridad predelictual y el análisis crítico de su legitimidad debe partir de premisas distintas.

En todos estos supuestos (riesgo de huida, alteración de pruebas o peligro vital para la víctima) cabe hablar de la existencia de un «riesgo procesal»², es decir, de una situación de peligro para la consecución de aquellas finalidades (sanción efectiva, reparación) cuyo cumplimiento se atribuye al proceso penal y tras cuyo aseguramiento late el evidente interés público en el correcto funcionamiento de la administración de justicia. La concurrencia de tal riesgo legítima, con determinados límites y exigencias, la privación de derechos inherente a las medidas cautelares, según una previa ponderación efectuada por los legisladores estatales y convalidada por los convenios y tribunales internacionales encargados de la protección de derechos humanos.

En aquellos ordenamientos en los que rige la presunción de inocencia, solo la concurrencia del citado riesgo procesal puede legitimar la restricción de derechos asociada a las medidas cautelares y no la sospecha de haber cometido un delito. Si fuera este último el fundamento legitimador de estas medidas su imposición debería ser la regla general y no la excepción, pues todo procedimiento penal que se incoa y se mantiene abierto se justifica, precisamente, por la existencia de una sospecha. Además, con razón podría decirse en tal caso que la medida supondría un castigo anticipado, impuesto como respuesta al hecho (supuestamente) cometido, pues su imposición miraría al pasado y no al futuro. En cambio, asociando el fundamento de las medidas cautelares al riesgo procesal se consigue evitar cualquier sentido retributivo y subrayar que su único objetivo es mantener bajo control determinados peligros para el correcto funcionamiento de la principal función del poder judicial: juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

Sin embargo, el análisis de las situaciones de riesgo procesal requiere un poco más de detenimiento. De entrada, cabe advertir cómo *estos riesgos pueden atribuirse a la posible acción del propio investigado, pero también de un tercero o, incluso, a eventualidades no atribuibles a nadie* en particular. Por poner un ejemplo, el valor incriminatorio de la declaración del único testigo presencial de un delito grave puede echarse a perder tanto si el testimonio es coaccionado para que mienta por el propio investigado, como si es amenazado para faltar a la verdad por un familiar del principal sospechoso, o si el testigo padece una enfermedad terminal que, previsiblemente, le impedirá llegar vivo al día del juicio oral. Dejando de lado este último supuesto –ante el que solo cabe reaccionar anticipando la práctica de la prueba– en los otros dos casos el peligro procesal proviene de una posible acción humana y, por tanto, cabe

² También se emplea en la doctrina la expresión «riesgo de frustración procesal» (por ejemplo, PUJADAS TORTOSA, 2008, p. 60), «peligro procesal» o «mérito procesal» (cfr. PÉREZ BARBERÁ, 2025, pp. 88-90).

plantearse reaccionar adoptando medidas de control sobre la concreta persona de la que dimana el peligro.

En la mayoría de ordenamientos, no obstante, no se reacciona del mismo modo si el riesgo proviene del propio sospechoso que si se asocia a un tercero, pese a tratarse en ambos casos de peligros procedentes de seres humanos. En el primer caso, *de lege lata* el sujeto puede ser inmediatamente privado de sus derechos más básicos, incluida la libertad, por medio de la correspondiente medida cautelar. En cambio, en el segundo supuesto la reacción no pasa –en el caso de posible alteración de pruebas, que es cuando esta distinción tiene más sentido práctico³– de la apertura de un procedimiento penal por un delito de gravedad media, que difícilmente acabará en una pena de prisión de cumplimiento efectivo. Esta diferente respuesta se mantiene, por cierto, aunque el tercero actúe inducido por la persona investigada.

Este tratamiento incoherente puede justificadamente alimentar la sospecha de que las medidas cautelares en el primer caso (es decir, aplicación a la persona investigada) encubren, al menos en parte, un castigo anticipado al potencial infractor⁴. No tiene mucho sentido, si lo que importa realmente es conjurar el riesgo procesal, que si el sujeto A (investigado) persuade a B (familiar no investigado) para que convenza a un testigo de que cambie su declaración, el primero sea puesto inmediatamente en prisión preventiva y el segundo solo se exponga a la apertura de diligencias penales por obstrucción a la justicia, si ha recurrido a actos de violencia e intimidación (art. 464 CP), o inducción al falso testimonio (art. 458 CP), siempre que el testigo mendaz llegue a declarar.

La única manera coherente de disipar tal sospecha sería mediante una reforma legal que previera la *posible ampliación de las medidas cautelares a personas no necesariamente procesadas* cuyo comportamiento ponga en grave riesgo el proceso penal⁵. Ello no significa que aquí se esté proponiendo ampliar indiscriminadamente medidas como la prisión provisional a personas no

³ En Derecho español las figuras aplicables en tales situaciones son delitos como la obstrucción a la justicia en caso de coacción con violencia o intimidación a testigos (art. 464.1 CP) o el encubrimiento en caso de destrucción de pruebas (art. 451.2.º CP). En ambos supuestos no basta, para actuar contra el sujeto, con la existencia de un riesgo de que obre en un determinado sentido, sino que debe hacerlo de modo efectivo iniciando, al menos, la fase ejecutiva. Así lo advierte también PUJADAS TORTOSA, 2008, p. 66. Por su parte, la inducción al falso testimonio (art. 458 CP) requiere que la declaración testifical llegue a prescribirse, lo que parece poco probable si se descubre tal conducta ya en la fase de instrucción.

⁴ En Alemania MORGENTERN, 2018, p. 451, alude a la contradicción que supone este dispar tratamiento.

⁵ Las razones que ofrece PUJADAS TORTOSA, 2008, p. 66, para este dispar tratamiento no acaban de convencer: si el fundamento es el riesgo procesal, el hecho de que el investigado sea sujeto pasivo del procedimiento no debería hacerle candidato preferente a la restricción de sus derechos sin menoscabo de su presunción de inocencia.

investigadas: en realidad, como ya se ha expuesto en otro lugar⁶, esta concreta medida debería quedar reducida a la mínima expresión y ser reemplazada por otras menos restrictivas (como arrestos domiciliarios, prohibiciones de comunicación etc.). Sin embargo, sí se defiende aquí –por razones de elemental coherencia– que en ciertos supuestos pudieran aplicarse medidas cautelares a personas distintas del procesado, cuando el riesgo procesal se asocie a ellas, especialmente en aquellos supuestos en los que tales sujetos realicen o preparen actos de sabotaje activo del procedimiento.

Ciertamente, cabe pensar en vías procesales para, ya con el Derecho vigente, lograr el mismo efecto: por ejemplo, ampliar el objeto de las diligencias al tercero que ha coaccionado al testigo e imponerle seguidamente una medida cautelar de prohibición de comunicación con dicho testimonio⁷. Pero se trata de soluciones indirectas y, desde luego, más complejas que permitir al órgano judicial acordar directamente la medida, ya que por regla general no puede abrirse un procedimiento penal a quien no ha superado la fase preparatoria (por ejemplo, unas escuchas telefónicas permiten saber que el hermano de un investigado se reunirá en breve con un testigo para amenazarle gravemente si no cambia su declaración). En todo caso, las restricciones de derechos que padeciera el tercero no investigado a resultas de la medida cautelar se le deberían abonar en la correspondiente pena que se le pudiera llegar a imponer por el delito cometido (encubrimiento, obstrucción a la justicia, etc.).

Dejando de lado aquellos casos, no especialmente frecuentes, en los que el riesgo procesal proviene de circunstancias no atribuibles al sujeto investigado, *también en aquellas situaciones en las que el riesgo es atribuible al propio encausado cabe efectuar algunas distinciones*. En concreto, cabe diferenciar entre aquellos supuestos en los que el riesgo procesal es atribuible a un determinado comportamiento de dicho sujeto de aquellos otros casos en los que tal juicio de peligrosidad se basa exclusivamente en sus circunstancias personales y no en una conducta en particular. Así, por ejemplo, el riesgo de fuga de un procesado puede inferirse tanto del hecho de que la policía le detenga en el aeropuerto con un pasaje en la mano y dispuesto a volar a un lejano lugar, como de su condición de nacional extranjero sin arraigo local, pero con familia y patrimonio en el país de origen. O, en el caso de riesgo vi-

⁶ RAGUÉS I VALLÈS, 2023, p. 171 ss.

⁷ Para garantizar que la competencia recayera en el mismo juez podría acudirse al supuesto de conexión aplicable a los presuntos hechos delictivos cometidos «para procurar la impunidad de otros delitos» (art. 17.2.4.º LECrim). Pero sería necesario, en todo caso, que el tercero hubiera llegado a ejecutar actos de coacción al testigo o de alteración de pruebas; o, en la inducción al falso testimonio, que el testigo hubiera llegado a declarar.

tal para la víctima, el peligro puede constatarse tanto a partir de una agresión fallida como del carácter violento del presunto agresor plasmado en informes psicológicos obrantes en autos.

Para diferenciar entre ambas situaciones, en las siguientes páginas se distinguirá entre el *riesgo asociado a la realización o preparación de actos de sabotaje del procedimiento* y el *riesgo asociado a meras circunstancias personales*⁸. Como se verá, la distinción entre ambas situaciones puede y debe ser relevante cuando se trata de legitimar la imposición de medidas cautelares y de ponderar las consecuencias de estas en el momento de compensar la restricción de derechos que suponen tales medidas⁹. Seguidamente esbozaré algunas reflexiones al respecto, con las me gustaría expresar a Enrique Peñaranda mi gran admiración por su trayectoria académica y mi sincera gratitud por el afecto con el que siempre me ha tratado.

II. EL RIESGO ASOCIADO A LA EJECUCIÓN O PREPARACIÓN DE ACTOS DE SABOTAJE

En la mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos no se impone a los ciudadanos el deber de colaborar activamente en su propia persecución penal, lo que se explica por el reconocimiento del derecho fundamental a la no autoincriminación. Sin embargo, tales sujetos sí tienen el *deber de tolerar aquellas injerencias en sus derechos que conlleva la investigación judicial* y, en consecuencia, tienen prohibido llevar a cabo conductas que dificulten o frustren dicha investigación¹⁰. Ciertamente, que un investigado huya, altere pruebas de su propio delito o no colabore (sin recurrir a la violencia) en la entrada y registro en su domicilio no constituye –al menos en el Derecho español vigente– una conducta constitutiva de delito, pero ello no significa que las descritas no sean conductas antijurídicas, ni que el Estado no pueda adoptar

⁸ La idea de que con la prisión preventiva pretenden evitarse actos de «sabotaje del proceso» (*Verfahrenssabotage*) está presente en la discusión alemana: cfr., al respecto, por ejemplo, MORGENTERN, 2018, p. 429 (esp. nota 1680).

⁹ Es sumamente interesante la cuestión relativa al estándar de prueba necesario para constatar la concurrencia de tales riesgos, pero por razones de espacio aquí no podrá abordarse. Cfr. en todo caso PÉREZ BARBERÁ, 2025, p. 96.

¹⁰ En tal sentido se proclama en la STC 85/2019, de 19 de junio (ponente Valdés Dal-Ré) que «en este contexto de justificación por el interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos». Aunque la prisión preventiva no sea, en sentido estricto, una medida de investigación, del contexto de la frase se desprende que esta idea también se considera extensiva a las restricciones de derechos provocadas por las medidas cautelares.

medidas para impedir las, aunque supongan una limitación de derechos. En tales supuestos puede afirmarse que las autoridades actúan en defensa del procedimiento frente a aquellas conductas responsables que lo ponen en riesgo, lo que sucede cuando se realizan actos ejecutivos de conductas de sabotaje (el sujeto es detenido en la frontera con un pasaporte falso) o cuando se descubre su preparación (el investigado es descubierto comprando un pasaje a su país de origen, que no extradita a sus nacionales).

En tales casos, la restricción de derechos que acarrea la respuesta del Estado debe considerarse atribuible al propio sujeto que ha infringido su deber de tolerancia y, por ello, dicho individuo tiene que asumir el coste de garantizar el buen fin de las investigaciones penales mediante el impedimento de aquellas actuaciones que lo ponen en riesgo. Esta situación *guarda evidente analogía con la propia de las situaciones defensivas de necesidad* y, aunque la reacción estatal debe quedar sometida a los límites propios del principio de proporcionalidad, la legitimación de las correspondientes restricciones de derechos no resulta especialmente compleja, sin que pueda hablarse tampoco de que exista en estos supuestos una instrumentalización del individuo para garantizar intereses colectivos. Precisamente porque en estos casos el sujeto investigado es el responsable de haber puesto en riesgo el procedimiento y de provocar la necesaria reacción defensiva de las autoridades no parece que deba haber lugar a medidas compensatorias en caso de absolución ¹¹.

Esta responsabilidad, por cierto, puede observarse tanto en aquellas situaciones en las que el sujeto ya ha llevado a cabo de modo efectivo actos de sabotaje del procedimiento (por ejemplo, es detenido y extraditado desde el país al que huyó), como en aquellas otras en las que es descubierto preparando tal sabotaje (por ejemplo, en una entrada y registro la policía encuentra un billete de avión a un país con el que no existe tratado de extradición). En todo caso, una vez impuesta la medida, el riesgo de ulteriores actos de sabotaje debe subsistir, para no transformar –por razones ya expuestas– las medidas cautelares en castigos encubiertos por el comportamiento procesal «inadecuado» del sujeto investigado.

En la práctica esta lógica explica el eventual endurecimiento de medidas más laxas en determinados supuestos, como la fijación de comparecencias *apud acta* en caso de riesgo de huida o de alejamientos o prohibiciones de comunica-

¹¹ En tal sentido afirma DEL SAZ, RAP, 2014, p. 62, que «en modo alguno el artículo 17 CE exige en todo caso una reparación por la privación de libertad sufrida como consecuencia automática e inexcusable de una absolución o una falta de condena. Sí la requiere, por el contrario, cuando se ha producido un daño efectivo, singular y especialmente intenso –en ello tiene mucho que decir el legislador– *a cuya producción el individuo no ha colaborado con su comportamiento*» (cursiva añadida).

ción en caso de peligro para la víctima. Cuando un sujeto investigado, sin ningún impedimento grave, deja de presentarse ante el juzgado o se aproxima a corta distancia de la persona judicialmente protegida está creando un riesgo para el procedimiento con su propio comportamiento responsable y, por tanto, la consiguiente reacción estatal para conjurar dicho riesgo puede considerarse una reacción proporcionada frente a los denominados actos de sabotaje. Sin embargo, en otros casos dicho riesgo puede apreciarse de entrada y sin necesidad de adoptar previamente una medida menos intrusiva, como en el ejemplo antes expuesto del sujeto detenido en el control de pasaportes de un aeropuerto.

En cuanto a la ausencia de compensación si el acusado finalmente es absuelto, cabe plantearse si, tal vez, la exclusión de dicha compensación por la responsabilidad debería extenderse, para ser coherentes, también a los casos de condena y no solo de absolución. Se podría sostener, por ejemplo, que el tiempo pasado en prisión preventiva por un investigado que ha intentado sabotear el procedimiento no debería restarse de la posterior pena de prisión, por cuanto él es el único responsable de la privación cautelar sufrida. Sin embargo, no cabe ignorar que, además de ser una medida de control del riesgo procesal, la prisión preventiva también actúa *de facto* como un equivalente funcional de la pena de prisión. Es decir, aunque sea de manera no buscada, *esta medida genera los efectos propios del castigo de manera incluso más idónea que este*, dada la mayor celeridad en su imposición y la más severa restricción de los derechos de la persona presa. No compensar la privación de libertad ya sufrida efectivamente por el sujeto y ejecutar en su integridad la pena impuesta en sentencia supondría aplicar una sanción desproporcionada por exceso. De ahí que la solución que se considera más adecuada para estos casos sea no compensar (económicamente) en supuestos de absolución, pero sí abonar las privaciones cautelares sufridas en caso de condena.

III. EL RIESGO ASOCIADO A MERAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL SUJETO INVESTIGADO

La cuestión deviene bastante más compleja cuando *el riesgo procesal se infiere de las circunstancias personales del sujeto*, sin que concurra ningún dato que permita pensar que está ejecutando –o preparando siquiera– conductas aptas para frustrar el buen fin del procedimiento. En tales casos la legitimidad de la privación de derechos a la que se somete a la persona investigada resulta mucho más dudosa que en el supuesto anterior, pues no puede vincularse con nada ilícito que esta haya hecho o esté preparando. En tal sentido, la

prisión provisional basada en las meras circunstancias personales guarda cierta similitud con las medidas de seguridad predelictuales, ampliamente rechazadas por no concretarse el riesgo que justifica su imposición en comportamiento alguno del sujeto que padece sus consecuencias.

Si se entendiera que la legitimidad de las medidas cautelares siempre exige alguna suerte de responsabilidad de quien las padece por el riesgo procesal existente, resultaría sencillamente imposible que una medida cautelar personal impuesta en virtud de las circunstancias personales pudiera considerarse legítima. No hace falta decir que la traslación a la ley de semejante planteamiento debería tener como consecuencia una reducción radical de los presupuestos habilitadores de tales medidas, tanto en España como en la mayoría de países cercanos.

Así las cosas, y si no quiere asumirse la tesis ya rechazada de que el fundamento de las medidas cautelares es la sospecha (castigo anticipado), por su incompatibilidad con la presunción de inocencia, ni tampoco quiere reducirse el alcance de tales restricciones solo a los casos en los que el sujeto tiene algún tipo de responsabilidad por el riesgo procesal, no queda entonces más remedio que interpretar las *medidas cautelares como sacrificios que el Estado exige a las personas inocentes sospechosas de haber cometido un delito* cuando sus circunstancias hacen pensar que concurre un riesgo para el correcto funcionamiento de la administración de justicia. Una interpretación que parece latir tras la jurisprudencia constitucional española, que afirma, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, que «la prisión provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del artículo 17.1 CE, que se sitúa entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano [...] y que se impone a la persona como un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos».

La caracterización de la prisión preventiva como un supuesto de «daño sacrificial» ha sido sostenida en los últimos años por algunos administrativistas. Estos autores han subrayado la analogía existente entre esta figura y, entre otras, la expropiación forzosa, en la medida en que ambas privan al sujeto de un derecho individual en aras de satisfacer intereses colectivos ¹².

¹² Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, InDret, 2015, p. 16 para las referencias oportunas. En palabras de este autor, «se ha sostenido que si bien el Estado puede detener y encarcelar cautelarmente a los sospechosos de haber cometido ciertos delitos por razones de interés público –para asegurar la eficacia preventiva del sistema penal y proteger a la sociedad– sería injusto forzar a las víctimas inocentes de estas medidas a soportar ellas solas esta carga pública. Debería reconocerse su derecho a ser compensadas por el sacrificio especial sufrido en beneficio de la entera sociedad».

Sin embargo, el aspecto de la prisión preventiva que más ha interesado a esta doctrina ha sido la obligación estatal de compensar o no en los casos de libre absolución tras el juicio y no tanto de la posibilidad de extraer límites a la propia privación de libertad a partir, precisamente, de su naturaleza sacrificial¹³.

A tal efecto puede ser útil enriquecer esta categoría con aportaciones de la doctrina penal acerca de las situaciones de necesidad¹⁴. En tal sentido, cabe considerar que las normas que regulan la prisión preventiva son una modalidad –en palabras de Jesús-María Silva– de *leyes excepcionales de necesidad pública*, que, según este autor, solo son legítimas si se recurre a ellas como una *ultima ratio*. En sus propias palabras, «esto significa que solo puede aplicarse para la neutralización de riesgos inminentes y graves, que el sujeto amenazado no tiene el deber de soportar –por ejemplo, por haberlos provocado o tener el deber especial de conjurarlos–, que no pueden neutralizarse a costa de quien los generó, ni tampoco mediante el recurso a otros medios menos lesivos que el de afectar a un tercero inocente. Además, la injerencia sobre este último tiene que ser proporcionada y exigible»¹⁵.

En este punto puede ser interesante la distinción –muy arraigada entre buena parte de la ciencia penal y también civil– entre estado de necesidad defensivo y agresivo. Mientras el primero se explica por una acción responsable del sujeto que ha creado la situación de necesidad y, por tanto, este tiene que pechar con las posibles consecuencias de la acción del necesitado, en la segunda modalidad no existe responsabilidad alguna de quien se ve obligado a tolerar el sacrificio de sus derechos para preservar un interés superior. En tal situa-

¹³ DEL SAZ, RAP, 2014, p. 71. En palabras de esta misma autora, «todos los derechos individuales están limitados por el ejercicio de otros derechos e incluso por el interés general. Pero el sacrificio legítimo del derecho, cuando excede de estas limitaciones, debe ser reparado por la colectividad. El derecho a la reparación no deriva, en consecuencia, de la ilegitimidad de la privación infringida, que es la base del error judicial y del funcionamiento anormal, sino que actúa como requisito legitimador del sacrificio, como garantía última de este derecho». Más ampliamente RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, P. A., 2022, quien señala (p. 23) que «los derechos no se ejercen en instancias ideales, sino en las circunstancias precarias que son propias de la convivencia humana. La adaptación a ese contexto impone alteraciones al equilibrio originario. La necesidad aparece como razón o título para la injerencia en la libertad».

¹⁴ Pueden encontrarse una relación de supuestos de daño sacrificial en Derecho civil en PANTALEÓN DÍAZ, ADPCP, 2024, p. 635 ss, con referencias adicionales (nota 166). Según esta autora (*ibidem* pp. 642-643) el principio general subyacente a estos supuestos es que «la persona perjudicada por un sacrificio intencional y justificado de sus intereses *que no tiene el deber de soportar* tiene derecho al resarcimiento del daño por parte de las personas en favor de las que se hubiera realizado el sacrificio, que responderán solidariamente en proporción al perjuicio que se les hubiera evitado» (cursiva en el original).

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2025, p. 14. En tal sentido añade más adelante este autor que «bajo las condiciones del estado de necesidad es lícito injerirse en la propiedad ajena e incluso en la esfera ajena de derechos de libertad e intimidad para proteger bienes intrínsecos y también para salvaguardar el orden o la seguridad públicos» (*Ibidem*, p. 61).

ción el grado de instrumentalización de dicho sujeto es mucho mayor que en los casos de comportamiento responsable ¹⁶.

Precisamente por ello el fundamento del estado de necesidad agresivo suele vincularse –aunque no sin discusión– con la existencia de un deber de solidaridad respecto al sujeto necesitado, que solo rige en situaciones excepcionales. Ello limita de manera sensible su alcance comparado con los casos de estado de necesidad defensivo: la diferencia entre la importancia del mal causado y el evitado debe ser considerable a favor de este último y el derecho de compensación ha de ser la regla. Cabe discutir si la obligación de sacrificarse por intereses colectivos es equiparable al deber de solidaridad con otros individuos, especialmente porque en el primer caso el sujeto que se sacrifica al mismo tiempo se beneficia del interés que contribuye a preservar. Sin embargo, hay un punto de coincidencia evidente entre ambas situaciones, a saber, que se impone a un sujeto el deber de soportar restricciones en sus derechos sin que ello sea la consecuencia de ninguna acción responsable por su parte, sino solo para preservar intereses total o parcialmente ajenos.

Vistas las cosas de este modo, cabe inferir al menos *dos importantes diferencias* en el tratamiento jurídico respecto de aquellos casos en los que el investigado ha llevado a cabo (o preparado) actos de sabotaje procesal: en primer lugar, cuando el fundamento de la medida son solo las circunstancias personales debe imponerse una radical limitación de aquellos supuestos en los que puede ser legítima la restricción de derechos de la persona a quien se impone la medida cautelar; y, en segundo término, debe reconocerse el derecho del sujeto que padece la medida solo por sus personales circunstancias a ser compensado por la restricción de derechos padecida.

1) El primer punto exige limitar la aplicación de estas medidas, cuando están basadas en meras circunstancias personales, a aquellos casos en los que *el daño derivado para el correcto funcionamiento de la justicia* –u otros intereses adicionales, como ciertos derechos de la persona denunciante– *resulte especialmente grave*. Ello se justifica porque, en modelos políticos respetuosos con las libertades ciudadanas, el sacrificio de estas en aras de intereses colectivos difusos debe ser mucho más limitado que en aquellas situaciones en

¹⁶ En este punto son relevantes las aportaciones de ROBLES PLANAS, 2019, p. 117 ss, aunque referidas al principio de proporcionalidad penal en su vertiente material. Tal relevancia para el presente texto afecta tanto a la crítica al extremo utilitarismo de la concepción mayoritaria acerca del principio de proporcionalidad, como a la necesidad de otorgar relevancia al elemento de la autonomía personal para legitimar cualquier restricción de derechos.

los que dicho sacrificio es el resultado de una conducta defensiva como respuesta a un previo acto de sabotaje. Ciertamente, en el caso de las medidas cautelares el marco general de la ponderación ha sido ya trazado por el legislador, pero esto no excluye que en cada caso dichas condiciones deban ser concretadas por el juez y que, en dicha concreción, no puedan tratarse igual las restricciones derivadas de la creación responsable de un riesgo antijurídico que las impuestas como un sacrificio basado en la solidaridad.

De ello deriva la exigencia, por ejemplo, de que el uso de las medidas más restrictivas como la prisión preventiva en tales casos se reduzca a los delitos más graves, cuando el riesgo procesal sea muy elevado (o a él se una la constatación de peligro para otros intereses, como la vida de la víctima), la afectación al correcto funcionamiento de la administración de justicia sea muy sensible y cuando la probabilidad de condena sea muy alta. Además, y como parece evidente, en todos estos casos debe acelerarse el procedimiento a fin de que la restricción de derechos dure el mínimo tiempo posible.

2) Dado que la imposición de medidas se considera en estos supuestos como un sacrificio que, en aras del interés público, se exige al sujeto investigado, este tiene *derecho a ser compensado por tal imposición*. En caso de condena, la compensación consistirá en el abono de las restricciones padecidas durante la investigación en la pena finalmente impuesta; en caso de absolución, deberán pensarse otras formas de compensación, debiendo recurrirse a la económica en caso de no encontrarse otra más adecuada. Como afirma Ignacio Rodríguez, «la indemnización se convierte, así, en el método de adjudicación que impide que la lícita afectación sacrificial de los derechos de un concreto individuo le convierta en mero objeto al servicio de los fines comunes, esto es, en un simple medio que ha sido utilizado para materializarlos»¹⁷.

Como ya se ha adelantado (*supra II*), de lo anterior no se deriva que, en los casos de riesgo procesal generado por el sujeto, no deba compensarse la restricción sufrida si el procedimiento acaba en condena. Sin embargo, tal compensación se vincula con el carácter de equivalente funcional de algunas medidas respecto de la pena, que permite considerar que una parte de esta *de facto* ya se ha cumplido y, por tanto, exigir completa la pena judicialmente impuesta supondría una desproporción por exceso. En tales casos la regla tradicional del «uno por uno» (descuento de un día de prisión por día de prisión preventiva) parece la respuesta más adecuada. En cambio, en las medidas impuestas en virtud de las circunstancias personales debería optarse por re-

¹⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, P. A., 2018, p. 403.

glas de abono más generosas con el reo a quien se ha exigido el sacrificio de verse privado de su libertad¹⁸. En lo que respecta a las compensaciones económicas en caso de absolución, su previsión en los casos de medidas basadas en el mero daño sacrificial es obligada, mientras que no deberían preverse cuando es el propio investigado quien ha puesto en riesgo el procedimiento de modo responsable.

Alguna autora ha matizado que «la existencia de un daño no es bastante para el nacimiento del derecho a la reparación, pues debe ser, en segundo lugar, un daño que exceda de lo que puede considerarse una limitación del derecho, que debe asumir el individuo como carga derivada de su convivencia en sociedad o, aun tratándose de un sacrificio singular, éste sea de baja intensidad», precisando al respecto que «es el legislador quien debe establecer cuáles son los límites del derecho a la libertad, esto es, los sacrificios que, por su escasa intensidad, no requieren reparación»¹⁹. Esta distinción –no fácilmente aplicable– entre casos de alta o baja intensidad puede servir, por ejemplo, para justificar la falta de necesidad de compensación en caso de medidas cautelares poco intrusivas, como las comparecencias periódicas o las detenciones no superiores al máximo de setenta y dos horas. Pero en los casos de prisión provisional debe partirse siempre de su condición de privación grave y, por ello, del deber estatal de compensación.

Ciertamente, puede resultar chocante que, en los casos más claros de responsabilidad del sujeto que ha cometido un delito, se apele a la existencia de un sacrificio basado en el deber de solidaridad para justificar su prisión preventiva. Sin embargo, solo por esta vía parece posible conseguir un máximo respeto por la presunción de inocencia (que exige que la razón de la medida sea controlar un riesgo y no responder al supuesto hecho), evitar cualquier suerte de responsabilidad por el carácter cuando la prisión provisional se basa en circunstancias personales y explicar al mismo tiempo la obligación del sujeto de soportar la medida y su derecho a ser compensado sin necesidad de que haya existido un funcionamiento anormal de la administración de justicia.

IV. CONCLUSIONES

1. No es coherente que en ordenamientos como el español solo puedan aplicarse medidas cautelares personales a los sujetos investigados. Para elimi-

¹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, InDret, 2020, *passim*.

¹⁹ DEL SAZ, RAP, 2014, p. 79.

nar la sospecha de que tales medidas son un castigo anticipado deberían poder aplicarse también –previa reforma legal y con respeto estricto al principio de *ultima ratio*– a terceras personas que supongan un riesgo procesal.

2. La responsabilidad del sujeto por el riesgo procesal debe ser un factor clave a la hora de determinar los límites en la aplicación de medidas cautelares. Cuando el riesgo procesal sea atribuible solo a las circunstancias personales del encausado las medidas deben imponerse de manera mucho más exigente que cuando tales riesgos deriven de actos de sabotaje realizados o preparados por el sujeto investigado.

3. Del mismo modo, la compensación por las privaciones sufridas en caso de riesgo solo atribuible a las circunstancias personales es imperativa, tanto en caso de absolución como de condena. En cambio, tal carácter imperativo no concurre cuando la medida es el resultado de un riesgo procesal creado por el sujeto: en tal supuesto, no debería compensarse económicamente en caso de absolución y, en caso de condena, las reglas de abono deberían limitarse a descontar del castigo final el estricto contenido afflictivo de la medida.

BIBLIOGRAFÍA

DEL SAZ, Silvia: *La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado*, Revista de Administración Pública, núm. 195, 2014, pp. 55-98.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento*, InDret, núm. 4, 2015, pp. 1-42.

MORGENSTERN, Christine: *Die Untersuchungshaft*, Baden-Baden, 2018.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta: *Justificación penal, sacrificios y unas abejas*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LXXV, 2022, pp. 589-683.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: *Las garantías del proceso penal*, Buenos Aires, 2025.

PUJADAS TORTOSA, Virginia: *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid, 2008.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon: *¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del artículo 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena*, InDret, núm. 3, 2020, pp. 112-136.

— *La prisión provisional como ultima ratio*, Madrid, 2023.

ROBLES PLANAS, Ricardo: *La tiranía de la proporcionalidad*, en *Derecho penal y persona. Libro-Homenaje al Prof. Dr. H. C. mult. Jesús-María Silva Sánchez*, Lima, 2019, pp. 115-134.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: *Estado social de derecho y daño sacrificial*, P. A. Persona e Amministrazione, 2018, núm. 2, pp. 375-406.
- Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales, Madrid, 2022.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Necessitas non habet legem sed sibi ipsa facit legem. La necesidad como ultima ratio, en el ordenamiento jurídico*, Barcelona (Acadèmia de Jurisprudència i Legislació), 2025.

9. TRASLADOS PENITENCIARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO, CONDICIONES MATERIALES Y GARANTÍAS DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN

Profesor propio agregado de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas (ICADE, Madrid)

I. INTRODUCCIÓN

Los traslados de personas privadas de libertad entre centros penitenciarios o desde estos a órganos judiciales constituyen uno de los aspectos más visibles –y paradójicamente más desconocidos– del sistema penitenciario ¹.

La imagen de furgones verdes saliendo de los juzgados, escoltados por fuerzas de seguridad del Estado, con personas esposadas que ocultan el rostro o las manos bajo la ropa, forma parte del paisaje cotidiano mediático. Sin embargo, rara vez se formula la pregunta esencial: ¿qué ocurre en el interior de esos vehículos?, ¿en qué condiciones viajan las personas conducidas?

El traslado penitenciario constituye una decisión administrativa de especial intensidad, pues reconfigura de manera inmediata el entorno vital de la persona privada de libertad y puede afectar de forma directa –y a veces irreversible– a elementos esenciales del mandato constitucional de reinserción.

La administración penitenciaria dispone de un margen organizativo para asignar destino, modular la seguridad y ordenar los recursos, pero ese margen

¹ El presente trabajo se incorpora a este libro homenaje al profesor Enrique Peñaranda Ramos, Catedrático de Derecho Penal, cuya trayectoria académica ha contribuido de manera decisiva al desarrollo de la dogmática penal contemporánea. Y, en particular, agradezco su visión permanente de garantía de los derechos humanos en la intervención punitiva del Estado.

no es absoluto: debe ejercerse con arreglo a los principios de legalidad, proporcionalidad y dignidad, y bajo control judicial cuando el traslado incide en derechos o condiciones materiales que alcanzan un umbral de afectación relevante.

En la práctica, los traslados no se agotan en el acto formal de cambio de centro. Incluyen una cadena de actuaciones –preparación, conducción, esperas, celdas de tránsito e ingreso en destino– donde se juega la efectividad de garantías básicas: continuidad de tratamiento sanitario, preservación de pertenencias, acceso a comunicación, trato respetuoso y prevención de situaciones degradantes. A ello se suma un impacto estructural sobre la vida familiar y la defensa jurídica, pues la distancia y la incertidumbre logística pueden dificultar visitas y coordinación con letrados, con especial afectación en personas con escasos recursos o redes de apoyo limitadas.

Este artículo propone un marco de análisis integrado que combina el régimen jurídico nacional con estándares europeos de prevención de malos tratos y con testimonios de personas presas, con el fin de delimitar criterios evaluables sobre cuándo un traslado, por sus condiciones materiales o por su frecuencia y efectos acumulativos, puede devenir desproporcionado o incompatible con estándares de dignidad.

II. MARCO NORMATIVO

El traslado de personas privadas de libertad entre centros penitenciarios constituye una potestad ordinaria de la Administración penitenciaria que, no obstante, presenta una especial intensidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Aunque formalmente se trata de una decisión organizativa vinculada a la clasificación, la seguridad o la gestión de recursos, en la práctica el traslado afecta de manera directa a las condiciones materiales de vida en prisión, a la continuidad de los tratamientos penitenciarios y sanitarios, al derecho a la vida familiar y a la efectividad del derecho de defensa.

Por ello, su análisis no puede limitarse a una lógica meramente administrativa, sino que debe inscribirse en el marco constitucional del artículo 25.2 de la Constitución española, que impone a la pena privativa de libertad una orientación reeducadora y de reinserción social².

Desde una perspectiva constitucional, la persona privada de libertad no pierde sus derechos fundamentales, salvo aquellos estrictamente incompatibles con el

² MIR PUIG, 2003.

contenido de la condena. El Tribunal Constitucional ha reiterado que la relación de sujeción especial existente en el ámbito penitenciario no excluye el control jurisdiccional ni habilita restricciones arbitrarias o desproporcionadas de derechos³.

La doctrina penitenciaria ha subrayado que dicha relación no constituye un espacio de inmunidad administrativa, sino un ámbito en el que las potestades públicas deben ejercerse con sujeción reforzada a los principios de legalidad, motivación y proporcionalidad⁴.

En este contexto, el traslado interpenitenciario, aun no configurándose formalmente como una sanción disciplinaria, puede producir efectos equivalentes a una medida gravosa cuando incide de manera relevante en la esfera personal, familiar o jurídica de la persona interna. Así ocurre, por ejemplo, en supuestos de alejamiento geográfico prolongado, traslados reiterados de corta duración o conducciones especialmente largas y penosas.

Tal como advierte la doctrina, el análisis jurídico del traslado no debe centrarse exclusivamente en su causa formal, sino en sus efectos materiales y acumulativos sobre la persona privada de libertad⁵.

El marco normativo penitenciario español atribuye a la Administración la competencia para decidir el destino de las personas internas en función de su clasificación y de las necesidades del tratamiento, la seguridad y la organización general del sistema⁶. No obstante, esta competencia no puede entenderse como discrecional en sentido fuerte. El Reglamento Penitenciario vincula expresamente el destino penitenciario a la adecuación del centro al programa individualizado de tratamiento, a la situación personal y penitenciaria del interno y a la finalidad constitucional de reinserción social⁷.

En consecuencia, la decisión de traslado debe estar suficientemente motivada y ser susceptible de control por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria cuando incida en derechos o condiciones de vida relevantes⁸.

III. CONDICIONES DE LOS TRASLADOS. DEFICIENCIAS RECOGIDAS EN INFORMES OFICIALES

Desde el punto de vista normativo, las conducciones y traslados deben respetar la dignidad de la persona presa, sus derechos fundamentales y la se-

³ STC 2/1987, de 21 de enero; STC 120/1990, de 27 de junio.

⁴ DEL ROSAL BLASCO, *REDC*, 1995.

⁵ MAPELLI CAFFARENA, 2011.

⁶ Ley Orgánica General Penitenciaria, artículos 1 y 12.

⁷ Reglamento Penitenciario, disposiciones sobre clasificación, destino y tratamiento.

⁸ JUANATEY DORADO, 2016.

guridad de la conducción, tal como establecen el artículo 18 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 36.1 del Reglamento Penitenciario.

Los informes anuales del Defensor del Pueblo han puesto de relieve de manera reiterada que los traslados entre centros penitenciarios constituyen uno de los ámbitos donde se concentran un mayor número de quejas por parte de las personas privadas de libertad y de sus familias.

En particular, se han señalado problemas relacionados con la falta de información previa, la duración excesiva de las conducciones, la pérdida o deterioro de pertenencias personales, la interrupción de tratamientos médicos y el impacto del alejamiento geográfico en las comunicaciones familiares⁹. Estas observaciones coinciden con las advertencias formuladas por la doctrina penitenciaria sobre la necesidad de analizar el traslado como un proceso complejo y no como un acto administrativo aislado¹⁰.

Desde la perspectiva de las condiciones materiales, el traslado interpenitenciario incluye una fase preparatoria, una fase de conducción y una fase de ingreso en el centro de destino. Cada una de ellas presenta riesgos específicos para la efectividad de los derechos fundamentales. En este sentido, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura ha señalado, en sus informes anuales y en los informes de visita a centros penitenciarios, deficiencias recurrentes en las condiciones de las conducciones, tales como la duración excesiva de los traslados, las esperas prolongadas en celdas de tránsito, el acceso insuficiente a agua y alimentación, la falta de servicios higiénicos adecuados y la ausencia de registros completos de incidencias durante el transporte.

Estas deficiencias adquieren una especial gravedad cuando afectan a personas con patologías crónicas, trastornos de salud mental o tratamientos de deshabitación.

Tanto el Defensor del Pueblo como el MNPT han insistido en la necesidad de garantizar la continuidad de la medicación durante las conducciones y de realizar una valoración médica previa en los traslados de larga duración¹¹. La interrupción de tratamientos farmacológicos o terapéuticos no solo compromete el derecho a la integridad física y moral, sino que puede generar situaciones de riesgo grave que la Administración tiene la obligación positiva de prevenir¹².

Los estándares internacionales refuerzan esta exigencia. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura ha afirmado que las condiciones de tras-

⁹ Defensor del Pueblo. Varios años.

¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, 2022.

¹¹ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. 2011 en adelante.

¹² Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. 2011.

lado de personas privadas de libertad forman parte del ámbito de protección del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que la acumulación de factores como la duración excesiva, las malas condiciones materiales y la especial vulnerabilidad de la persona trasladada puede dar lugar a un trato inhumano o degradante¹³. En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el análisis debe atender al impacto global de la medida y no a la valoración fragmentada de cada uno de sus elementos¹⁴.

El impacto del traslado sobre el derecho a la vida familiar ha sido igualmente subrayado por la doctrina y por los organismos de control. El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, lo que incluye, en el ámbito penitenciario, la obligación de facilitar en la medida de lo posible el mantenimiento de los vínculos familiares.

El alejamiento geográfico prolongado o innecesario, cuando no responde a razones individualizadas de seguridad o tratamiento, puede constituir una injerencia desproporcionada en este derecho, especialmente cuando afecta a familias con escasos recursos económicos¹⁵. Los informes del Defensor del Pueblo han destacado que el impacto económico y emocional de estos traslados recae no solo sobre la persona interna, sino también sobre su entorno familiar¹⁶.

Desde el punto de vista del derecho de defensa, los traslados interpenitenciarios pueden dificultar el contacto regular con la persona letrada y la preparación adecuada de actuaciones procesales en curso. Aunque formalmente no se impida el acceso a la defensa, la distancia geográfica y la desorganización logística pueden producir una merma real de este derecho, lo que exige una especial cautela cuando el traslado coincide con fases procesales relevantes. La doctrina ha señalado que estas dificultades, aunque indirectas, deben ser consideradas a efectos de valorar la proporcionalidad de la decisión administrativa¹⁷.

IV. CONDICIONES MATERIALES DE LOS TRASLADOS NARRADAS POR LAS PERSONAS PRESAS

En la práctica, los traslados entre centros se realizan mayoritariamente por carretera, en autobuses conocidos popularmente como «*kanguros*» o en

¹³ TEDH, *Kudła c. Polonia*, 26 de octubre de 2000; *Torreggiani y otros c. Italia*, 8 de enero de 2013

¹⁴ TEDH, jurisprudencia sobre el artículo 8 CEDH en contexto penitenciario.

¹⁵ Defensor del Pueblo. Varios años.

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, 2018.

¹⁷ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Varios años

furgonetas celulares, custodiados por miembros de la Guardia Civil. Salvo algunos modelos de incorporación reciente, la mayoría de estos vehículos presentan una visibilidad exterior prácticamente nula, con deficiencias estructurales graves en iluminación, ventilación y climatización, circunstancias que generan un riesgo evidente para la salud, agravado por el hecho de que las personas trasladadas viajan esposadas durante todo el trayecto.

El interior de estos vehículos se organiza en compartimentos o celdas metálicas individuales o compartidas, separadas por un estrecho pasillo central. Este diseño ha sido objeto de reiteradas observaciones críticas por parte del Defensor del Pueblo y del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, que han advertido del carácter potencialmente degradante de estas condiciones, especialmente en traslados de larga duración.

El análisis empírico de estas conducciones se ve reforzado por un amplio corpus de testimonios recogidos mediante cuestionarios abiertos dirigidos a personas privadas de libertad, en los que se les solicitaba que relataran brevemente las condiciones de los viajes en los que se realizaban las conducciones. Estas expresiones se recogieron en trabajos de investigación realizados ¹⁸.

De manera significativa, esta fue la pregunta que generó un mayor volumen de respuestas y un mayor grado de coincidencia descriptiva. Los adjetivos empleados para describir dichas condiciones oscilaban entre «deplorables», «horrorosas», «tercermundistas», «degradantes» o «deprimente», pero los términos que aparecían con mayor insistencia eran «inhumanas» e «infrachumanas».

Algunos testimonios describen con precisión extrema las condiciones físicas del traslado:

«El traslado en “kanguros” es algo realmente inhumano, ya que te meten en un espacio totalmente cerrado sin ventilación, de 60 x 90, sin ningún tipo de limpieza»; «Los traslados se dan en condiciones inhumanas, en furgones pequeños, sucios y sin apenas espacio para moverse».

La experiencia dominante que emerge de estos relatos es la de una profunda degradación de la condición humana. No resulta extraño, por tanto, que aparezcan analogías históricas extremas, como el transporte de esclavos o las deportaciones en vagones durante el periodo nazi, evocaciones que, más allá de su carga simbólica, revelan la intensidad del daño subjetivo experimentado:

«Creo que en el siglo XVIII los esclavos viajaban en mejores condiciones»; «Como los nazis a los judíos, pero en moderno. Infracumano».

¹⁸ RÍOS MARTÍN y CABRERA CABRERA, 1997-2003. Con GALLEGOS DÍAZ y SEGOVIA BERNABÉ, 2012.

Estas comparaciones, aunque incómodas, no pueden ser despachadas como meras hipérboles retóricas. Desde una perspectiva fenomenológica, expresan la vivencia de cosificación y despersonalización que acompaña al traslado, una vivencia que los organismos de control han identificado como uno de los factores que pueden contribuir a un trato degradante contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los testimonios describen con detalle la secuencia habitual de una conducción: levantarse de madrugada, una alimentación mínima e inadecuada, engrilletamiento prolongado y trayectos de entre ocho y doce horas sin paradas suficientes. Un relato lo sintetiza así:

«Te levantan a las 7 de la mañana, te dan un café con leche frío y cuatro galletas, antes de salir te dan un bocadillo de mortadela, agua y fruta, luego te engrilletan y en marcha, pasando por tránsitos inhumanos hasta la llegada a destino».

En los trayectos largos, el aislamiento en cubículos metálicos donde no es posible estirar las piernas ni modificar la postura, unido al uso continuado de esposas, genera un sufrimiento físico y psicológico intenso:

«Encerrado más de doce horas en una caja de muertos, sin poder mover las piernas»; «Diez horas del tirón en condiciones inhumanas».

A esta dimensión se suma un sentimiento persistente de indefensión ante la posibilidad de un accidente. La imposibilidad de ver la carretera, la sensación de encierro absoluto entre planchas metálicas y la consciencia de ir esposado sin posibilidad de reacción alimentan durante horas el temor a una muerte inevitable en caso de vuelco:

«Es como una ratonera; en caso de accidente no tienes ninguna posibilidad de salir con vida».

Este miedo no es meramente imaginario. El MNPT ha advertido expresamente de los riesgos derivados del diseño interior de los vehículos celulares, especialmente en caso de accidente o incendio.

El traslado adquiere tintes aún más extremos cuando se producen mareos, vómitos o averías mecánicas. Los relatos describen situaciones en las que las personas deben permanecer horas encerradas en compartimentos contaminados por vómitos, o detenidas en plena carretera, en pleno verano, sin aire acondi-

dicionado, agua suficiente ni posibilidad de salir al exterior, mientras los agentes permanecen protegidos del calor:

«Creía estar metido en una sauna, empapado hasta las cejas, y no tuvieron la dignidad de bajarnos a la sombra».

Estas experiencias explican que el término «calvario» aparezca de manera recurrente en los testimonios: «auténtico calvario», «calvario de sufrimiento y horror». La metáfora no es casual: remite a una experiencia prolongada de dolor físico, humillación y espera sin horizonte claro.

Otro elemento recurrente es la comparación con el transporte de ganado. La identificación con animales conducidos al matadero aparece explícita en numerosos textos:

«Me hacen sentir como si fuese en un camión que carga animales al matadero».

Desde el punto de vista simbólico, esta animalización del sujeto revela una ruptura radical del principio de dignidad humana consagrado en el artículo 10 de la Constitución. La abundancia de referencias zoológicas –perros, cerdos, gallinas, sardinas, toros, borregos– conforma lo que puede describirse como un auténtico *zoológico textual*, que trasciende la anécdota individual y apunta a una conciencia colectiva de trato infrahumanizado.

Finalmente, la metáfora dominante es la del ataúd. Los furgones son descritos como «ataúdes metálicos», «ataúdes con ruedas», «cajas de muertos», «zulos móviles». Estas expresiones condensan el miedo a la asfixia, a la pérdida de orientación y a la muerte, especialmente en personas con claustrofobia:

«Ataúd sin movilidad, sin luz; se pierde el sentido de la orientación».

Lejos de tratarse de una realidad superada, estos testimonios coinciden con las constataciones realizadas por el Defensor del Pueblo y el MNPT en informes posteriores, en los que se señala que, a pesar del paso del tiempo, las condiciones estructurales de muchos traslados continúan siendo sustancialmente las mismas.

V. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, resulta necesario avanzar hacia una evaluación más sistemática de las condiciones de los traslados interpenitenciarios, incorporando indicadores objetivos que permitan valorar su compatibilidad con los

estándares constitucionales y europeos. Entre dichos indicadores pueden incluirse la duración total del traslado, el acceso efectivo a agua y alimentación, la continuidad de la medicación, el tiempo hasta la primera comunicación en el centro de destino, la distancia respecto al entorno familiar y la existencia de una motivación individualizada y comprensible de la decisión administrativa. Tal como señalan los informes del MNPT, la ausencia de registros detallados sobre las conducciones dificulta el control efectivo y la mejora de las prácticas penitenciarias.

En conclusión, los traslados interpenitenciarios en España constituyen un ámbito central para evaluar la calidad democrática del sistema penitenciario. Su análisis revela que no se trata de meros actos logísticos, sino de decisiones con un profundo impacto humano, jurídico y social. Integrar una perspectiva de derechos fundamentales en su regulación y práctica cotidiana no solo responde a exigencias constitucionales y convencionales, sino que contribuye de manera directa a la finalidad última de la pena privativa de libertad: la reinserción social en condiciones de dignidad y respeto.

BIBLIOGRAFÍA

- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Derecho Penitenciario*, Valencia, 2022.
- Defensor del Pueblo: *Informe anual a las Cortes Generales*, Madrid, varios años.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *La relación de sujeción especial en el ámbito penitenciario y sus límites constitucionales*, Madrid, 1995.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, 2016.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Principios de Derecho Penitenciario*, Madrid, 2011.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2003.
- RÍOS MARTÍN, Julián y Cabrera Cabrera, Pedro: *Mil voces presas*, Madrid, 1997.
- *Mirando el abismo, condiciones del régimen cerrado*, Madrid, 2003.
- RÍOS MARTÍN, Julián, Cabrera Cabrera, Pedro, Gallego Díaz, Manuel y Segovia Bernabé, José Luis: *Andar un Km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Madrid, 2012.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M.: *Derecho penitenciario y ejecución de penas*, Barcelona, 2018.

10. EL NECESARIO TRÁNSITO DE LO PENAL A LO PENITENCIARIO¹

PUERTO SOLAR CALVO
Doctora en Derecho. Jurista II. PP.
Profesora UNED

*A Enrique Peñaranda Ramos.
Gracias por tu mirada siempre amable.*

I. MOTIVOS PENALES PARA EL CAOS PENITENCIARIO. UNA INTRODUCCIÓN PERSONAL

Conocí a Enrique cuando era obligatorio cursar determinadas asignaturas, aprobar unos créditos, para poder superar la primera fase del programa de doctorado. Me encantó. Su forma de dar clase, su manera cercana, sencilla y clara, de explicar dónde estaban los problemas de nuestro Código Penal —o mejor, los problemas de sus reformas—. Problemas que yo, una recién estrenada jurista de prisiones, veía en su vertiente más práctica y también más humana. Personas de carne y hueso que, poco a poco, reforma tras reforma, iban teniendo más difícil eso de por sí tan utópico de la reinserción. Enrique supo transformar en principios normativos, lo que yo estaba contemplando en mi día a día laboral. Nunca podré agradecerle suficientemente lo que a nivel de aprendizaje y apertura mental me supuso. Lo que aprendía con él me daba las herramientas necesarias para

¹ El trabajo se desarrolla dentro del Proyecto de investigación «Identidades colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar» (referencia: PID2022-138077OB-I00), UNED, 2023-2026.

fundamentar mejor mis informes en prisión. Lo que veía en prisión me daba alas, me daba impulso, para atreverme a levantar la voz. Enrique me mostró que había fundamentos jurídicos para ello.

La deriva penal populista en la que llevamos inmersos ya demasiados años tiene consecuencias humanas, familiares y sociales en muchos casos evitables y, por ello, más si cabe, del todo desastrosas. Hablamos de años de prisión, como si hablásemos de los años que se tarda en cursar una carrera universitaria. No nos paramos a pensar en lo que ese tiempo significa y, es más, creo sinceramente que, como sociedad y mientras no le toque a nadie cercano, nos da absolutamente igual. Algo habrán hecho: que paguen. Qué forma tan simple de ver la vida y qué entendimiento tan estrecho de lo que supone el ser humano. Buenos frente a malos en un olvido atroz de eso tan real, tan puramente humano de que «el que esté libre de pecado que tire la primera piedra». De ahí la importancia de que lo penal transite hacia lo penitenciario. En el sentido de que lo tenga en cuenta, que se haga consciente de su impacto y de lo que provoca al otro lado del muro.

El presente trabajo, supone un homenaje a mi maestro, pues de su mano, pudieron tomar forma lo que antes eran meras ideas, cuando no simples sentimientos. Juntos, como anfitriones un poco osados, sentamos en la misma mesa al hermano mayor y al pequeño, al derecho penal con el derecho penitenciario. Implicados en el conflicto, preocupados porque la familia se iba al garete, nos hicimos conscientes de que años de enfrentamiento no habían mejorado nada. Sin embargo, y este es nuestro informe de situación, el hermano mayor parece no cesar en su empeño. Por tanto, sólo nos ha quedado recoger la mesa y replegarnos en la defensa: pasar al salón, preparar el café y cuidar de lo penitenciario, defender sus bases. La resistencia pacífica, no silenciosa e insistente, parece haberse convertido en la única manera de seguir respirando en esta atmósfera penal que, como sociedad y entre todos, estamos dejando que se vuelva irrespirable. Nos toca remover el azucarillo en un café que sabe cada vez más amargo. En definitiva Enrique, gracias por la guía y por la compañía.

II. LOS PERIODOS DE SEGURIDAD. NACIMIENTO E IMPACTO PENITENCIARIO

Ya se intuían cambios, pero el golpe mortal al sistema penitenciario llegó a través de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Y de entre todas las medidas que la LO 7/2003 introdujo, el periodo de seguridad es sin duda el que ha provocado

mayor confrontación normativa con nuestro sistema de ejecución². Su establecimiento supone un choque frontal con la propia filosofía de lo que el sistema de individualización científica pretende y regresa a sistemas progresivos que el nuestro trató de superar³. Así, si atendemos a la regulación del periodo de seguridad en su versión actual –tras la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual–, los apartados 2 y 3 del artículo 36 quedan redactados como siguen: «2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del título XXII del libro II de este código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del título VII bis del libro II de este código, cuando la víctima sea una persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. d) Delitos del artículo 181. e) Delitos del capítulo V del título VIII del libro II de este código, cuando la víctima sea menor de dieciséis años. En los supuestos de las letras c), d) y e), si la condena fuera superior a cinco años de prisión la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse sin valoración e informe específico acerca del aprovechamiento por el reo del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual. 3. La autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales de la persona condenada y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el apartado anterior».

² Por ello, la doctrina critica su ubicación, defendiendo que debería contenerse en la LOGP por ser un tema de ejecución de penas y verse la LOGP intensamente matizada. RODRÍGUEZ ALONSO, 2003, p. 296; LEGANÉS GÓMEZ, 2005, p. 121; ANDRÉS LASO, 2016, pp. 351.

³ GARCÍA ALBERO, 2004, p. 34, donde advierte de un «soterrado regreso al sistema progresivo». En términos similares, CERVELLÓ DONDERIS, 2022, p. 222, señala que se regresa «a los inicios del sistema progresivo, que ya desde la reforma de 1968 estaba en decadencia, y debilitando el sistema de individualización científica, al permitir el desplazamiento de las variables individuales por la preferencia de la objetiva de la duración de la condena».

La introducción de la exigencia de tener cumplida la mitad de la condena para acceder al tercer grado se aleja de la flexibilidad⁴. Leganés Gómez lo destaca de este modo: «nuestro sistema de ejecución de las penas privativas de libertad se fundamenta en el principio de individualización científica separado en grados, recogido en el artículo 72 LOGP, y que, precisamente, vino a suponer una superación del rigorismo representado por el progresismo objetivista que exigía que el penado estuviera en cada fase de cumplimiento un determinado tiempo tasado por la norma. Con el período de seguridad parece reverberar aquellas exigencias de permanecer la mitad de la condena del período intermedio que el Real Decreto de 3 de julio de 1901 implementó al consagrar en nuestro Derecho el sistema progresivo, recogiendo con ello una tradición que se incardinaba directamente con la obra de Montesinos»⁵. Hasta tal punto es así, que el CGPJ en el Informe sobre el Anteproyecto de LO 7/2003, se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos: «Ya no rige un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva, por lo que en realidad rige un sistema mixto»⁶. De modo que parte de la doctrina ha pasado a denominar el sistema de modelo flexible semi-rígido, poniendo el foco de atención en las contradicciones internas que esto entraña⁷.

A efectos de explicitar esta confrontación, resulta muy significativo el artículo 104.3 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP). El mismo permite que «un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado siempre que haya transcurrido el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el

⁴ GARCÍA ALBERO, 2004, pp. 47-49; ANDRÉS LASO, 2016, p. 350.

⁵ LEGANÉS GÓMEZ, 2005, p. 110. Dentro del debate parlamentario sobre la introducción del período de seguridad, el Grupo Mixto justificaba su supresión del siguiente modo: «La introducción de un nuevo apartado 2, en el artículo 36 del CP, instituyendo un período de seguridad, constituiría un paso definitivo en el proceso de liquidación del modelo instituido por la LOGP, una de las leyes penitenciarias más humanas del mundo, pero que ha sido sometida a un acoso constante, hasta conseguir que el Estado español se sitúe a la cabeza de las tasas de encarcelamiento en Europa occidental. De prosperar la propuesta del Gobierno, la custodia e inocuización de reclusos se erigirían en los objetivos principales de unas prisiones, indefectiblemente hacinadas, en las que ya agoniza, falto de recursos y organización adecuada, un tratamiento realmente individualizado. En el caso de los delitos de terrorismo, se sigue confundiendo especialidad con excepcionalidad. Ante el riesgo de instrumentalización o fracasos aislados, la respuesta del legislador no puede ser la restricción generalizada de todo el sistema del tratamiento penitenciario, sino una mejor gestión del mismo». *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), núm. 129-8, p. 29.

⁶ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, Comisión de Estudios e Informes, 2003, p. 21.

⁷ ARANDA CARBONEL, *REP*, núm. 252, 2006, p. 68.

proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado». Pues bien, con la introducción del periodo de seguridad, no sólo se deja sin apenas sentido la previsión del artículo 104.3 del RP, que tan sólo tiene virtualidad en los casos en los que el JVP pueda dispensar al penado de la aplicación del período de seguridad, o cuando la pena no sea superior a cinco años de duración⁸, sino que, más importante, se pone de manifiesto el sinsentido de combinar dos cuerpos normativos tan extraños entre sí: un CP que exige el cumplimiento de la mitad de la condena para el acceso al tercer grado, y una norma penitenciaria que ni siquiera tiene en cuenta la cuarta parte de la condena como requisito para dicho acceso. Con todo ello, parece que de nuevo hablásemos de fases de cumplimiento sucesivas, obligatorias e inflexibles en las que la evolución individualizada del interno tratado pierde relevancia y poco o nada tiene que aportar. Y es que, el periodo de seguridad que se introduce, carece de toda vinculación tratamental y limita el acceso al tercer grado a pesar de que desde el punto de vista de evolución tratamental del interno afectado puedan concurrir condiciones suficientes para su acceso al régimen de semilibertad que el tercer grado conlleva.

A su vez, este choque normativo y la profunda incidencia que el periodo de seguridad provoca en las bases de nuestro sistema no encuentran justificación suficiente en el pretendido aumento de la seguridad jurídica durante el cumplimiento de la condena. Mediante el periodo de seguridad la reforma de 2003 trataba de evitar el supuesto vaciado penal⁹ que se produce con el acceso al tercer grado en los términos que la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP) permite. Sin embargo, concurren fundadas razones que hacen dudar de su necesidad. Ello en la medida en que el sistema cuenta por sí mismo con suficientes correctivos para que las decisiones que pueda tomar la Administración sean corregidas, pues son numerosos los filtros por los que pasa una propuesta de tercer grado. En sede administrativa, intervienen en la mayoría de los casos el centro penitenciario como unidad proponente y el Centro Directivo en tanto que órgano decisor, corrector y armonizador de las líneas de actuación desarrolladas en los diferentes centros. Así, es habitual que surjan discrepancias en caso de propuestas a priori arriesgadas, como son las clasificaciones iniciales o progresiones a tercer grado, máxime si van unidas a tipos delictivos con cierta alarma social. De hecho, en estos supuestos en que la propuesta del centro penitenciario pueda

⁸ LEGANÉS GÓMEZ, 2005, p. 110; FERNÁNDEZ BERMEJO, *EyPC*, núm. 35, 2015, pp. 160-161.

⁹ Tomado de MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley*, núm. 8211, 2003.

resultar dudosa, el artículo 103.6 RP prevé la posibilidad de prorrogar en dos meses, los dos meses de estudio iniciales con que cuenta el Centro Directivo, a fin de recabar mayor información y ejercer un control más intenso sobre la actuación desarrollada en el centro¹⁰. Para el acceso al tercer grado, la Junta de Tratamiento del centro penitenciario tiene potestad administrativa absoluta únicamente en el supuesto del artículo 103.7 RP¹¹. Esto es, cuando el acuerdo de pase a régimen abierto se adopte de manera unánime para internos con condenas de hasta un año¹². Partiendo de la baja cuantía de la condena impuesta, reconociendo de nuevo su importancia como variable de clasificación, se exonera a estos internos de la tramitación habitual que, en condenas cortas y por los tiempos procedimentales que se exigen, supondría la imposibilidad de acceder de manera regular al disfrute de permisos o a un tiempo prolongado en tercer grado¹³.

Por su parte, en sede judicial, de acuerdo con el artículo 107 RP, «todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento, según lo previsto en el artículo 103.7, se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días siguientes a la fecha de su adopción»¹⁴. Se trata de un mecanismo de control que permite al Ministerio Fiscal interponer los correspondientes recursos ante la autoridad judicial en contra de la resolución que acuerde el tercer grado y que de interponerse sucesivos recursos de reforma y apelación puede llegar en apelación hasta el Tribu-

¹⁰ Según los apartados 4 y 6 artículo 103: «4. La resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada, por el Centro Directivo en el plazo máximo de dos meses desde su recepción. [...] 6. El Centro Directivo podrá ampliar el plazo para dictar la resolución de clasificación inicial hasta un máximo de dos meses más, para la mejor observación de la conducta y la consolidación de los factores positivos del interno».

¹¹ Pudiera parecer que la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades, potencia la competencia autónoma de la Junta de Tratamiento al respecto. Sin embargo, esa primera impresión se corrige si tenemos en cuenta que los supuestos a los que se reduce son de clasificación o mantenimiento en segundo grado en casos en los que el segundo grado es prácticamente inevitable.

¹² En concreto: «Cuando se trate de penados con condenas de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución de clasificación inicial a todos los efectos, salvo cuando se haya propuesto la clasificación en primer grado de tratamiento, en cuyo caso la resolución corresponderá al Centro Directivo». Dentro de esta posibilidad caben perfectamente meras clasificaciones en segundo grado. Sin embargo, de no concurrir otras variables desfavorables y por la propia importancia de la pena impuesta, la tendencia es que en condenas bajas se plantee con frecuencia el pase inicial a tercer grado sin pasos previos intermedios.

¹³ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA/RODRÍGUEZ RAMÍREZ, 2006, p. 233, se felicitan de la posibilidad que ofrece el RP.

¹⁴ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA/RODRÍGUEZ RAMÍREZ, 2006, p. 246, aplauden esta previsión, pero exigen que se produzca la misma comunicación al JVP competente.

nal sentenciador¹⁵. Es decir, el propio sistema garantiza el control judicial del cumplimiento de la condena depositando en el órgano que la impuso el control último sobre la misma. Se asegura así el control de la legalidad de la decisión y la seguridad jurídica en el cumplimiento de las penas, no sólo comprobando que la decisión administrativa se ha desarrollado en aplicación de la norma, sino también garantizando una cierta coherencia en el cumplimiento efectivo de las penas y la proporción entre la pena cumplida en régimen ordinario y la impuesta en sentencia.

En definitiva, el periodo de seguridad no vino a aportar ningún parámetro de valoración adicional sobre la evolución de los internos. El sistema de ejecución ya sitúa la condena impuesta como factor relevante a considerar¹⁶. Sin embargo, introduciendo la obligación de tener la mitad de la pena cumplida como aspecto fundamental a tener en cuenta en el momento de la clasificación, dificulta enormemente que supuestos específicos puedan continuar recibiendo el trato especial que necesitan y que el sistema de individualización científica en puridad permite¹⁷.

¹⁵ Los recursos en materia penitenciaria se encuentran regulados en la D. Ad. 5.ª de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. De acuerdo con su apartado 5: «Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión. Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente». En este punto, y a favor de la argumentación que sostenemos, es de aplicación la doctrina unificada establecida por STS 965/2022, de 15 de diciembre, que incluye como fallo: «Establecer como doctrina legal unificada que en el caso de delitos graves, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, adoptada ya sea por el órgano administrativo ya sea por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, cuando sea recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano *ad quem*, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión» por lo que resultando de los términos en que se establece dicha doctrina que el recurso del Ministerio Fiscal producirá efectos suspensivos en todo caso, al tratarse de condenado por delito grave, procede acordar la admisión del recurso del Ministerio Fiscal con efecto suspensivo hasta que sea resuelto por el órgano *ad quem* el mantenimiento o alzamiento de la suspensión acordada». Dicho de otro modo, la mera interposición del recurso del Ministerio Fiscal suspende la ejecución de la resolución administrativa de acceso a tercer grado en el caso de delitos graves. Para mayor análisis, SOLAR CALVO, *Diario La Ley*, núm. 10277, 2023.

¹⁶ En palabras de ARANDA CARBONEL, *REP*, 2006, p. 68, «aparte de que el sistema de individualización científica que preside la ejecución de la pena privativa de libertad, queda paradójicamente relegado con esta reforma a la ejecución de las penas inferiores a cinco años, la finalidad que esta medida perseguía –lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad– podía perfectamente obtenerse con la aplicación de la legislación ya existente. Y en cuanto a lograr un mayor control de la discrecionalidad administrativa en la asignación de grado, tampoco va plenamente a conseguirse, al contemplarse que los Juzgados de Vigilancia puedan acordar la aplicación del régimen general». Esto último, no obstante, y por la propia evolución normativa que se ha producido desde 2003 hasta la actualidad, no sucede con todos los tipos delictivos. Se analiza esta evolución, en SOLAR CALVO, 2019, pp. 227 ss.

¹⁷ GARCÍA ALBERO, 2004, p. 23; TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, 2005, p. 277.

III. LA CUASI OBLIGATORIEDAD DEL TRATAMIENTO

Si bien el choque normativo penal-penitenciario que protagoniza el periodo de seguridad es patente y objetivo, abordamos ahora otro choque más sutil y por ello, más relevante de destacar. Ciertamente, es la norma penitenciaria la que da pie al problema que analizamos cuando regula el principio de voluntariedad del tratamiento penitenciario. A pesar de la claridad con que se expresa el artículo 112.3 RP sobre el mismo, al reconocer 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 regresión de grado»¹⁸, el artículo 5.2g) RP establece justamente lo contrario, catalogando como deber de los internos el de «participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad». Más significativos aún, el artículo 26 LOGP que dispone que «el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento», y el artículo 132 RP que define el trabajo productivo en los siguientes términos: «[...] es un derecho y un deber del interno, constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando resulte de la formulación de un programa individualizado, y tiene, además, la finalidad de preparar a los internos para el acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad»¹⁹. En la misma línea, los artículos 4.2 LOGP –dentro del catálogo de deberes de los internos– y 61 LOGP, inducen a la confusión al establecer que se fomentará la participación de los internos en el tratamiento y que éste «colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos»²⁰. Lo anterior has-

¹⁸ En el mismo sentido y específicamente para los programas de tratamiento especializados, el artículo 116.4 RP *in fine* determina que: «El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros Penitenciarios». Por su parte, el artículo 117.5 RP para las medidas regimentales, establece que: «la participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión».

¹⁹ En concreto para el trabajo, pero extrapolable al resto de elementos del tratamiento, CERVELLÓ DONDERIS, 2022, p. 272, advierte que: «Su consideración de obligación específica frente a la genérica de los ciudadanos libres no casa demasiado bien con la finalidad resocializadora que exige la libre aceptación, ya que en su calidad de parte del tratamiento se dirige a cubrir las carencias laborales y a favorecer la integración social». De ahí que la autora entienda que: «como deber sin embargo, se dice que no es estricto ya que al formar parte del tratamiento, ha de ser voluntario».

²⁰ Para MAPPELLI CAFFARENA, 1983, p. 267, una incorrecta redacción del artículo 4.2 de la Ley permite entender las técnicas de tratamiento: «no son las que dan contenido al tratamiento, sino las que deben emplearse para fomentar la participación del interno. De ser así la libre aceptación del tratamiento queda completamente neutralizada ya que entonces son las técnicas las que motivarán la colaboración y no la voluntad del penado». Para el artículo 61 LOGP, TAMARIT SUMALLA, GARCÍA ALBERO, 2005, p. 259, advierten que se trata de una norma desgraciada tanto en su redacción como en su contenido, surgida como

ta el punto de que algunos autores sustentan la configuración de dicha participación como deber del condenado²¹. Ello más en la línea normativa de las normas antes expuestas. No obstante, a pesar de la confusión que la norma genera, en la práctica, por la propia necesidad de concurrencia de la voluntad del interno para el éxito del tratamiento, no cabe su desarrollo sin la misma²². De ahí que la Administración sólo pueda, de acuerdo con el artículo 112.1 RP, estimular «la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento»²³ y que la no participación no pueda tener consecuencias negativas, tal y como señala el apartado 3 del artículo 112 RP y desarrolla el artículo 112.4 RP para el momento de la revisión de grado. Conforme a este último: «En los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes». Según este planteamiento dominante en la doctrina, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administra-

consecuencia de una enmienda que pretendía evitar el carácter de norma imperativa hacia el interno que tenía el Anteproyecto, pero sin que consiguiera la consagración legal de la idea de voluntariedad. Como sugiere MANZANARES SAMANIEGO, 1986, pp. 938-939, «la misma forma utilizada encierra unas connotaciones coercitivas que sólo pueden –y deben– eliminarse mediante una interpretación conjunta de todos los preceptos legales relativos al tratamiento».

²¹ Para ALARCÓN BRAVO, *EyPC*, núm. 2, 1978, pp. 30-31; GARRIDO GUZMÁN, 1983, pp. 295-296, se trata de un deber jurídico sin sanción a diferencia de lo que sucede con el régimen donde habrá lugar a las correspondientes sanciones disciplinarias. En cambio, para BUENO ARÚS, *REP*, núm. 220-223, 1978, pp. 115-116 y *REP*, núm. 252, 2006, pp. 24-25, se trata de un deber con consecuencias jurídicas, si no sanciones disciplinarias, sí la pérdida de determinados beneficios penitenciarios con la consecuencia de que la prisión podría representar para él una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia judicial.

²² De la misma opinión, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA/RODRÍGUEZ RAMÍREZ, 2006, p. 254. Profundiza al respecto, LEGANÉS GÓMEZ, 2005, pp. 168-169; ANDRÉS LASO, 2016, pp. 154-163. Para el trabajo en concreto, VAN ZYL SMIT/SNACKEN, 2013, pp. 300-301, justifican la necesaria voluntariedad del mismo bajo los principios de normalización social, reparación del daño y resocialización que los autores desarrollan.

²³ El artículo 55 RP va más allá y regula que la Administración fomentará la participación de los internos en la propia organización de las actividades a realizar. De acuerdo con el mismo: «1. Los internos participarán en la organización del horario de las actividades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. 2. También se procurará la participación de los internos en el desenvolvimiento de los servicios alimentarios y de confección de racionados, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de lo que se establezca en las normas de desarrollo de este Reglamento. 3. El Consejo de Dirección, mediante resolución motivada, podrá ampliar la participación de los internos en otras áreas regiminales diferentes de las mencionadas en el apartado 1 de este artículo. 4. La participación de los internos en estas actividades en los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto y de régimen ordinario y en los de preventivos, se efectuará a través de Comisiones ajustándose a las normas que desarrollan los siguientes artículos». Principio que el artículo 79 RP repite para el régimen ordinario y que ha dado lugar a los llamados Módulos de Respeto regulado en la Instrucción 18/2011, SG. II. PP., sobre Niveles de intervención en módulos de respeto. Esto es, módulos en los que se alcanza un alto nivel de autogestión regimetal.

ción penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, pues lo contrario convertiría la pretensión de cualquier logro terapéutico en inútil²⁴. Y todo ello, como decimos, sin que el rechazo del tratamiento surta consecuencias para el interno, tanto desde el punto de vista de una progresión de grado, como en relación con el acceso a la dinámica de permisos o a cualesquiera beneficios penitenciarios²⁵.

En este contexto normativo eminentemente penitenciario, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), supuso un cambio radical en el abordaje que se venía haciendo de este tipo de violencia en todos los ámbitos jurídicos, administrativos y de intervención social afectados por la norma. Poco más de veinte años después de su entrada en vigor, el tiempo pasado y el estudio de casos resultado de su puesta en práctica, permite analizar con más perspectiva el cambio de rumbo normativo que esta norma supuso, su filosofía de base y sus consecuencias específicas²⁶. En lo que ahora nos interesa, el artículo 42.1 LOVG, sobre la Administración Penitenciaria, establece que: «1. La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género». A su vez, de forma más discutible, el apartado 2 del mismo precepto,

²⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, 2016, p. 501. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, CPC, núm. 7, 1979, p. 102, para quien el deber de someterse a tratamiento implicaría «una especie de manipulación de las personas, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores». De la misma opinión, GALLEGO DÍAZ, REP, núm. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 105; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ADPCP*, tomo XXXII, núm. 3, 1979, p. 683; RODRÍGUEZ ALONSO/RODRÍGUEZ AVILÉS, 2011, pp. 255-256; y TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, 2005, p. 260, para quienes «basta con acudir a la naturaleza de derecho que tiene el principio de resocialización reconocido en el artículo 25.2 CE, entendido como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.11 CE), que convierte en inconstitucional la posibilidad de un tratamiento coactivo».

²⁵ El artículo 106.4 RP lo recuerda para el momento en que se produce la revisión de grado: «Cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos». JUANATEY DORADO, 2011, p. 152, refiere que la norma debiera de precisar también dicha voluntariedad para los beneficios penitenciarios. Igualmente, GALLEGO DÍAZ, REP, 2013, p. 114.

²⁶ El establecimiento de delitos específicos de violencia de género, en el sentido normativo que nuestro CP y la jurisprudencia constitucional han ido definiendo, junto con la articulación de toda esta arquitectura judicial absorbente y punitiva, no ha estado exenta de críticas doctrinales de calado. Entre otras, LAURENZO COPELLO, *RECPC*, núm. 07-08, 2005; MAQUEDA ABREU, *RECPC*, núm. 08-02, 2006. Más recientemente, por la consolidación que la táctica normativa de la LOVG ha protagonizado a lo largo de estos años, su carácter expansivo y el impacto que todo ello produce en los principios básicos del derecho penal, destacamos el trabajo de GIL GIL, *La Ley Penal*, núm. 176, 2025. En el mismo sentido crítico, aunque sobre aspectos más concretos –la maximización de riesgos, la falta de individualización normativa, y la prohibición de la mediación, SOLAR CALVO, *La Ley Penal*, núm. 176, 2025. Más centrado en el impacto que esta deriva normativa tiene en el mantenimiento de las relaciones familiares, RAUE, núm. 7, 2024.

recoge que: «2. Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior». Son dos las consecuencias principales de este precepto. Primero, más allá de la posibilidad que recoge el artículo 116 RP, la LOVG establece la obligación de la Administración Penitenciaria de contar con programas específicos para abordar la violencia de género²⁷. Segundo, y con mucho menos acierto, el apartado 2 del artículo 42 de la LOVG, establece una cuasi obligación de realizar dichos programas si se quiere acceder a cualquier instrumento de reinserción –permisos, tercer grado y libertad condicional–. Destacamos este aspecto porque no sólo es el matiz que invalida la eficacia de toda intervención terapéutica, sino porque, resultado de la vorágine que la LOVG supuso, parece que esta perspectiva normativa sobre el tratamiento penitenciario ha venido tristemente para darse. Así, hemos visto anteriormente cómo la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, modifica los apartados 2 y 3 del artículo 36 del CP. En lo que ahora nos interesa, el apartado 2 in fine recoge que: «2. [...]. En los supuestos de las letras c), d) y e), si la condena fuera superior a cinco años de prisión la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse sin valoración e informe específico acerca del aprovechamiento por el reo del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual». Como vemos, para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se sigue una técnica similar a la establecida en la LOVG para los delitos en violencia de género. En esta ocasión, para el acceso al tercer grado –en el caso de la violencia de género se habla adicionalmente de los permisos y la libertad condicional–, se establece esa cuasi obligación de llevar a cabo el programa específico de tratamiento.

El choque de estas normas penales con lo que debiera ser la lógica de trabajo penitenciario, es evidente. A través de las mismas, se favorece que la adaptación normativa del interno y su participación en el tratamiento sean «metas

²⁷ La modificación de dicho precepto no se ha producido, probablemente por falta de necesidad normativa. Si recordamos el artículo 116.4 RP, ya se permite la realización de programas específicos de violencia de género. En concreto: «4. La Administración Penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tener de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que considere oportuno establecer». Posibilidad que se transforma en obligación si atendemos al artículo 42.1 de la LOVG: «1. La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género». Por tanto, a pesar de la grandilocuencia de la Disposición Final Quinta de la misma norma, parece que la reforma reglamentaria devino en innecesaria. Ello en la medida en que una norma de rango superior –la LOVG– ya imponía el contenido que se quería introducir en el RP.

transitorias de alta rentabilidad»²⁸ en detrimento de su auténtico cambio. El tratamiento queda reducido a mero instrumento a través del que acceder lo antes posible a la dinámica de permisos y el tercer grado. Como advierte Lacal Cuenca: «Con este proceder hacemos saber a los internos que si quieren obtener algún beneficio, evitando el castigo que obtendrían en caso contrario, deben aceptar y cumplir con su tratamiento. Estamos forzando conductas sin ocuparnos de las emociones negativas, por la obligación de la que derivan, que a través de nuestra actuación generamos [...]. En definitiva, no estamos cambiando actitudes. Estamos creando un sistema de recompensas [...]. Las cosas que hacemos las hacemos no por lo que representan de mejora personal sino por lo que conllevan de beneficio a más o menos plazo, luego lo que hago lo hago por lo que obtengo circunstancialmente y no por lo que de mejora personal supone»²⁹. Por esta vía, desde un punto de vista práctico y utilitario, se acaba premiando al interno más «prisionizado», al que asume la cultura carcelaria³⁰. Esto es, tendrán más éxito, en cuanto al acceso a mayores cotas de libertad, aquellos que mejor participen en la dinámica de cumplimiento que se les impone, pero no necesariamente quienes hayan experimentado los cambios tratamientos necesarios³¹. Se consolida así un fallo al que una interpretación estrecha y cómoda de nuestro propio sistema de cumplimiento incita, y que sólo se superará cuando nos hagamos conscientes de sus escasos frutos, además de todos los atropellos jurídicos que directa e indirectamente conlleva.

IV. EL CASO ESPECÍFICO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Bajando al plano de lo específico, nos planteamos finalmente el acierto de estas tendencias normativas para una delincuencia como la ligada a la violencia de género en la que, entre todos los operadores jurídicos, hemos hecho tabla rasa con las particularidades de cada caso. Como acertadamente recoge Gil Gil, en materia de violencia de género, «partir de una presunción iuris et de iure del carácter discriminatorio del comportamiento, por su también presu-

²⁸ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA/RODRÍGUEZ RAMÍREZ, 2006, p. 255. RODRÍGUEZ ALONSO/RODRÍGUEZ AVILÉS, 2011, p. 260, refieren cómo la mayoría de los internos ni aceptan voluntariamente el tratamiento ni lo rechazan abiertamente; simplemente pasan de él, entendiéndolo, desde un punto de vista utilitarista, como acatamiento y sumisión a las normas regimentales, esperando alcanzar todas las ventajas posibles en lo referente a la progresión en grado, los permisos de salida, la libertad condicional o los beneficios penitenciarios.

²⁹ LACAL CUENCA/SOLAR CALVO, *Diario La Ley*, núm. 8591, 2015, p. 10.

³⁰ GALLEGU DÍAZ, REP, 2013, p. 112.

³¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, *CPC*, núm. 120, 2016, p. 276.

puesta inserción en una “pauta cultural”, conlleva que la víctima de estas conductas no sería ya la concreta mujer que ha sufrido en sus carnes los actos de violencia, sino el género femenino y el autor del delito no sería ya el hombre que en particular ha llevado a cabo los actos constitutivos de delito, sino todo el género masculino. Con ello, se sobrepasa la perspectiva de la responsabilidad individual que como es sabido es la que se liquida en el ámbito penal. Y se consagra a su vez una segunda presunción *iuris et de iure*: la pertenencia al género femenino determina la mayor vulnerabilidad de las mujeres, lo que justifica la ultra protección»³². Dicho se otro modo, cometido un hecho que encaja como delito de violencia de género, se presume que su fundamento es único y sólo se entiende desde una perspectiva unívoca, la de la superioridad del hombre sobre la mujer. Avanzando en los pasos normativos que se han ido dando, este esquema penal tiene su traducción penitenciaria: imponer una intervención terapéutica también única a una tipología delictiva que sólo se entiende desde la perspectiva descrita.

Sin embargo, quienes nos dedicamos al medio penitenciario, sabemos hasta qué punto esta perspectiva unilateral no es siempre la real. No todos los casos de condenados por violencia de género cumplen con esa presunción normativo penal. Prescindir de los múltiples matices que siempre nos ofrece cada supuesto de hecho concreto, obvia también las múltiples necesidades de intervención que ese caso puede reclamar. Volviendo a Gil Gil, «reducir la explicación de la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja al dominio y control de los varones, idea fuertemente influenciada por el movimiento feminista radical, simplifica la realidad, lo que impide abordar correctamente las causas de la violencia, e introduce la connotación reduccionista y negativa de la vulnerabilidad de todas las mujeres»³³.

Como resultado, la imposición de una visión terapéutica, tratamental, cuasi obligatoria para el condenado, que prescinde absolutamente de su realidad, no sólo es ineficaz, sino que atenta, entendemos que gravemente, contra la propia dignidad personal de quien ha sido condenado. Partimos de presunciones generales para exigir responsabilidades personales y nos basamos en ideas preconcebidas que prescinden del caso a caso. Dos supuestos pueden ayudarnos a entender por dónde vamos. El primero, el de hombres que ingresan a cumplir por un delito de quebrantamiento de una medida cautelar de alejamiento, impuesta en un procedimiento por presunto delito de violencia de género todavía no sustanciado. ¿Es lógico que lleve a cabo el tratamiento cuando aun no se sabe si va a

³² GIL GIL, *La Ley Penal*, 2025, p. 3.

³³ GIL GIL, *La Ley Penal*, 2025, pp. 3-4.

recaer esa condena principal por violencia de género? El segundo, el de hombres que se conforman con la condena por violencia de género impuesta, queriendo evitar posibles males mayores –aquí las causas y los motivos son múltiples y dispares–, y se ven abocados a realizar un programa terapéutico basado en el reconocimiento de unos hechos que, per se, se corresponden con la verdad formal de la sentencia y no con lo realmente acaecido. De nuevo, ¿es esto lógico? Las tendencias penales imponiendo el tratamiento penitenciario llevan al extremo el concepto autoritario de lo terapéutico y nos hacen comulgar, hasta a los propios profesionales del medio, con ruedas de molino.

Volvamos al título. El necesario tránsito de lo penal a lo penitenciario. Reduzcamos lo penal al cauce que marca el principio de intervención mínima, para poder reconducir la intervención penitenciaria a parámetros más lógicos, más humanos y menos ideologizados o, dicho de otro modo, previamente perfilados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN BRAVO, Jesús: *El tratamiento penitenciario*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 2, 1978.
- ANDRÉS LASO, Antonio: Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro, Madrid, 2016.
- ARANDA CARBONEL, María José: *Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria*, Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 252, 2006.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente: *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Madrid, 2006.
- BUENO ARÚS, Francisco: *Notas sobre la Ley General Penitenciaria*, Revista de Estudios Penitenciarios, núms. 220-223, 1978.
- *Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario*, Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 252, 2006.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Derecho penitenciario*, Valencia, 2022.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 120, 2016.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y Nistal Burón, Javier: *Derecho penitenciario*, Pamplona, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel: *El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 35, 2015.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel: *Tratamiento penitenciario y voluntariedad*, Revista de Estudios Penitenciarios, número extraordinario In memoriam Profesor Francisco Bueno Arús, 2013.

- GARCÍA ALBERÓ, Ramón: *Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado*, en La reforma de la ejecución penal, Valencia, 2004.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXII, núm. 3, 1979.
- GARRIDO GUZMÁN, Luis: Manual de ciencia penitenciaria, Madrid, 1983.
- GIL GIL, Alicia: *La mutación de los principios penales tras treinta años de vigencia del Código Penal a través de la protección de colectivos identitarios. Especial atención al período 2019-2024*, La Ley Penal, núm. 176, 2025.
- JUANATEY DORADO, Carmen: Manual de Derecho penitenciario, Madrid, 2011.
- LACAL CUENCA, Pedro y Solar Calvo, Puerto: *Responsabilidad penal y personal. La incidencia de la Ley Orgánica 1/2015 en el trabajo penitenciario*, Diario La Ley, núm. 8591, 2015.
- LAURENZO COPELO, Patricia: *La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núms. 07-08, 2005.
- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago: Evolución de la clasificación penitenciaria, Madrid, 2005.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: Comentarios a la legislación penal, tomo VI, vol. II, Madrid, 1986.
- *El cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, Diario La Ley, núm. 8211, 2003.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja: Principios fundamentales del sistema penitenciario español, Barcelona, 1983.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa: *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núms. 08-02, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 7, 1979.
- RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio: Lecciones de Derecho penitenciario, Granada, 2003.
- RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio y Rodríguez Avilés, Juan Antonio: Lecciones de Derecho penitenciario, Granada, 2011.
- SOLAR CALVO, Puerto: El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales, Madrid, 2019.
- *La eficacia hacia atrás de la unificación de doctrina. Breve reflexión a raíz de la STS 965/2022, de 15 de diciembre*, Diario La Ley, núm. 10277, 2023.
- *La importancia del mantenimiento de las relaciones familiares durante la privación de libertad. La necesaria perspectiva europea*, Revista Aranzadi de la Unión Europea, núm. 7, 2024.
- *La violencia de género desde tres perspectivas: por un cambio de paradigma*, La Ley Penal, núm. 176, 2025.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; García Alberó, Ramón; Rodríguez Puerta, María José y Sapena Grau, Francisco: Curso de Derecho penitenciario, Valencia, 2005.
- VAN ZYL SMIT, Dirk y Snacken, Sonja: Principios de Derecho y política penitenciaria europea, Valencia, 2013.

11. CONFORMIDAD, INIMPUTABILIDAD Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA
Catedrática de Derecho penal
Universitat de les Illes Balears

Desde que empecé a aprender de él en mis primeros años en la Universidad Autónoma de Madrid, siempre he sentido por Enrique Peñaranda una admiración y cariño especiales. Él lo sabe bien, pero sirva esta pequeña contribución para recordárselo.*

I. INTRODUCCIÓN

Si hay un rasgo que prevalece sobre cualquier otro al analizar la operatividad real de la institución de la conformidad en el proceso penal español este es, sin duda, el de su progresiva (y, por lo que parece, imparable) expansión. Una expansión *de facto* (y en varios ámbitos directamente *contra legem*) que

* Conozco las reticencias de Enrique Peñaranda respecto del funcionamiento de la conformidad en nuestro sistema por haber tenido la suerte de poder comentar con él las ideas que dieron lugar a mi trabajo sobre esta figura publicado en *InDret* 4/2024. Salvo una mención al problema de cómo la celeridad de la conformidad en los juicios rápidos puede facilitar que pasen desapercibidos problemas de imputabilidad del acusado –brevemente apuntada también en aquel trabajo–, esta contribución se ocupa de cuestiones no tratadas en aquel.

Como el lector comprobará, la mayor parte de las sentencias de conformidad citadas en estas páginas se refieren a delitos contra la vida, que es el contexto en el que prácticamente siempre se pactan unas medidas de internamiento que son las que más nos interesa tratar aquí; ello no supone ignorar, desde luego, la existencia de un enorme volumen de conformidades con pacto sobre (semi)inimputabilidad y medidas de diversa naturaleza respecto de otra clase de delitos (p. ej., contra el patrimonio), cuyo estudio me gustaría abordar en el futuro. Agradezco a Lucía Martínez Garay, como siempre, sus inteligentes comentarios y sugerencias.

parece obedecer a un principio constante: allí donde la ley impone un límite a la operatividad de la figura, la práctica de los operadores jurídicos (empujados por el mantra de la eficiencia procesal) encuentra la manera de ignorarlo. Donde la ley cierra una puerta a la conformidad, esta opera como un líquido que acaba colándose por debajo, cuando no como un torrente que acaba por derribar la puerta misma si los límites legales terminan modificándose con el argumento pretendidamente irrefutable de dar carta de naturaleza a una práctica «generosa» previamente consolidada. Así acaba de suceder, de hecho, con la eliminación por la LO 1/2025 del límite de la pena conforme de seis años dispuesto por el anterior artículo 655 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LE-Crim), que en la práctica venía siendo ignorado con frecuencia (bien es cierto que con reprimendas del Tribunal Supremo en los contados casos de los que llegaba a conocer).

De los varios ámbitos posibles en los que lo anterior ha tomado cuerpo en nuestro sistema, este trabajo se ocupa de la imposición de medidas de seguridad tras el acuerdo de las partes sobre la concurrencia de una eximente completa o incompleta por ausencia o disminución de la imputabilidad del autor de los hechos. Sin pretensión alguna de exhaustividad, mi intención en las páginas que siguen es tan solo identificar, a la luz de una jurisprudencia no demasiado conocida, algunos de los problemas que se suscitan en este ámbito —esto es, la operatividad de la conformidad una vez se pone de manifiesto la sospecha sobre la plena imputabilidad en la persona acusada—. Ello no significa, por cierto, desconocer la existencia de otro problema previo: la posibilidad de que la celeridad que se imprime al proceso en la búsqueda de la conformidad (en especial, en los juicios rápidos ante el Juez de instrucción) impida identificar precisamente este factor, a lo que por supuesto también puede contribuir la falta de conciencia de enfermedad de la propia persona acusada (cuyas circunstancias son, además, a menudo desconocidas para el abogado de oficio). Por fortuna, pronunciamientos relativamente recientes del TS evidencian una clara sensibilización hacia el problema, asentada en el entendimiento del investigado/acusado con patología mental como persona especialmente vulnerable dentro del proceso¹.

En todo este complejo panorama de sentencias de conformidad con apreciación de causas de inimputabilidad como eximentes completas o incompletas, seguidas de imposición de medidas de seguridad, pueden identificarse como mínimo estas principales cuestiones problemáticas (no son, desde luego,

¹ STS 681/2021, de 1 de septiembre, o especialmente, STS 963/2022 de 15 de diciembre, en ambos casos con devolución de la causa al juzgador a efectos de permitir la valoración de dicho factor.

las únicas): la capacidad para prestar válidamente conformidad, la determinación de la inimputabilidad o semiimputabilidad en los pactos de conformidad, y las medidas de seguridad como objeto de estos acuerdos. En todos estos extremos, como veremos, la imagen que arroja la jurisprudencia analizada comparte los rasgos generales de la práctica de la figura en nuestro sistema, todos ellos preocupantes: opacidad del proceso de negociación, sentencias muy parcas, un control judicial de los pactos por lo general muy superficial (que prácticamente siempre da por bueno el acuerdo forjado por las partes) y lo que puede considerarse, a la postre, un desplazamiento de la función jurisdiccional a la Fiscalía.

II. LA CAPACIDAD PARA CONFORMARSE

En el contexto de una regulación muy deficiente de la capacidad procesal con carácter general, la LECrim no menciona específicamente la cuestión de la capacidad para conformarse, que en cualquier caso se entiende que deberá ser constatada por el juzgador en el trámite de control de la conformidad, como parte de su obligación de cerciorarse de que la conformidad se ha prestado «libremente y con conocimiento de sus consecuencias» (arts. 655.1 y 785.5 LECrim). Por otro lado, la todavía pendiente adaptación de la normativa procesal penal a la reforma de la capacidad operada por la Ley 8/2021 abre un interesante abanico de posibilidades en la regulación de la conformidad de personas con discapacidad mental o intelectual. En lo que sigue identificaremos algunos puntos conflictivos de toda esta cuestión, conjugando la mención a la situación vigente (normativa y jurisprudencial) con las perspectivas de futuro que se vislumbran a la luz de los más recientes intentos de reforma procesal.

Un primer aspecto, en el que no podemos detenernos aquí pero que en todo caso ha de dejarse apuntado, es el de si la valoración de la capacidad para conformarse ha de regirse por el mismo estándar que la capacidad procesal genérica, o si, por el contrario, tiene sentido introducir criterios más exigentes. El TS se ha decantado expresamente por la primera opción en alguna sentencia, pero la cuestión no es pacífica en Derecho comparado y alguno de los textos pre-legislativos de reforma de la LECrim parece apuntar en la dirección contraria².

² STS 2631/2020, de 10 de julio: «No deberá exigirse un standard distinto a efectos de conformidad y de celebración de juicio». En cambio, en la regulación del incidente para la adopción de medidas de apoyo del encausado necesitado de ellas en razón de su discapacidad, tanto el APLECrim de 2020 (art. 72.3) como el más reciente Proyecto de LECrim de 2025 (art. 71.3) preveía la posibilidad de que, junto a la determinación de las medidas de apoyo y las actuaciones procesales en las que la persona haya de estar asistida, el juez

Por lo que se refiere a la realidad de la práctica de nuestros tribunales en torno a la capacidad para prestar conformidad, como punto de partida puede constatarse que en la actualidad se han convertido en muy habituales las conformidades con acuerdo sobre la aplicación de la eximente completa de alteración mental, y –prácticamente siempre– con medidas de seguridad. Por supuesto, que una persona inimputable en el momento de cometer el hecho antijurídico pueda reunir después la capacidad necesaria para conformarse (o capacidad procesal como categoría más genérica) no plantea problemas *per se* atendida la diversidad conceptual entre ambas; de lo que se trata es de que el juez realice el control necesario para asegurarse de que la persona reúne en el momento de prestar conformidad la capacidad suficiente para comprender aquello a lo que se conforma y las consecuencias de hacerlo.

Pretender constatar cómo opera realmente este control judicial en la práctica se enfrenta, sin embargo, a las ya conocidas dificultades que a cualquier estudio sobre la conformidad interpone la parquedad de la inmensa mayoría de esta clase de sentencias. Pueden desde luego encontrarse resoluciones en las que se hace constar la existencia de exámenes forenses previos que afirman la capacidad del acusado para prestar conformidad³, así como otras en las que se menciona, aunque de modo muy parco, que el acusado «entiende» o «comprende» los términos de aquella⁴; pero lo cierto es que resulta muy habitual que, incluso tratándose de personas con trastornos mentales muy graves y permanentes, no se haga absolutamente ninguna mención a la capacidad para conformarse ni al modo en que esta se ha constatado⁵.

Este silencio sobre la capacidad para conformarse resulta todavía más difícil de aceptar cuando es la propia descripción del estado del acusado (no limitada a la concurrente en el momento de la comisión del delito) la que suscita claras dudas al respecto –lo que en principio debería conducir a la celebración

acuerde *excluir la conformidad*. Con ello viene a decirse implícitamente que una provisión de apoyos que puede bastar para complementar los déficits de autonomía necesarios para ser sometido a juicio puede no ser suficiente para complementarlos de cara a una conformidad, lo que se antoja completamente razonable.

³ SAP Madrid 72/2012, de 29 de junio (asesinato del hijo recién nacido, esquizofrenia paranoide); SAP Málaga 5/2014, de 19 de junio (asesinato de la madre, esquizofrenia paranoide); SAP Zaragoza 220/2023, de 27 de julio (asesinato, esquizofrenia paranoide); SAP Barcelona 4/2025, de 24 de enero (asesinato del padre, esquizofrenia). Especialmente interesante SAP Sevilla 564/2007, de 11 de diciembre, en un supuesto límite de falta de capacidad en el que parece operar una suerte de «provisión de apoyos» *avant la lettre* por parte de las hermanas del acusado.

⁴ SAP Barcelona 30/2022, de 26 de abril (asesinato del padre, esquizofrenia paranoide).

⁵ Así acontece en todas las demás sentencias citadas en este trabajo. Llama la atención sobre este extremo HERNÁNDEZ MOURA, 2022, pp. 343-350, con ejemplos jurisprudenciales (anteriores a los aquí mencionados). Un rechazo a la revisión de una sentencia de conformidad impugnada por motivo de una supuesta falta de capacidad para conformarse puede encontrarse en ATS 1757/2016, de 26 de febrero, valorada en tono muy crítico por HAVA GARCÍA, *EPC* 2021, p. 120.

del juicio ex artículo 655.3 o 785.7 LECrim—). Tal es el caso, por ejemplo, de la SAP de Zaragoza 119/2013, de 9 de abril, según la cual el acusado presentaba «al tiempo de los hechos y *aún en la actualidad*, una enfermedad mental, esquizofrenia, con proceso de desconexión de la realidad con síntomas productivos, teniendo entonces y *ahora* su capacidad de conocer y decidir prácticamente desaparecida, siendo aconsejable su ingreso en un centro cerrado psiquiátrico»; o la SAP Asturias 309/2020, de 15 de septiembre, en la que consta que el acusado «es persona carente de habilidades sociales y requiere ayuda para la resolución de problemas, sobre todo en lo relativo a su tratamiento y seguimiento médico», y que «tiene limitadas de forma muy importante las cualidades y condiciones para actuar de forma consciente y libre, por lo que requiere tratamiento y supervisión médica para evitar su descompensación psicopatológica»: aun cuando la mención a las características actuales del acusado pretenda hacerse servir en ambas sentencias como una suerte de juicio de peligrosidad criminal sobre el que sustentar las medidas de seguridad, lo cierto es que tal y como se formula no parece compatible con la apreciación de una plena capacidad para conformarse. Con todo, la máxima tergiversación de la figura de la conformidad en esta línea puede encontrarse en SAP Zaragoza 140/2014, de 13 de mayo, dictada por conformidad entre Ministerio Fiscal y defensa respecto de un homicidio cometido en una residencia por un autor con «demencia clínica grave con síntomas de confusión, amnesia remota y reciente y Alzheimer», con acuerdo sobre la eximente completa y la imposición de trece años de internamiento. El tribunal menciona telegráficamente que tal acuerdo se produce «sin que pueda recabarse la conformidad del imputado a tenor de los informes médicos presentados», lo que, a falta de ninguna otra aclaración, no parece suscitarle mayor problema de cara a dictar una sentencia *de conformidad*⁶.

Pues bien: aunque esta última sentencia constituye desde luego un caso muy extremo, una visión de conjunto de las sentencias de conformidad con acusados claramente inimputables y con trastornos mentales graves y permanentes que hacen cuando menos dudosa su capacidad de conformarse permite formular una hipótesis que no parece descabellada: la de si el pacto de conformidad puede estar convirtiéndose en un expediente de solución (como una

⁶ Muy expresiva también de esta presión del sistema por lograr la conformidad, incluso a costa de una ficción completa respecto de la capacidad para prestarla es la sentencia de la AP de Valencia (esta sí anulada en casación por STS 690/2018 de 21 de diciembre) que en un procedimiento enormemente complicado por tráfico de drogas, con multitud de acusados (lo que suponía, obviamente, un gran interés de la Fiscalía en lograr la conformidad) da por buena la de un coacusado inimputable que todo indica que no podía prestarla; aunque el acusado fue absuelto por anomalía psíquica (y sin medida de seguridad alguna), sus bienes fueron decomisados como consecuencia de la sentencia, lo que, además de por posible falta de capacidad, fundamenta la anulación de la conformidad por el TS por no habersele informado de esta consecuencia desfavorable.

suerte de «tercera vía» procesal aparentemente beneficiosa para todos) del viejo problema, tan mal resuelto por la LECrim, de la incapacidad procesal del sujeto inimputable necesitado de medidas; un problema cuyas dos soluciones clásicas basculan, como se sabe, entre el sobreseimiento con remisión a la jurisdicción civil para decidir sobre el tratamiento psiquiátrico necesario, y la celebración en cualquier caso del juicio oral para decidir la imposición en su caso de medidas de seguridad de carácter penal⁷. Pues bien, dejando ahora al margen la discusión sobre si esta última constituye la solución más garantista (por posibilitar la prueba de los hechos y de la participación del autor, y una determinación e imposición de la medida a través de sentencia) o si incurre, como también se ha sostenido, en una cosificación inadmisibles de quien no puede entender el significado del juicio ni ejercer adecuadamente su derecho de defensa, lo cierto es que la tendencia de nuestro sistema a la primera vía comporta una consecuencia lógica: si el juicio va a celebrarse en cualquier caso –operándose con una suerte de ficción de capacidad procesal de quien en realidad no la tiene⁸– la determinación de dicha capacidad en el caso concreto pierde relevancia, permitiéndonos operar con un concepto «amplio» de la misma que englobe tanto la real como la intermedia o la directamente «ficticia».

La cuestión es si esta lógica de nuestro sistema puede estar trasladándose (con adaptaciones) a la práctica de las conformidades, lo que explicaría lo que parece una cierta laxitud de nuestros tribunales en el control de la capacidad de conformarse del inimputable con trastorno mental grave y permanente (o, cuando menos, el que se opere con un concepto de capacidad amplio). Si en cualquier caso, incluso celebrándose juicio, se apreciará una completa exención de responsabilidad (porque la acusación está dispuesta a admitirla) y una imposición de medidas de seguridad que se asume como necesaria (pensemos en enfermedades mentales muy serias y permanentes y delitos contra la vida, como los tratados en la mayoría de las sentencias citadas en este trabajo), la conformidad aparece para el sistema como la solución ideal: la medida de seguridad se termina imponiendo por sentencia, por un límite máximo fijado, y con carácter penal y por tanto asegurativo (con lo que se eluden las críticas a la solución de sobreseer y remitir a la vía civil), y la no celebración del juicio al haber conformidad beneficia tanto al acusado enfermo mental (al que se le evita un juicio que en sus condiciones puede resultarle especialmente penoso) como, por supuesto, a una sobrecargada Administración de Justicia que es la primera interesada en lograr el pacto (especialmente en los casos en que está

⁷ Una visión panorámica de la discusión en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2023, *passim*, o SANZ MORÁN, *InDret*, 2023, pp. 103-110.

⁸ Utiliza esta idea de la «ficción» sobre la capacidad procesal, SANZ MORÁN, *InDret*, 2023, p. 106.

en juego ahorrarse un costoso juicio por jurado). Sin duda, la antes citada SAP Zaragoza constituye una expresión extrema de una conformidad totalmente ficticia, que se evidencia sin ningún tipo de rebozo y que obviamente resulta por ello contraria a la ley; la cuestión es, sin embargo, hasta qué punto nuestros tribunales –en virtud de la lógica que ha tratado de explicarse– están dando por buenas conformidades prestadas por acusados inimputables con una capacidad dudosa (dudosa sobre todo si entendiésemos que el estándar de competencia para prestar conformidad debería ser más exigente que para ser sometido a juicio) que no se hace visible en la sentencia⁹.

A la hora de analizar los riesgos que este tipo de práctica comporta, hay varios elementos a tomar en consideración, íntimamente relacionados con el tipo de casos de los que nos ocupemos, y, también, con cómo se muñen estos pactos y con qué se negocia realmente. Si nos restringimos de nuevo a los supuestos de indicios probatorios muy claros sobre la autoría de los hechos, en los que se pacta la eximente completa, desde la lógica pro-conformidad podría argüirse que los riesgos para la defensa son en realidad nimios –también con una capacidad para conformarse poco firme que con un enfoque pragmático se opta por considerar suficiente–: a fin de cuentas, *el inimputable pacta su absolución*, con lo que parecería desaparecer ese elemento indirectamente coercitivo de las ofertas de conformidad (que puede llevar a un acusado a aceptar una condena para evitar el riesgo de una pena mayor). La cuestión clave se desplaza entonces, como es obvio, a otro elemento: el pronóstico de peligrosidad y la duración máxima de la medida de seguridad privativa de libertad que se pacta en conformidad, y, con ello, el riesgo de que el inimputable (para garantizarse la eximente) se conforme con una medida que en caso de juicio pudiera no haberle sido impuesta, o con una duración máxima superior a la que pudiera haberle correspondido¹⁰. Volveremos sobre ello infra, al ocuparnos del tema de las medidas como objeto de negociación de los pactos de conformidad.

Por lo que se refiere a las perspectivas de cambio de regulación en el contexto de una remodelación completa de nuestro sistema procesal-penal, la cuestión de la capacidad para conformarse habrá de bascular entre dos perspectivas que, sin ser necesariamente antagónicas, pueden resultar en ocasiones difíciles de conciliar, y cuya convivencia se hace especialmente aguda en el ámbito de la conformidad: la promoción de la autonomía de la persona con discapacidad

⁹ En esta línea, HERNÁNDEZ MOURA, 2022, pp. 343-350, quien entiende que en la práctica se hacen pasar por capacidad para conformarse supuestos dudosos.

¹⁰ Téngase en cuenta que, aunque teóricamente el pacto sobre las medidas no vincula al tribunal (volveremos sobre ello más adelante) en la práctica los tribunales las aceptan exactamente en sus mismos términos, tanto su modalidad como su duración.

—sobra decir que inspirada en la Convención de la ONU de 2006—, que posibilite su intervención en el proceso penal en pie de igualdad con el resto de los ciudadanos (una perspectiva que alimentaría un concepto amplio de capacidad para prestar conformidad, entendida la figura como un ejercicio de autonomía complementada con las medidas de apoyo en su caso necesarias), y la concepción de la persona con discapacidad como un encausado especialmente vulnerable —que informa la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (2013/C 378/02)—, lo que aconseja extremar las precauciones a la luz de los riesgos y renuncias que aceptar una conformidad (incluso con apoyos) puede suponer. En ese delicado equilibrio se sitúan el APLECrim de 2020 y el PLECrim de 2025, en los que se vislumbra la siguiente gradación respecto del ejercicio de la autonomía de la persona con discapacidad en la prestación de conformidad: autonomía plena para conformarse (no necesitada de apoyos); capacidad para conformarse necesitada de apoyos (que serán precisados en el incidente previsto al efecto); capacidad para ser sometido a juicio (con apoyos), pero sin posibilidad de conformidad (pues entiendo que así debe interpretarse que en el incidente de previsión de apoyos el juez pueda optar por excluir la posibilidad de conformidad); e incapacidad absoluta para conformarse (en cuyo caso debería irse a juicio, si bien, en caso de acuerdo sobre hechos y calificación, se prevé la celebración del mismo únicamente a efectos de la comprobación de la peligrosidad y la imposición de las medidas en su caso necesarias)¹¹. Una gradación de la capacidad que, como mínimo, presentaría la ventaja de desincentivar la práctica de entender plenamente capaces de conformarse a acusados que probablemente no lo sean¹².

III. LA DETERMINACIÓN DE LA INIMPUTABILIDAD O SEMIIMPUTABILIDAD EN LOS PACTOS DE CONFORMIDAD

Uno de los rasgos más destacados de las sentencias de conformidad, con carácter general, es el de la práctica ausencia de motivación de la calificación acordada en relación con cualquiera de sus extremos (tipo objetivo del delito

¹¹ Esta última alternativa, prevista en los arts. 80.5 APLECrim 2020 y 79.5.^a PLECrim 2025 tiene sin duda la ventaja de favorecer la eficiencia del sistema sin necesidad de (con la presión por evitar la celebración del juicio) forzar las costuras de la capacidad para conformarse, pues igualmente permite prescindir de la parte sustancial del juicio. En una línea muy similar se sitúa la propuesta del GEPC de 2023.

¹² Así, HERNÁNDEZ MOURA, 2022, p. 349. Sobre todas estas cuestiones, con detalle, MUÑOZ BUSSAC, InDret, 2023, *passim*.

aplicado, tipo subjetivo, atenuantes, etc.), que no se razonan contrastándolos con los parámetros interpretativos sentados doctrinal o jurisprudencialmente; a menudo se detectan o cuando menos se intuyen calificaciones discutibles, que parecen no compadecerse con estos últimos —una aplicación en suma desigualitaria de la norma penal—, pero lo cierto es que, a la postre, esa falta de motivación impide confirmarlo. Todo ello se agrava con otros factores en juego, como la posibilidad de un pacto sobre los hechos que elimine convenientemente del relato los elementos perturbadores de cara a la calificación acordada, y un elemento de importancia decisiva: los criterios que guían a la Fiscalía a la hora de proponer o aceptar un pacto de conformidad y el grado de discrecionalidad o «flexibilidad» que se autoriza a los Fiscales con el objetivo de alcanzar el pacto (donde puede entrar en juego la previsible duración y complejidad del juicio oral, que sin duda opera como un importante acicate para ello).

La aplicación en sentencias de conformidad de eximentes completas o incompletas en razón de la afectación de la imputabilidad del acusado no escapa a esta descripción. Por regla general, la caracterización tanto del elemento biológico/psiquiátrico de la inimputabilidad como del elemento psicológico/normativo (esto es, la valoración de hasta qué punto se ha visto afectada la comprensión de la ilicitud o la posibilidad de actuar de acuerdo con dicha comprensión) resulta muy breve, y para ambos elementos suele realizarse por directa remisión a informes forenses de los que apenas se deja constancia. A este respecto no puede dejar de señalarse, por cierto, el progresivo empobrecimiento (y el riesgo de «congelación») de nuestra jurisprudencia que la conformidad supone, en este contexto de la imputabilidad como en cualquier otro: supuestos de calificación compleja y discutible, que en caso de juicio oral pudieran dar lugar a un nuevo enfoque o a una matización jurisprudencial, se reducen a unas pocas líneas o quedan directamente ocultos.

En cualquier caso, en lo que estas breves descripciones permiten deducir, la apreciación de la eximente completa en sentencias de conformidad suele encontrarse mayoritariamente en el mismo espectro de casos que en las sentencias dictadas tras juicio oral: la anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1 Cp por el trastorno esquizofrénico profundo¹³. En muchas sentencias se especifica la concurrencia de un brote en el momento de los hechos —lo que coincide con la doctrina jurisprudencial del TS, que para apre-

¹³ Además de las sentencias citadas supra n.3, pueden verse entre otras SAP Álava 311/2011, de 29 de septiembre (asesinato de la abuela); SAP Baleares 5/2021 de 8 de noviembre (asesinato del padre y tentativa de asesinato de la madre); SAP Barcelona 534/2023, de 7 de junio (tentativa de homicidio madre); SAP Barcelona 1/2025, de 3 de enero (asesinato de compañero de piso tutelado); SAP Lleida 41/2025, de 19 de febrero (asesinato de la esposa).

ciar la eximente suele exigir este elemento—; en otras, sin embargo (y aunque sí se mencione brevemente la anulación de las capacidades intelectivas y volitivas) dicha circunstancia no se hace constar expresamente, lo que introduce la duda sobre si en algunos casos el interés de la Fiscalía por lograr la conformidad puede suponer una aplicación más generosa de la eximente de lo que el TS suele aceptar (introduciéndose así el factor de desigualdad de trato tan ligado a las conformidades)¹⁴. También en pactos sobre otras causas de inimputabilidad pueden encontrarse ejemplos de lo que parecen aplicaciones generosas (siempre, en cualquier caso, sobre una descripción telegráfica que impide asegurarlo)¹⁵. Pronunciarse con certeza sobre si en las conformidades se aprecian inimputabilidades o semiinimputabilidades con un criterio más amplio del habitualmente empleado por la jurisprudencia (como ciertamente sucede con carácter general en la práctica de la conformidad, con penas que a menudo se perciben como muy claramente benévolas a la luz de los propios hechos conformados) requeriría, en cualquier caso, una revisión jurisprudencial mucho más completa de la que ha podido acometerse aquí. Y ni siquiera una revisión amplia aseguraría conclusiones certeras: sin conocer el detalle de los informes forenses, mal podemos saber, en realidad, si y hasta qué punto una conformidad ha sido «generosa» con el acusado (que lo habrá sido, probablemente, a cambio de aceptarse unas medidas más o menos severas). El estudio de la conformidad parece condenar al investigador a una inevitable frustración.

¹⁴ Como término de comparación con respecto a la doctrina del TS resulta muy interesante el estudio jurisprudencial de HAVA GARCÍA, *EPC* 2021, pp. 94-121. En algunos casos se acuerda por conformidad la aplicación de la eximente a pesar de que es muy clara la no concurrencia de brote (SAP Vizcaya 16/2020, de 27 de febrero, en un supuesto de tenencia de armas y explosivos); otros, en cambio, parecen corresponderse con la línea jurisprudencial más estricta, como la telegráfica SAP Madrid 195/2024, de 18 de abril, relativa al asesinato de la madre anciana por su hija, sobre la que se indica tan solo que «padece una esquizofrenia paranoide de curso crónico que determinó que, en el momento de los hechos, tuviera sus facultades intelectivas y volitivas gravemente afectadas». Semejante pobreza de razonamiento impide conocer la razón por la que este acuerdo de conformidad descartó la eximente completa (si es por no haberse podido probar la concurrencia de brote o por alguna otra), teniendo en cuenta que algunos elementos de los hechos (tras apuñalarla seccionó los pabellones auriculares y la cabeza de la víctima) parecería apuntar en favor de una completa inimputabilidad. Como sucede en el juego de equilibrios que subyace en general a las conformidades, la explicación podría encontrarse en la personación de otros familiares como acusación, que podría haber dificultado el pacto sobre la eximente completa.

¹⁵ Es el caso de la SAP Castellón 8/2024, de 12 de noviembre, que sin mencionar en ningún momento ni la adicción al alcohol del acusado ni su estado durante los distintos hechos asume el pacto de eximente completa de intoxicación plena (muy escasamente aplicada en la jurisprudencia) en delito continuado de quebrantamiento de condena, lesiones de género y delito continuado de allanamiento de morada (con medida de libertad vigilada con tratamiento ambulatorio). Otro supuesto de interés por los hechos conformados (un homicidio en comisión por omisión por falta absoluta de cuidados durante muchos meses al hermano dependiente con el que convivía) puede encontrarse en SAP Granada 389/2023, de 26 de octubre, que aplica la eximente incompleta por unos muy imprecisos «trastornos mentales y del comportamiento debido al uso de opiáceos y cocaína por su consumo perjudicial y con síndrome de dependencia».

IV. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO OBJETO DE CONFORMIDAD

Según el artículo 655.5 LECrim «no vinculan al tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal», una referencia absolutamente escueta y por ello confusa, de importancia quizá menor en el contexto de escasa práctica de las conformidades en el que fue introducida, pero que en la actualidad resulta por completo insuficiente a la luz del enorme cambio que la práctica real de la conformidad ha experimentado en este ámbito en los últimos años. Una cosa sí está clara: lo que queda vedado al tribunal, por lesivo del derecho de defensa, es introducir en la sentencia de conformidad una medida de seguridad totalmente *ex novo*; así lo dejó claramente sentado la STS 123/2016, de 22 de febrero, al anular una sentencia que, a partir de un pacto de conformidad sobre una eximente incompleta de retraso mental, añadió de modo sorpresivo una medida de internamiento, sin haber practicado ninguna prueba pericial que acreditara su necesidad tras un debate contradictorio. En el otro extremo, debe considerarse igualmente claro que, a partir de un pacto de conformidad sobre una eximente completa o incompleta que incorpore medidas, el tribunal podría rechazarlas si las entiende injustificadas y por ende no acordes con la legalidad, cosa que, como hemos señalado, nunca sucede.

Los pactos de conformidad en que se acuerda una eximente completa o incompleta por afectación de la imputabilidad incluyen con muchísima frecuencia una medida de seguridad, cuya procedencia, naturaleza y duración máxima exacta es *prácticamente siempre aceptada en todos sus términos*; se reproduce en este ámbito, por tanto, la realidad general del trámite del control judicial de la conformidad, que casi siempre confirma el pacto en todos sus extremos. Es cierto que algunas sentencias se cuidan de señalar que el tribunal no está vinculado por el pacto respecto de las medidas; pero siempre que se menciona tal cosa es para después apreciar inmediatamente la pertinencia de la medida acordada, su clase y duración, las más de las veces con un claro automatismo que simplemente menciona su necesidad¹⁶, y solo algunas incorporan un juicio de peligrosidad más detallado¹⁷. Muy a menudo los tribunales

¹⁶ Un claro ejemplo en SAP Madrid 72/2012, de 29 de junio (eximente completa en asesinato del bebé recién nacido, que dice expresamente que aunque la conformidad no alcanza las medidas, procede acordar el internamiento «fijándose la duración máxima solicitada por las partes», de quince años menos un día).

¹⁷ Normalmente el razonamiento se refiere a la gravedad del hecho cometido y el trastorno del autor; reproducen el mismo texto en esa línea p. ej. SAP Zaragoza 220/2023, de 27 de julio –eximente completa en asesinato, que da por bueno el acuerdo sobre internamiento por un máximo de diecisiete años y seis

no se molestan siquiera en declararse no vinculados sobre este extremo, ni en razonar mínimamente por qué ha de imponerse la medida; esta es tratada como cualquier otro elemento del pacto de conformidad, y simplemente se da sin más por buena su imposición y duración¹⁸. Dicha asunción automática se produce también en casos en que existe un mayor margen de decisión sobre la duración máxima de la medida, como sucede en los supuestos de tentativa o en las eximentes incompletas, que suelen propiciar un campo de juego más amplio sobre su naturaleza y duración¹⁹.

Partiendo de esta realidad jurisprudencial, su análisis crítico requeriría conocer un dato esencial: el de si y hasta qué punto la clase de medida y su duración son objeto en la práctica real de una verdadera negociación entre acusación y defensa. A pesar de que –como casi todo en las conformidades– este dato normalmente se hurta al observador que no ha sido parte en el proceso, no faltan indicios que apuntan en sentido afirmativo. Que se negocia sobre ello se evidencia en las sentencias (las menos) en las que consta la concreta calificación y medidas incluidas en el primer escrito de la acusación, que difieren de las finalmente pactadas²⁰; y queda también claro en todos aquellos casos (frecuentes) en los que la sentencia simplemente informa del pacto alcanzado, pero haciendo constar que al mismo se ha llegado después de una modificación de sus conclusiones provisionales por parte de la acusación (sin decirnos a partir de qué calificación inicial)²¹. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que negociar sobre la subsunción típica de los hechos implica indirectamente hacerlo sobre la duración máxima de la medida (lo cual puede ser muy relevante cuando se pacta un internamiento a partir de la comisión de homicidio o asesinato, con sus

meses– y SAP Lleida 41/2025, de 19 de febrero –eximente completa en asesinato de la esposa, con internamiento por un máximo de veinticinco años–.

¹⁸ Vid p.ej. SAP Zamora 10/2020, de 8 de mayo (eximente completa en homicidio del marido, internamiento máximo de diez años, con mención a que la defensa se conforma «con las penas solicitadas» –sic–); SAP Vizcaya 16/2020, de 27 de febrero (eximente completa en tenencia de armas y tenencia de explosivos), con un año y medio y dos años de internamiento, respectivamente, y para ambos delitos libertad vigilada con «adherencia a pautas médicas» por cinco años; SAP Murcia 253/2022, de 23 de junio (eximente completa en asesinato de la hermana), con internamiento máximo por quince años; SAP Barcelona 4/2025, de 24 de enero (eximente completa en asesinato doblemente cualificado del padre, internamiento y la libertad vigilada «por el período máximo de cumplimiento por el que fueron pactadas», veinticinco años).

¹⁹ Como ejemplo, SAP Asturias 309/2020, de 15 de septiembre (tenencia de explosivos), con pacto de un año de prisión (con informe favorable de la fiscalía sobre la suspensión), y libertad vigilada con obligación de someterse a tratamiento médico ambulatorio durante cinco años.

²⁰ Así, SAP Zaragoza 119/2013, de 9 de abril (tentativa de homicidio); SAP Jaén 210/2024, de 21 de octubre (tráfico de drogas).

²¹ Véase p. ej., SAP Barcelona 21/2025, de 13 de enero, que menciona varias veces las «nuevas medidas» solicitadas después de la modificación «en aras a una posible conformidad», lo que permite entender mejor que el internamiento se fije por un máximo muy inferior al posible.

respectivas agravaciones). Y particularmente en los casos de eximente incompleta sería por completo ingenuo pensar que las medidas no forman parte de la negociación en combinación con la pena²².

En cualquier caso, y pasando ahora al plano conceptual, personalmente me parece razonable sostener que las medidas de seguridad no deberían ser objeto de negociación en un pacto de conformidad. En la faceta de mecanismo premial que informa esta figura²³, un acusado se conforma con la acusación, renuncia a ir a juicio, y es compensado por la Administración de Justicia con una rebaja de la intensidad de la respuesta punitiva; aunque la dimensión preventivo general y especial de la pena puedan verse también afectadas por su rebaja —como de hecho sucede a menudo—, conceptualmente la pena no deja de ser un castigo que el sistema decide aminorar en cambio de esa aportación de utilidad²⁴. El fundamento exclusivamente preventivo de las medidas, en cambio, no se compadece bien con la transacción; si el juicio de peligrosidad revela la necesidad de imponer una medida de seguridad de una determinada clase y de un cierto máximo de duración, no debería rebajarse en aras del lograr el pacto. Esa es, a mi juicio, la interpretación más acertada del trasfondo de la declaración legal de «no vinculación» del juez a las medidas pactadas.

Si nos centramos en el ámbito que nos ha ocupado más aquí (acusados claramente inimputables que en principio parecen requerir medidas de interna-

²² Un supuesto muy evidente, en el que además constan las peticiones iniciales y su modificación hasta llegar al pacto, en la interesante SAP Gipúzcoa 129/2022, de 16 de junio (tentativa de homicidio que termina con un año y seis meses de prisión y un internamiento psiquiátrico de cinco años, a partir de una petición inicial de la Fiscalía de cinco años de prisión y diez de internamiento). Una interpretación bien-intencionada de la figura de la conformidad podría querer entender el pacto (p. ej. cuando se acuerdan unas medidas de duración inferior o de naturaleza menos aflictiva que la inicialmente planteada por la Fiscalía) como fruto de una negociación descarnada como de una labor de persuasión por parte de la defensa (que logre convencer a la Fiscalía, por ejemplo, de un pronóstico de peligrosidad menos intenso que el inicialmente asumido por aquella, o, en general, de una menor necesidad de la medida). No hay por qué descartar que así pueda suceder en algunos casos (lo que por cierto implica teñir la labor del Fiscal de un carácter más jurisdiccional que propiamente de parte, consciente como es de que el juez respetará las medidas pactadas), y ciertamente pueden encontrarse sentencias de conformidad que recogen lo que parece un pacto ponderado y exento de automatismos (véase, p. ej., la interesante SAP Zaragoza 2/2013, relativa al homicidio de su madre por un acusado con depresión mayor, considerado semiimputable); pero la lógica general de las conformidades, sin embargo, es la de la presión entre las partes con las bazas con que cada uno puede jugar: el acusado cuenta a su favor con el interés de la Fiscalía por evitar el juicio (lo que puede conducir a una cierta generosidad en la aplicación de la eximente, o a rebajar las medidas inicialmente planteadas); y la Fiscalía puede a su vez presionar con la amenaza de una calificación más dura (en nuestros casos, por ejemplo, con no admitir la eximente completa o incompleta si no es a cambio de unas determinadas medidas).

²³ Dejando ahora al margen tanto lo discutible y desigualitario de su aplicación real como el que con frecuencia opere como un mecanismo de presión que empuje a conformarse a personas que tendrían buenas posibilidades de salir mejor paradas en caso de juicio (un riesgo de exceso, como veremos enseguida, que también puede presentarse en relación con las medidas).

²⁴ Sobre concepto, fundamento y finalidades de la pena, PEÑARANDA RAMOS/BASSO, 2019, *passim*.

miento a partir de delitos muy graves), podría pensarse que, siguiendo el razonamiento anterior, los riesgos más cuestionables del juego de la conformidad y la negociación sobre la duración de la medida son los *riesgos de defecto* del componente asegurativo (para el conjunto de la sociedad) y no tanto los de *exceso de afflictividad* (para el inimputable). Una duración máxima de la medida «rebajada» por la Fiscalía en aras de lograr el pacto genera el riesgo de una cobertura deficiente del componente asegurativo de aquella (que el internamiento civil en su caso imponible una vez alcanzado dicho máximo no está en buenas condiciones de satisfacer)²⁵; en cambio, que el sujeto inimputable se conforme con una medida de duración más larga de la que pudiera haber recibido en caso de juicio (por miedo a «perder» una eximente completa o incompleta que la Fiscalía sí le ofrece si se conforma) no debería generar un riesgo de exceso de afflictividad –al menos no teóricamente– dada la obligación legal de hacer cesar el internamiento, al margen del máximo pactado, en el momento en que la peligrosidad inicial se estime neutralizada gracias al tratamiento recibido. Con todo, la conformidad ha de ser siempre valorada en el contexto en el que opera, y hay que tener presente que la falta de recursos que padece nuestro sistema para la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad deriva con mucha frecuencia en que no se lleven a cabo las revisiones periódicas de la necesidad de la medida legalmente previstas, de modo que muy a menudo esta se cumple hasta agotar su máxima duración posible²⁶ –dejando ahora al margen el hecho de que, además, suelen ejecutarse en centros penitenciarios como consecuencia de la falta de red psiquiátrica comunitaria y de la escasez de plazas en los dos únicos psiquiátricos penitenciarios que funcionan en nuestro país–²⁷. Con esa realidad como trasfondo, el riesgo de un exceso de afflictividad para el inimputable que acepta una medida de internamiento con un máximo de duración eventualmente más duro del que hubiera podido recibir en caso de juicio no resulta en absoluto desdeñable.

²⁵ Ello puede suceder cuando se pacta una duración máxima de la medida muy inferior al máximo legalmente posible; aunque no podamos conocer con seguridad si ello se debe a la transacción en aras de lograr el acuerdo, podría ser el caso de SAP Barcelona 21/2025, de 13 de enero (eximente completa en tentativa de asesinato), o en SAP Zaragoza 119/2013, de 9 de abril (eximente completa en tentativa de homicidio), en ambos casos tentativas con medida de internamiento por un máximo de seis años; claramente favorable parece también la SAP Pontevedra 6/2024, de 21 de diciembre, que en un caso de incendio con peligro para la vida del artículo 351 (marco abstracto diez a veinte años), con eximente incompleta, acuerda pena de prisión de dos años y seis meses, «sustituida» por internamiento psiquiátrico «por ese mismo plazo máximo».

²⁶ Sobre ello por todos GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA, 2023, pp. 121-4.

²⁷ En los últimos años se ha intensificado la preocupación doctrinal sobre las deficiencias en el régimen de ejecución de las medidas de internamiento psiquiátrico, que según algunos autores termina haciendo de peor condición el cumplimiento de las medidas que el de las penas. *Vid.* p. ej. GARCÍA ORTIZ, REP, 2021, *passim.*, o el trabajo de GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA citado *supra*.

No ha de olvidarse, por último, que el riesgo de un exceso de afflictividad en la conformidad de inimputables también puede anidar en el hecho mismo de (aun pactada una absolucón) verse compelido por presión de la Fisc  l  a (que condiciona la eximente completa o incompleta a la imposición de medidas) a aceptar un juicio de peligrosidad y una medida no justificados; si ya con carácter general (incluso en caso de celebrarse juicio oral) los pronósticos de peligrosidad est  n plagados de automatismos y sesgos ²⁸, no cabe duda de que la conformidad y la búsqueda de la celeridad que la impregna favorecen todavía en mayor medida un análisis superficial. A medida que la conformidad gane terreno en este campo, menos posibilidades de mejorar unos juicios de peligrosidad cuyas deficiencias conducen a un frecuente abuso de medidas de internamiento denunciado por la doctrina.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

La práctica de las conformidades de acusados inimputables con acuerdo sobre medidas de seguridad presenta pues (como la conformidad con carácter general) riesgos tanto de exceso como de defecto, además de que conceptualmente, como se ha explicado, el fundamento de las medidas de seguridad no se aviene con la lógica de la negociación. Ello impulsa a valorar planteamientos alternativos, uno de los cuales podría radicar, por ejemplo, en sustraer las medidas al pacto de conformidad (sobre todo si son de internamiento) y convertir en obligatoria la celebración de juicio contradictorio para probar la peligrosidad y decidir la medida a imponer en su caso (ya que la «no vinculación» del juez al pacto sobre medidas no cumple en la práctica ninguna función de control a ese respecto); un juicio con objeto por tanto restringido, tal y como la propia LECrim ya dispone para el caso, no infrecuente, de que el acuerdo de conformidad no haya alcanzado la responsabilidad civil.

Ha de admitirse, sin embargo, que (por razones que no pueden desarrollarse aquí) tampoco la anterior constituiría una solución completa; y sobre todo ha de reconocerse que, lamentablemente, una vez la práctica de la conformidad ha conquistado un terreno, la reversión a soluciones más costosas para la Administración de Justicia resulta poco menos que imposible. Probablemente, si queremos ser realistas, solo nos quede esperar resignadamente que la Fisc  l  a realice un ejercicio razonable de la conformidad en este ámbito, y que los tribunales ejerzan de modo como mínimo algo más riguroso la tarea de control del pacto de conformidad.

²⁸ Referencia obligada MARTÍNEZ GARAY, InDret, 2014, *passim*.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA ORTIZ, Andrea: *Los trastornos mentales en el medio penitenciario: Situación actual y propuestas de mejora*, Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 263, 2021, pp. 9-67.
- GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA, Pablo: *La posición de desventaja del discapacitado psíquico en el sistema penal*, en Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal, Cizur Menor, 2023, pp. 93-142.
- Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una propuesta alternativa para un nuevo régimen penal aplicable a las personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual*, Valencia, 2023.
- HAVA GARCÍA, Esther: *Enfermedad mental y prisión: análisis de la situación penal y penitenciaria de las personas con trastorno mental grave (TMG)*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 41, 2021, pp. 59-135.
- HERNÁNDEZ MOURA, Belén: *Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en el ALECRIM de 2020*, en Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal, Cizur Menor, 2022, pp. 321-364.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía: *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*, InDret, núm. 1, 2014, pp. 1-77.
- *Un nuevo régimen penal aplicable a las personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual: la propuesta alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal*, en Salud mental y género: el debate entre el punitivismo y la despenalización, Valencia, 2024, pp. 413-464.
- MUYO BUSSAC, Pablo: *La conformidad del acusado con discapacidad intelectual*, InDret, núm. 1, 2023, pp. 150-194.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/BASSO, Gonzalo: *Cap. VII. La pena: nociones generales*, en Manual de Introducción al Derecho penal, Madrid, 2019, pp. 161-190.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel: *Tratamiento de la incapacidad para ser enjuiciado*, en Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal, Cizur Menor, 2023, pp. 143-182.
- SANZ MORÁN, Ángel: *El enfermo mental en el Anteproyecto LECrim. 2020*, InDret, núm. 1, 2023, pp. 98-124.

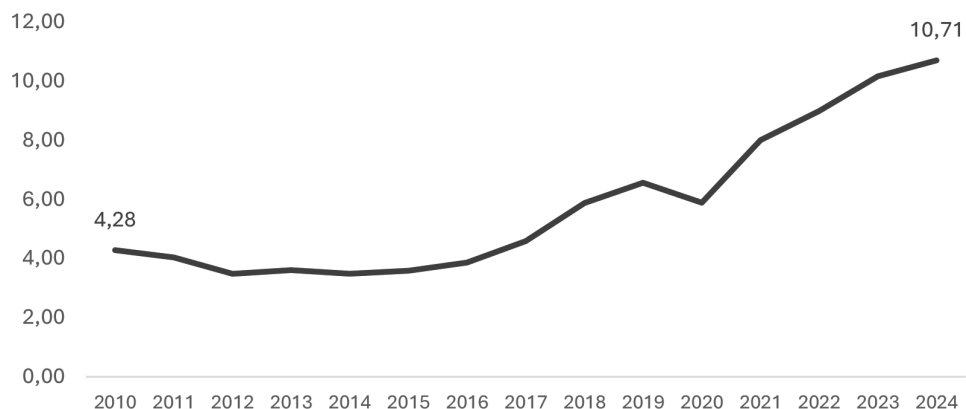
12. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES: UN PROBLEMA SIN RESOLVER¹

DANIEL VARONA GÓMEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Girona

La delincuencia sexual se ha convertido en uno de los fenómenos delictivos que mayor atención política y mediática ha recibido en nuestro país en los últimos años. Al margen de ciertos «casos-paradigma» (el más conocido de ellos, sin duda, es el de «La manada de Pamplona») y de la utilización política de los delitos sexuales en el marco de «guerras culturales» más amplias, lo cierto es que una mirada a los datos de delincuencia registrada no puede sino ratificar la importancia en el discurso público de este fenómeno delictivo:

¹ Este trabajo se inscribe en el proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, «Desafíos empíricos de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual» (PID2023-152017NB-I00). Las reflexiones que siguen son en gran parte producto de mi desempeño como Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Girona. En particular, agradezco a los Magistrados Adolfo García Morales y Víctor Correas las fructíferas deliberaciones que hemos tenido estos años sobre la cuestión. Léase el presente estudio así como un auténtico trabajo colaborativo.

Figura 1. Violaciones por cada 100.000 habitantes. España (2010-2024).



Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad.

Ciertamente, hasta la fecha no se han realizado suficientes investigaciones criminológicas que permitan aclarar si este aumento sostenido en la delincuencia sexual registrada se debe a un aumento real del número de delitos cometidos o a un incremento de la tasa de delitos denunciados (o a ambas cosas); pero sea como fuere es indudable que nos enfrentamos a un problema social de gran magnitud.

Parte de ese problema, subraya el discurso feminista, reside precisamente en el tratamiento judicial de los delitos sexuales. De hecho, uno de los lemas más repetidos en las protestas que tuvieron lugar en todo el país a raíz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20-3-2018 (ECLI: ES:APNA:2018:86), que juzgó en primera instancia a «La manada de Pamplona», fue «Yo sí te creo», aludiendo a una supuesta actitud de los jueces y tribunales penales a poner en duda o directamente no dar credibilidad a los relatos de las mujeres que denunciaban una violación.

Responder con evidencia empírica a la crítica feminista es difícil en un país como el nuestro en el que lamentablemente no existe una cultura de transparencia y rigor en la publicación y acceso a los datos². Pero si tenemos en cuenta la evidencia empírica disponible, lo cierto es que por lo menos en sede de enjuiciamiento parece que a las mujeres se las «cree» más que a los acusados³.

² Vid. en concreto sobre las carencias de los datos de condenas y condenados por delitos sexuales en España el reciente trabajo de KEMP/ LÓPEZ-RIBA/ VARONA, REIC, 2025.

³ Vid. en este sentido los trabajos del equipo coordinado por TAMARIT SUMALLA, que sobre la base de sentencias de Audiencias Provinciales publicadas en CENDOJ, muestran que el porcentaje de sentencias condenatorias es muy superior al de absolutorias (en concreto, por ejemplo, en el estudio de 2022,

Pero, ¿realmente es una cuestión de «credibilidad»? ¿cómo valoran nuestros tribunales la prueba en los delitos sexuales?

Si uno intenta buscar la respuesta a estas preguntas en la ley, esto es, en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se llevará una decepción. Ello porque el (escueto) precepto dedicado en general a la cuestión de la valoración de la prueba, tan solo indica lo siguiente (art. 741 LECrim):

«El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

El sistema establecido en este precepto se conoce como «de libre valoración de la prueba», lo cual parecería aludir a una especie de plena libertad de los jueces y tribunales penales a la hora de valorar las pruebas existentes, sin más sometimiento que «su conciencia» (que se presume recta), y que no exigiría así siquiera que tal «conciencia» fuera revelada o explicitada en la sentencia (sería una «íntima convicción»). Esta fue, de hecho, la situación durante muchos años en la práctica de los tribunales penales que, sin embargo, por toda una serie de razones hace tiempo que ha sido abandonada, al menos en su entendimiento primigenio de «valoración en conciencia, subjetiva o íntima –no exteriorizada– de la prueba»⁴. Frente a ello se asume sin vacilación hoy en día que el sistema de valoración de la prueba ha de ser un sistema «racional», en el que, en virtud de la legitimidad democrática del poder judicial, se deben exteriorizar las razones por las que un juez o tribunal penal, a tenor de la prueba existente, llega a un relato de hechos, sobre el que después efectuará la correspondiente calificación jurídica.

En esta línea, el TS, en referencia a la prueba reina en los delitos sexuales (la prueba testifical de la denunciante), ha subrayado que:

«La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exi-

elaborado sobre la base de sentencias de los años 2019 y 2020, el porcentaje de sentencias condenatorias por delitos sexuales fue del 79%). La problemática del «Yo sí te creo», según estos datos, entonces no residiría en sede de juicio, sino en sede policial o de instrucción judicial, pues así como sería cierto que la mayoría de sentencias son condenatorias, los datos también indicarían que la mayoría de los delitos sexuales que llegan a conocimiento de la policía no acabarían en juicio (*vid.* la comparativa entre los datos del *Portal Estadístico de Criminalidad*, que para 2024 informa de que se registraron 22.846 hechos relativos a delitos contra la libertad sexual (en 2023, 21.825); y del INE, que para el mismo año 2024 informa de que se anotaron 5.230 delitos condenados contra la libertad sexual: más del 75% de los hechos conocidos no finalizarían en condena).

⁴ La obra ya clásica que da cuenta magistralmente del viraje en la valoración de la prueba y las razones para ello es MIRANDA ESTRAMPES, 1997, pp. 105 ss.

gencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera «creencia» en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta «creérselo», es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios». (STS 15-7-2016, ECLI: ES: TS:2016:3664).

Por lo tanto, como primera conclusión puede decirse que nuestro TS está afirmando claramente que no basta con un simple «Yo sí te creo» para condenar (ni en los delitos sexuales ni en ningún otro). Es necesario algo más: hay que explicitar las razones (objetivas) por las que se da credibilidad a la palabra del testigo. Estamos así en realidad ante un «Yo sí te creo porque...»

Tratando precisamente de concretar esta segunda parte de la frase, nuestro TS ha elaborado unos criterios de análisis racional de la declaración de un testigo. Estos criterios se conocen como el «triple test» para la valoración de la prueba testifical, y puede encontrarse un resumen de ellos en prácticamente todas las sentencias que tratan de delitos sexuales. Así, por ejemplo, por citar una sentencia reciente *vid.* STS de 12-6-2025 (ECLI: ES: TS:2025:2663):

«...hemos insistido en que en casos como el presente, en los que se analizan hechos relacionados con la indemnidad y libertad sexuales, es altamente frecuente, como recuerdan las SSTS 251/2018, de 24-5; 461/2020, de 17-9; 180/2021, de 2-3; 351/2021, de 28-4, que el testimonio de la víctima –haya sido o no denunciante de los mismos– se erige en la principal prueba sometida al examen del tribunal, habitualmente por oposición de quien es denunciado y niega la realidad del objeto de la denuncia en el caso del acusado, hemos dicho en STS 251/2018, de 24 de mayo, en el caso del acusado sus manifestaciones se encuentran amparadas por el elenco de garantías y derechos reconocidos en el artículo 24 CE, y, entre ellos, los derechos a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito. Ahora bien, según apuntaba el Tribunal Constitucional en sus SSTC núm. 126/2010, de 29 de noviembre, o 258/2007, de 18 de diciembre, lo expuesto no es óbice para que la declaración de la víctima, practicada con plenas garantías, pueda erigirse en prueba de cargo que habilite un pronunciamiento de condena, incluso cuando actúe como acusador particular. Desde esta misma Sala de Casación también hemos declarado insistentemente que el testimonio de la víctima puede ser tenido como prueba capaz, por sí misma, de enervar la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba disponible. Son incontables las ocasiones en

que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la inmediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder. [...]

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación de manera que para la validez como prueba de cargo de dicho único testimonio es necesario que concurren las notas siguientes:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones procesado/víctima o denunciante que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad o de otra índole que privase al testimonio de la aptitud necesaria para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente;
2. Verosimilitud o credibilidad objetiva, de modo que el testimonio ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria; y
3. Persistencia en la incriminación, la cual ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.»

Como puede observarse, se trata de una auténtica construcción jurisprudencial (del propio TS y de nuestro Tribunal Constitucional), que intenta proporcionar una guía para la valoración racional-objetiva de la prueba testifical, y que en principio permitiría completar nuestra frase de la siguiente manera: «Yo sí te creo porque no tenías ninguna motivación espuria para denunciar al acusado, tu declaración viene corroborada por otros elementos y ha sido persistente en todo momento».

Sin embargo, por desgracia, esta elaborada construcción jurisprudencial ni mucho menos soluciona el problema de la valoración de la prueba testifical, ni en general ni en el marco de los delitos sexuales.

En primer lugar, porque como se deduce claramente de la enunciación de cada uno de los criterios, estos presentan un grado importante de indeterminación. Así, respecto a la «ausencia de incredibilidad subjetiva», ¿qué tipo de relaciones denunciante-denunciado permitirían deducir un móvil espurio?; en el caso de la «verosimilitud o credibilidad objetiva», ¿qué cuenta como elemento de corroboración periférica?; y en fin, sobre la persistencia en la declaración, ¿la declaración de la víctima ha de ser exactamente la misma en las diversas fases del procedimiento para darle valor?

Ciertamente, la jurisprudencia del TS ha tratado de ir contestando a estas cuestiones en los diversos asuntos que se le han ido planteando⁵, pero es claro que cierto margen de indeterminación es inevitable.

En segundo lugar, el «triple test» de valoración de la prueba testifical aún presenta un problema más grave: no es en realidad un listado de requisitos de carácter sumatorio, sino una mera pauta o guía de actuación. La propia STS anteriormente citada ya se refiere a ello, y en muchas otras sentencias el TS lo explicita claramente:

«No se está definiendo con esa tríada un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio; puntos de contraste que no se pueden soslayar y que no excluyen otros posibles parámetros de evaluación. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar «por imperativo legal» crédito al testimonio. Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley —o de la doctrina legal en este caso—, se considere insuficiente para fundar una condena». (STS 24-2-2020, ECLI: ES: TS:2020:681).

Llegados a este punto el problema es obvio: si nos tomamos en serio esta concepción del TS sobre los requisitos de la valoración de la prueba testifical (recordemos, ni cuando se cumplan los tres requisitos es imperativo dar credibilidad a la declaración de la víctima, ni por otro lado, cuando falte alguno o algunos de ellos es obligado privarle de credibilidad) ¿cómo podemos reformular ahora la frase «Yo sí te creo porque...»?

En tercer lugar, y probablemente fruto de la propia indefinición del TS sobre el valor de los criterios establecidos en el «triple test», en la jurisprudencia de nuestro TS parecen haberse desarrollado y convivir dos modelos diferentes de valoración de la prueba de la declaración de la víctima, en particular en los delitos sexuales. En concreto, puede diferenciarse entre un modelo centrado en la (1) «credibilidad» de la víctima; y otro basado en la (2) «fiabilidad» de su testimonio.

El modelo de la credibilidad se ha elaborado precisamente en el marco de la valoración de la testifical de una víctima de violencia de género y sexual, y podemos situar su génesis en varias resoluciones, del mismo ponente (Vicente

⁵ Así por ejemplo, el TS ha aclarado que el propio hecho de ser víctima de un delito sexual y por tanto tener odio o resentimiento respecto del acusado no es motivo suficiente para considerar que existe una motivación espuria. Igualmente, por lo que se refiere al elemento de la persistencia en la declaración, el TS ha subrayado que ello no implica que las diversas declaraciones de la víctima deban ser «calcadas», pues lo que pone en duda la persistencia son únicamente las contradicciones en aspectos esenciales y nucleares (no accidentales) de la declaración.

Magro), del año 2018. Así, en la STS de 13-6-2018 (ECLI: ES: TS:2018:2182) se señala lo siguiente:

«... las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho.

En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien «ha visto» un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.

Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida.

Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración [...]

Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo «ha visto» un hecho, sino que «lo ha sufrido», para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito.»

Como puede observarse, se alude en esta jurisprudencia a una especie de superioridad epistémica de la declaración de la víctima frente a la de otros testigos (un valor «cualificado»), por el hecho de haber «sufrido» el delito. Años más tarde, probablemente a raíz de las críticas vertidas a esta construcción, el propio defensor de la misma, ya en el marco de un delito sexual, intentó aclarar su significado:

«No puede hablarse de una «superioridad» procesal como medio probatorio de convencimiento técnico al juez o tribunal por el hecho de ser la víctima. En cualquier caso, la víctima aparece en el proceso penal en su condición de testigo, ya que es el medio de prueba que, como tal, se configura en el derecho procesal penal. De todas maneras, conlleva una serie de características, o circunstancias, que hacen que esta declaración sea distintiva al testigo que ha visto los hechos desde el punto de vista ad extra y no desde el punto de vista ad intra en la condición de víctima del delito [...]

...técnicamente no tiene una posición privilegiada superior con respecto a otro testigo, sino que la capacidad suya en el juicio oral se desenvuelve más en esa posibilidad de convencer al juez o Tribunal, porque no solamente ha visto el hecho ad extra, sino que lo ha percibido ad intra, es decir desde la posición que ha sufrido el delito y no solamente que lo ha visto desde fuera.

Por ello, no existe una posición de convencimiento absoluto seguro, o prueba de carácter tasado, por tratarse de la víctima del delito, sino que se enmarca en su condición procesal de testigo, y lo que se verifica es una capacidad de convencimiento mayor que el testigo que ha visto el hecho, precisamente, porque la víctima es quien lo ha sufrido. No se trata pues de un mayor rango en cuanto al carácter del testigo, sino de una mayor capacidad de convencimiento por una visualización desde el punto de vista del sufrimiento del delito y no tan solo desde su percepción exterior que tiene el testigo visual.

Criterios y puntos de referencia como parámetros para valorar la declaración de la víctima.

- 1) Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2) Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3) Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4) «Lenguaje gestual» de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los «gestos» con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
- 5) Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6) Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7) Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.

- 8) Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9) La declaración no debe ser fragmentada.
- 10) Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11) Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica».

STS 19-6-2024 (ECLI: ES: TS:2024:3348; ponente Vicente Magro).

Como puede observarse, se insiste en el mayor valor de la declaración de la víctima (ahora por su «mayor capacidad de convencimiento»), y a continuación se dan unas pautas o criterios para valorar su declaración. Para acabar de explicitar su contenido, en la misma sentencia, y bajo el epígrafe «Las dificultades de los delitos sexuales para encontrar más pruebas que la declaración de la víctima» se dice lo siguiente:

«Como recuerda la STS núm. 1033/2009, de 20 de octubre, junto con la reiteración de esa posibilidad que ofrece la declaración de la víctima para ejercer como prueba de cargo sustancial y preferente, hemos venido reforzando los anteriores requisitos, añadiendo además la ineludible concurrencia de algún dato, ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones, que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima del delito.

El problema es que “ese dato” podría no existir, y no por ello debe decaer la credibilidad si hay ausencia de incredibilidad subjetiva y persistencia y firmeza en lo que ha declarado. La inexistencia de los datos objetivos no hace decaer la credibilidad de la declaración de la víctima. Es preciso valorar cada caso y cada supuesto concreto para comprobar si puede exigirse esa prueba de corroboración de datos periféricos. Así lo señala el Tribunal Supremo en Sentencia 725/2007 de 13 Sep. 2007, Rec. 11338/2006, para apuntar que: “En cualquier caso, la inexistencia de estos datos no puede ser interpretada como una circunstancia de incredibilidad objetiva de las manifestaciones de la víctima en torno al maltrato y a las agresiones sexuales de las que fue objeto”.

Las corroboraciones objetivas de la declaración de la víctima en supuestos en los que estas son posible deben exigirse como pruebas de cargo, por lo que su no aportación irá a favor de la presunción de inocencia por falta de la “suficiente prueba” para condenar, y su ausencia debería llevar a la absolución. Pero debe entenderse que esto lo es analizando cada supuesto concreto, ya que, como mantenemos, habrá casos en los que esta prueba no pueda exigirse porque no exista al tratarse de casos ocurridos en la intimidad» (STS 19-6-2024; ECLI: ES: TS:2024:3348; ponente Vicente Magro).

Las claves de este modelo de valoración de la prueba testifical serían en suma las siguientes:

1. Se basa en la «performance» de la víctima en su declaración, afirmando una especie de superioridad epistémica del conocimiento que aporta por su propia condición de víctima.
2. Ello presupone la capacidad intrínseca del juez/tribunal de interpretar adecuadamente tal «performance» de la mano de la intermediación judicial.
3. No se considera por ello necesaria la presencia de elementos externos de corroboración objetiva del relato de la víctima.

Para este modelo, pues, la fórmula sería algo así como «Yo sí te creo porque la manera en que has declarado (con seguridad, claridad, sin contradicciones ni lagunas, por tu lenguaje gestual y expresividad) me ha convencido».

Frente a este modelo se alza en la jurisprudencia de nuestro TS una segunda concepción de la valoración de la prueba testifical, que tiene actualmente como máximo exponente al Magistrado Javier Hernández. Este segundo modelo, como se denomina explícitamente por sus defensores, es el «modelo de la fiabilidad»⁶.

Explica claramente las claves de este modelo, con clara alusión implícita al anterior modelo, la STS 13-9-2024 (ECLI: ES: TS:2024:4451, ponente Javier Hernández):

«En efecto, cuando la prueba del hecho justiciable depende de manera esencial del testimonio de quien afirma haber sido víctima, la información aportada por esta debe someterse a un exigente test que permita medir su calidad reconstructiva.

Como hemos insistido en numerosas resoluciones, de las que se hace también eco el recurrente, dicha exigencia no puede ceder a ninguna tentación funcionalista ni, desde luego, a difusos planteamientos anticognitivos que atribuyen una suerte de potestad performativa de la realidad a quien afirma ser víctima de un hecho delictivo.

La afirmada víctima puede, sin duda, disponer de mayor cantidad de información. Incluso, de la única información directa disponible de lo que pudo acontecer. Pero esta posición cognitiva *prima facie* aventajada no supone ni que la información pueda o deba resultar en todo caso suficiente para reconstruir el hecho acusado y la participación en el mismo de la persona acusada ni, tampoco, que pueda o deba resultar en todo caso creíble o fiable.

Precisamente, la naturaleza muchas veces primaria de la información que transmite el testigo que afirma haber sido victimizado es lo que obliga a un mayor

⁶ Una exposición pormenorizada de este modelo puede consultarse en RAMÍREZ ORTIZ, 2019.

esfuerzo de indagación por aquellos que tienen la carga de probarlos hechos sobre los que se fundan sus pretensiones de condena.

La narración ofrecida por el testigo en el proceso es, simplemente, información probatoria resultante de un procedimiento probatorio. No es, desde luego, la prueba del hecho. Esta es el resultado de una compleja operación de atribución de valor a las informaciones probatorias que el juez debe realizar sin prescindir de reglas tanto epistémicas –y, entre estas, las específicamente procesales que atienden a quién debe probar y cómo debe probarse el hecho acusado– como axiológicas –entre las que ocupa un lugar prioritario, la de presunción de inocencia.

En la valoración de la información testifical decisiva para fundar la condena, el tribunal viene obligado a ofrecer razones que pateticen que la decisión no se basa en un juicio voluntarista que se limita a otorgar credibilidad al testigo. Aquellas deben mostrar, además, que la información suministrada por este es altamente fiable.

Y creemos que la diferencia no es retórica. La atribución de valor probatorio reconstructivo a la información testifical no debe venir determinada solo por lo creíble que se considere a la persona que testifica sino por lo fiable que resulte la información que facilita.

En términos epistémicos resulta mucho más consecuente con las exigencias cognitivo– materiales derivadas del principio de presunción de inocencia poner el acento en la fiabilidad de la información transmitida que en la credibilidad del testigo como juicio de valor personal –STC 75/2013, de 8 de abril.

Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentido. Por lo tanto, más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero –lo fiable– exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo –lo creíble– favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales.

La fiabilidad, como elemento para dar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales acreditadas. Entre estas, desde luego, también aparece la credibilidad personal del testigo que no puede ser, por tanto, un elemento ajeno a la valoración de la información suministrada. Pero, insistimos, no la agota. No basta, por tanto, la presunción de que lo que afirma un testigo es verdadero salvo prueba en contrario.»

Como puede extraerse de esta extensa cita, se niega el punto de partida del modelo de la credibilidad (la superioridad epistémica del relato de la víctima) y por ello:

1) No se sitúa el peso de la prueba en la declaración de la víctima (en la «calidad» de su actuación o performance).

2) El peso de la prueba radica en los elementos externos al propio relato (elementos de corroboración) que lo dotan de fiabilidad.

Como resultado, la fórmula para este modelo sería algo así como: «Yo sí te creo porque, además de que tu declaración es creíble, tengo elementos externos a ella que la corroboran y por tanto la dotan de fiabilidad».

Llegados a este punto, ante la disyuntiva presente en la jurisprudencia del TS, debiera reflexionarse sobre qué modelo es preferible como modelo de valoración de la prueba testifical, en general y en particular en los delitos sexuales.

En mi opinión, es preferible el modelo de la fiabilidad, porque el modelo de la credibilidad presenta problemas muy serios:

1. En primer lugar, el núcleo y punto de partida del modelo de la credibilidad es epistémicamente incorrecto. Como muestra de forma contundente la evidencia empírica existente hasta la fecha sobre la psicología del testimonio no existen fórmula alguna que permita discernir, sólo en base al lenguaje (ya sea escrito, oral o gestual), si una declaración es cierta o falsa⁷. La «performance» o actuación de una víctima en el juicio, simplemente, no es una buena manera de discernir si lo que declara es verdad o no.

2. En segundo lugar, aunque existiese algún tipo de técnica para discernir la veracidad de una declaración, ¿han sido los jueces penales entrenados para ello?, ¿poseen los jueces penales alguna especie de «sexto sentido» del que carecen el resto de mortales para identificar las personas que dicen la verdad y las que mienten? En ocasiones se alude a la importancia de la «inmediación» como forma de adquirir conocimiento, pero el contacto directo con una declaración no concede ningún poder extrasensorial para valorar su veracidad. Además, la apelación a la «inmediación» olvida que en no pocas ocasiones el tribunal de enjuiciamiento ni siquiera va a presenciar «en directo» la declaración de la víctima⁸.

3. En tercer lugar, el modelo de la credibilidad pone el peso de la prueba y así el peso de todo el proceso en lo bien (o mal) que declare la víctima en el juicio oral. Tal concepción puede favorecer (consciente o inconscientemente) instrucciones judiciales (e investigaciones policiales) poco exigentes, porque si al final lo que cuenta es cómo va a declarar la víctima en el juicio, ¿para qué esforzarse en recabar otras pruebas testificales, periciales, etc.? Desde una

⁷ Vid. por todos, SÁNCHEZ/MANZANERO, Revista italo-española de Derecho Procesal, 2023.

⁸ Me refiero con ello a los supuestos de declaración prestada en sede de instrucción como prueba preconstituída (arts. 449 bis, 449 ter y 777 LECrim), que ya es obligatoria en ciertos casos y que cuando los tribunales reparen en el artículo 26 del *Estatuto de la Víctima* puede convertirse en regla en los delitos sexuales.

perspectiva victimológica, además, es una mala idea cargar el éxito (o fracaso) del proceso sobre las espaldas de la víctima.

4. En cuarto lugar, el modelo de la credibilidad tiene un encaje complejo con el derecho a la presunción de inocencia del acusado. Ello porque si lo determinante es la declaración de la víctima, podría bastar para condenar con que ésta sea «creíble» (esto es, convincente) en el juicio, sin existir así indicio alguno al margen de su palabra de que los hechos efectivamente hubieran sucedido. Desde este punto de vista, probablemente exista la tentación en cierto sector del feminismo de abrazar este modelo, como la mejor versión judicial posible del popular eslogan «Yo sí te creo». Esta cuestión, sin embargo, no se puede responder sin evidencia empírica: ¿realmente las sentencias que siguen este modelo creen por sistema a las mujeres que denuncian una violación y son así siempre condenatorias?, ¿si no es así, a qué mujeres se cree y a cuáles no?⁹

Todas estas cuestiones son lo suficientemente problemáticas como para, en mi opinión, decantarnos por el modelo de la fiabilidad en la valoración probatoria de toda prueba testifical. Ahora bien, tampoco podemos ser ingenuos. Este modelo tiene sus propios problemas a los que ha de hacer frente:

1. En primer lugar, este modelo tiene que ser transversal. En dos sentidos: (1.1) no puede ser solo un modelo para el enjuiciamiento. Tiene que ser también un modelo para la investigación policial y para la instrucción judicial. Esta idea es crucial: si no se recaban en la investigación policial y judicial todos aquellos elementos que puedan corroborar el relato de la víctima, entonces la aplicación del modelo de fiabilidad, solo en sede de juicio oral, convertirá el sistema en una máquina de absolver. (1.2) Por otro lado, este modelo no puede ser una construcción a aplicar solo en los delitos sexuales: ha de utilizarse para valorar la prueba en cualquier delito. No sin cierta razón se ha señalado desde el feminismo que es sospechoso que los tribunales penales se tomen tan en serio la presunción de inocencia en particular en los delitos sexuales.

2. Si la clave de este modelo es, según hemos visto, los elementos de corroboración externa o periférica de la declaración de la víctima, entonces ¿qué cuenta como elemento corroborador? La respuesta a esta pregunta está, como

⁹ *Vid.* en este sentido las consideraciones de ARANGUREN, JD, 2024, pp. 104 y ss., que critica pormenorizadamente las pautas establecidas por el modelo de la credibilidad para valorar la declaración de la víctima y advierte de la posibilidad de que tales criterios «alimenten, en el terreno de los delitos sexuales, los denominados «mitos de la violación» [...] Estas falsas «máximas de la experiencia provocan que de forma inadvertida tendamos a conceder mayor credibilidad a quien se comporta conforme esos patrones de conducta estereotipados».

quizás no podía ser de otro modo, abierta en nuestra jurisprudencia, que más allá de fórmulas amplias¹⁰, es reacia lógicamente a dar una lista cerrada de elementos corroboradores. Es obvio que, por ejemplo, un parte de lesiones físicas, una prueba pericial de ADN o de restos biológicos, o un extracto de llamadas o mensajes (telefónicos, por redes, etc.), compatibles con el relato de la víctima, son relevantes elementos de corroboración. Pero la casuística judicial enseña que existe discusión respecto el valor de otros posibles elementos de corroboración. Buena prueba de ello son las sentencias de signo contrario en el conocido «Caso Dani Alves». Ambos tribunales (Audiencia Provincial de Barcelona y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) manifiestan expresamente (a pesar de cierta terminología engañosa) adherirse al modelo de la fiabilidad y sin embargo ambos llegaron a soluciones distintas a raíz de una diferente interpretación sobre el valor de los elementos de corroboración analizados¹¹.

En definitiva, no parece existir en nuestros tribunales penales una concepción uniforme y coherente sobre la valoración de la prueba relativa a la declaración de la víctima del delito. En el plano normativo, según hemos visto, existen argumentos de peso a favor del modelo de la fiabilidad. Ahora bien, en el plano fáctico, saber cuál de los modelos que actualmente conviven (credibilidad vs. fiabilidad) es mayoritario en la práctica judicial, es una pregunta que solo puede responderse tras una sólida investigación empírica. Esperemos estar en disposición de llevarla a cabo de aquí no mucho.

BIBLIOGRAFÍA

KEMP, Steven, LÓPEZ RIBA, José María, y VARONA, Daniel: *El misterioso caso de las cifras oficiales sobre condenas por delitos sexuales graves*, Revista Española de Investigación Criminológica, 2026.

¹⁰ Vid. así por ejemplo la citada STS 13-9-2024 (ECLI:ES:TS:2024:4451, ponente Javier Hernández): «La corroboración significativa es, en fin, aquella que presta a la información testifical directa consistencia, medida en términos de fiabilidad y, por tanto, de compatibilidad fenomenológica. Con eso queremos resaltar que las escalas de corroboración son siempre móviles, marcadas por el caso concreto». O la STS 18-9-2025 (ECLI:ES:TS:2025:3954): «Se trata de datos de los que no puede obtenerse directamente la certeza de lo que la testigo cuenta, pero no es ello lo que se pretende de los elementos de corroboración, que no son sino informaciones o circunstancias que avalan desde fuera la coherencia del relato testifical en relación a hechos que, en atención a las condiciones en que se desarrollan no pueden objetivarse por otros medios de prueba distintos de la declaración de las personas involucradas en ellos. No es posible establecer un catálogo general de lo que ha entenderse por corroboración, más allá de que se trata de meros factores de confirmación que requieren una ponderación vinculada a los concretos sucesos...».

¹¹ Puede verse una discusión concreta sobre este punto en LARRAURI/VARONA, InDret, 2-2025.

- LARRAURI, Elena, y VARONA, Daniel: *Declaraciones imperfectas y agresión sexual: Reflexiones a propósito del «caso Alves»*, InDret Criminología y Sistema de Justicia Penal, 2-2025, pp. V-X
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: *Valoración racional de la prueba y fiabilidad epistémica de la declaración de la afirmada víctima. Consideraciones al hilo de la STS núm. 625/24, de 19 de junio*, Jueces para la Democracia, núm. 111, 2024, pp. 97-108.
- RAMÍREZ ORTÍZ, José Luis: *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*, Valencia, 2019.
- SÁNCHEZ, Nuria, y MANZANERO, Antonio L.: *El engaño en contextos judiciales*, Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, 2023, pp. 1-18.
- TAMARIT SUMALLA, José María, AIZPITARTE GORROCHATEGUI, Alazne, ARANTEGUI ARRÀEZ, Laura, y ROMERO SESEÑA, Pablo: *Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual: Relevancia de los factores legales y extralegales en las sentencias*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2022, pp. 197-238.

Colección

Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Últimos títulos publicados:

23. Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español
Directores: Enrique Peñaranda Ramos, Laura Pozuelo Pérez
Coordinador: Nicolás Cantard
24. Límites de la protección del Derecho penal al inicio y fin de la vida humana en la sociedad moderna
Coordinadores: Juan Pablo Montiel, Laura Neumann, Helmut Satzger, Víctor Gómez Martín
25. Cibercrimen: Tendencias y desafíos actuales
Coordinadores: Marina Mínguez Rosique, David Gallego Arribas
26. El delito de trato degradante discriminatorio
David Miras Estévez
27. Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales
Directores: Jacobo Dopico Gómez-Aller, Marta Muñoz de Morales Romero, Adán Nieto Martín
Coordinador: Luis Miguel Vioque Galiana
28. Ideología y proceso en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento de Falange (1938)
Brian Buchhalter Montero
29. Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual
María Marta González Tascón
30. Fraude Carrusel, responsabilidad penal de las personas jurídicas y *Compliance*
Miguel Cáceres Casado
31. La arquitectura del concurso de delitos. Problemas prácticos y fundamentos dogmáticos de su regulación
Nicolás Cantard Vanni
32. La desinformación en la sociedad digital. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal
Abraham Devís Matamoros

La obra que el lector tiene entre sus manos quiere rendir homenaje a la trayectoria académica, institucional y humana del Profesor Enrique Peñaranda Ramos, con ocasión de su jubilación como Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Desde sus primeros trabajos, acogidos ya entonces como aportaciones de extraordinaria madurez y altura científica, el Profesor Peñaranda ha ocupado un lugar central en la dogmática penal contemporánea, dejando una huella decisiva en ámbitos como, entre otros muchos, la teoría de la participación delictiva, el concurso de leyes o los delitos contra la vida.

Las contribuciones reunidas en estas páginas, elaboradas por destacados académicos y profesionales españoles y extranjeros, constituyen una muestra del reconocimiento y afecto que suscita quien ha sido, para tantos, una referencia científica y humana de primer orden.